



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES

CURSO ACADÉMICO 2013-2014

**LA FORMA Y LAS CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.
ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSGRESIÓN DE LA
BUENA FE CONTRACTUAL**

**MANNER AND CAUSES OF DISCIPLINARY DISMISSAL.
SPECIAL REFERENCE TO THE VIOLATION OF
CONTRACTUAL GOOD FAITH**

Autor: Alberto Fernández González

Tutora: Dña. Ana María Badiola Sánchez

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
ABREVIATURAS.....	4
1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. LA FORMA Y LAS CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO	6
2.1. FORMA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO	6
2.1.1. Carta de despido.....	6
2.1.1.1. <i>Hechos</i>	6
2.1.1.2. <i>Fecha de efectos</i>	7
2.1.2. Despido de los representantes de los trabajadores	9
2.1.3. Despido de trabajadores afiliados a un sindicato	12
2.1.4. Subsanación de un despido formalmente incorrecto	14
2.1.5. Vinculación de la forma con los efectos del despido y su calificación	17
2.1.5.1. <i>Procedencia</i>	17
2.1.5.2. <i>Improcedencia</i>	18
2.1.5.3. <i>Nulidad</i>	20
2.2. CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO	20
2.2.1. Requisitos del incumplimiento.....	21
2.2.1.1. <i>Gravedad</i>	21
2.2.1.2. <i>Culpabilidad</i>	22
2.2.2. Causas.....	22
2.2.2.1. <i>Faltas de asistencia o puntualidad al trabajo</i>	23
2.2.2.2. <i>Indisciplina o desobediencia en el trabajo</i>	25
2.2.2.3. <i>Ofensas verbales o físicas</i>	26
2.2.2.4. <i>Transgresión de la buena fe contractual</i>	28
2.2.2.5. <i>Disminución del rendimiento</i>	30
2.2.2.6. <i>Embriaguez habitual o toxicomanía</i>	31
2.2.2.7. <i>Acoso discriminatorio</i>	33
2.2.3. Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual.....	35
2.2.3.1. <i>Abuso de confianza</i>	37
2.2.3.2. <i>Apropiación indebida</i>	38
2.2.3.3. <i>Actividad durante la Incapacidad Temporal</i>	39
2.2.3.4. <i>Competencia desleal</i>	41
2.2.4. Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual. Casos específicos	42

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

2.2.4.1. <i>Despido procedente por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por indebida e infundada activación del servicio de escolta, manipulando los partes de actividad</i>	42
2.2.4.1.1. Antecedentes de hecho	42
2.2.4.1.2. Fundamentos jurídicos	42
2.2.4.1.3. Fallo.....	43
2.2.4.2. <i>Despido procedente por transgresión de la buena fe contractual por apropiación indebida a la empresa dentro de sus dependencias, pese a la poca cuantía de lo que se apropió la trabajadora, profesional de ventas</i>	43
2.2.4.2.1. Antecedentes de hecho.....	43
2.2.4.2.2. Fundamentos jurídicos	43
2.2.4.2.3. Fallo.....	44
2.2.4.3. <i>Despido procedente por trasgresión de la buena fe contractual por realización de actividades incompatibles con la situación de IT</i>	44
2.2.4.3.1. Antecedentes de hecho	44
2.2.4.3.2. Fundamentos jurídicos	45
2.2.4.3.3. Fallo.....	45
2.2.4.4. <i>Despido procedente por transgresión de la buena fe contractual por concurrencia desleal del trabajador que ofrece los mismos servicios que la empresa para la que presta servicios dando a entender que actúa por cuenta de ella</i>	46
2.2.4.4.1. Antecedentes de hecho.....	46
2.2.4.4.2. Fundamentos jurídicos	46
2.2.4.4.3. Fallo.....	47
3. CONCLUSIONES	48
4. BIBLIOGRAFÍA	50

ABREVIATURAS

CC	Código Civil, 1889.
CE	Constitución Española, 1978.
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
IT	Incapacidad Temporal.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
LOIMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
RDLRT	Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.
STS/SSTS	Sentencia/Sentencias del Tribunal Supremo.
STSJ/SSTSJ	Sentencia/Sentencias del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es el análisis en profundidad de las causas y la forma del despido disciplinario que, como manifestación más grave del poder sancionador del empleador, debe ajustarse a una forma determinada que aporte seguridad y en la que se aprecien todos los requisitos básicos para que el despido disciplinario tenga eficacia. A su vez, este tipo de despido ha de estar fundamentado en unas causas objetivas, que permitan, tanto al empleador como al trabajador, y en última instancia a los Tribunales, justificar y dar validez o, al contrario, invalidar ese despido disciplinario.

El trabajo se estructura de la siguiente forma: en primer lugar, tras la introducción, se examina la forma del despido disciplinario analizando la carta de despido, las particularidades del despido de los representantes de los trabajadores y de los trabajadores afiliados a un sindicato, la posibilidad de subsanación de un despido formalmente incorrecto, y la vinculación de la forma con los efectos del despido y su calificación; en segundo lugar se examinan las causas del despido disciplinario analizando los requisitos que deben acreditarse para que los incumplimientos a los que se hace referencia en la comunicación escrita al trabajador puedan ser motivo de despido, las causas que enumera la legislación, y la referencia especial a la transgresión de la buena fe contractual con la inclusión de cuatro casos reales; por último, el estudio finaliza con la referencia a las conclusiones y a la bibliografía.

Debido a la amplitud de las causas que recoge la legislación, es preciso realizar un estudio profundo para dotar de objetividad y concretar, con ayuda de la Jurisprudencia, los límites que tiene cada causa, haciendo especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual, en la que tienen cabida varios de los incumplimientos contractuales en los que puede incurrir un trabajador.

En particular, dentro del trabajo, puede resultar de especial interés el análisis de los casos reales, incluidos en el estudio, relacionados con la transgresión de la buena fe contractual. Los supuestos analizados han sido elegidos por su claridad, porque describen la causa y ayudan a definir el concepto de culpabilidad y gravedad, y porque en ellos se observa una materialización de toda la teoría y legislación analizada facilitando la comprensión del alcance y el verdadero interés práctico del tema objeto del estudio.

Para la realización del trabajo he contado con la ayuda de la Profesora Ana María Badiola Sánchez, y los recursos bibliográficos y bases de datos de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria. Me ha resultado de especial ayuda los manuales de los profesores Jesús R. Mercader Uguina, Ignacio García-Perrote Escartín, Manuel-Carlos Palomeque López, y Manuel Alonso Olea, así como los textos monográficos sobre despido de los profesores Ignacio Albiol Montesinos, Ana María Badiola Sánchez, Carmen Ortiz Lallana, y Francisco Javier Gómez Abelleira.

2. LA FORMA Y LAS CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

2.1. FORMA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Uno de los tipos de extinción del contrato de trabajo es el despido disciplinario, que puede definirse como la facultad que tiene el empresario para decidir la resolución del contrato en el caso de “incumplimiento grave y culpable del trabajador” [art. 54.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)].

El art. 55.1 ET (y, genéricamente, el art. 58.2 ET) nos señala que “el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”. Este artículo alude directamente a los procedimientos formales que deberá seguir el empresario para consumir el despido disciplinario.

2.1.1. Carta de despido

La notificación por escrito del despido se concreta en la llamada comúnmente “carta de despido”. La notificación de la carta de despido deberá hacerse al trabajador personalmente, mediante todos los medios razonables de los que disponga el empresario, como la entrega en el centro de trabajo, en el domicilio del trabajador con acuse de recibo, carta certificada, notificación notarial, telegrama, etc. Pese a esto, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad del despido tácito (sin mediar carta de despido) para la reclamación del trabajador cuando existan hechos concluyentes de la voluntad del empresario de resolver el contrato.¹

En cuanto a la firma de la carta de despido por parte del empresario o representante, ésta forma parte del propio carácter de notificación. Pese a esto, no hay obligación expresa de que la carta deba ir firmada, entendiéndose a menudo los Tribunales que no es necesaria la firma siempre y cuando se demuestre mediante otros medios la autoría de la carta.²

Recae sobre el empresario la carga de probar que entregó la carta de despido al trabajador. Si el trabajador objeto del despido se niega a recibir la carta de despido, la empresa no está obligada a intentar otro tipo de notificación, y esta negativa no invalida la carta. Y, si el trabajador se niega a firmar la carta, el empresario deberá solicitar la presencia de un representante de trabajadores para que confirme la negativa; si esto no fuera posible, deberá pedir la presencia de dos testigos.³

Ese documento deberá contener los hechos que motivan el despido y la fecha concreta en que tendrá efectos.

2.1.1.1. Hechos

Los hechos serán descritos en la carta de tal forma que el trabajador entienda las razones de su despido y pueda concretarlas de cara a su posterior defensa. Las imputaciones efectuadas no pueden ser genéricas ni indeterminadas, pero tampoco es necesaria una precisión absoluta de las conductas imputadas, sólo una indicación clara y concreta de las mismas. La imputación de una conducta no puede tampoco

¹ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 6ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 573. Asimismo IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 617.

² Siguiendo a IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción del Contrato de Trabajo*, Dir. Ignacio Albiol Montesinos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 972.

³ Así lo indica IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 617. Asimismo ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 51.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

plasmarse en cualquier tipo de hechos que el Juez concluya tras el juicio, sino que debe proceder de los datos concretos que se imputan en la carta de despido. Tampoco se exige la calificación jurídica de los hechos ni ninguna remisión o cita a las causas de despido del art. 54.2 ET.⁴

En el caso de producirse un juicio, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LJS), en el artículo 105, señala que corresponderá al demandado (el empresario) “la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo” y además, “no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda del trabajador que los contenidos en la comunicación escrita del despido”.

Estas exigencias legales se vienen justificando sobre la base del derecho a tutela judicial, a efectos de no producir indefensión al trabajador. La alegación en la carta de despido de hechos que no sean ciertos o que no logran ser probados en juicio no tiene incidencia en la validez de ésta, ya que el requisito formal se cumple, sin embargo, la ausencia en la carta de despido de los hechos que se le imputan al trabajador sí la invalidaría.⁵

Si los hechos se demuestran ciertos y se tipifican como muy graves, hay que tener en cuenta que las faltas muy graves prescriben a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión, y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido (art. 60.2 ET).

2.1.1.2. Fecha de efectos

La carta de despido debe contener la fecha de efectos del mismo, ya que “son razones de seguridad jurídica para el trabajador despedido las que, sin duda, subyacen a la

⁴ Así lo indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 573. Asimismo IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 616, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. Jesús Cruz Villalón, Ignacio García - Perrote Escartín, Jose María Goerlich Peset y Jesús R. Mercader Uguina, 2ª ed. Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 604, y CARMEN ORTIZ LALLANA, *Despido y Extinción del Contrato de Trabajo en la Doctrina Judicial: una Expectativa para la Reforma Laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 96. Aunque como apunta IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, el empresario puede proceder a la subsunción de la conducta imputada en alguna de las causas de despido disciplinario previstas, no resultando, en ningún caso, vinculante para el juez; en *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 980. Las Sentencias del TS (en adelante SSTs) de 28 de abril de 1997 y de 18 de enero de 2000 señalan que “el contenido de la carta de despido exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa, y esta finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador” Sentencias citadas por ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 53-54.

⁵ Como señala MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, 21ª ed. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2013, p. 782. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 973-974.

exigencia de que al serle notificado el despido se le haga saber la fecha en que ha de producir sus efectos”.⁶

La fecha a partir de la cual el despido tendrá efectos puede ser la misma de la entrega de la carta o no, pero nunca puede ser anterior a la entrega.⁷

La concreción de la fecha de comienzo de los efectos del despido es importante, en primer lugar, por la determinación de la fecha a partir de la cual el empresario extingue el contrato de trabajo y éste deja de producir efectos, y, en segundo lugar, porque a partir del siguiente día hábil al de la fecha de efectos del despido comienza a correr el plazo de caducidad de la acción para la impugnación del despido.⁸

Como señala el art. 59.3 ET este plazo será de veinte días hábiles, y será interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente.

Hay que tener en cuenta también, que la omisión de la fecha invalida la carta de despido y daría lugar a la improcedencia del despido aunque en la misma consten correctamente los hechos que la motivan.⁹

El despido debe ser efectivo en la fecha señalada en la carta, excepto si no hay voluntad clara del empresario de consumir el despido, en este caso, no se iniciaría el plazo de caducidad de la acción para impugnarlo. Sin embargo, si llegada la fecha de la carta de despido, el trabajador siguiera trabajando en la compañía sin conocimiento del empresario el plazo de caducidad de la acción se iniciaría igualmente. Dicho lo anterior, si la fecha de efectos es anterior a la de la entrega de la carta, la que se tendrá en cuenta como fecha de efectos será la de la entrega.¹⁰

En el caso de que el empresario decida retractarse del despido, deberá hacerlo antes del cese efectivo del trabajador en la relación laboral, si no es así, el empresario no podrá restablecer el contrato extinguido.¹¹

El art. 55.1 ET también señala que “por convenio colectivo también podrán establecerse otras exigencias formales para el despido”.

Si se interpreta literalmente este apartado del artículo, se podría llegar a pensar que ese “otras” es excluyente, es decir, que podrían establecerse otras exigencias en vez de las que apunta el artículo, pero esto no es así, ya que como señala el TS, el primer párrafo del art. 55.1 ET es de “derecho necesario relativo” y de “observancia

⁶ STS de 21 de septiembre de 2005, rec. ud. 822/2004 citada por CARMEN ORTIZ LALLANA, *Despido y Extinción del Contrato de Trabajo en la Doctrina Judicial: una Expectativa para la Reforma Laboral*, Cit., p. 96.

⁷ Como señalan JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 573 e IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 616.

⁸ Así lo indica MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 782. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 980, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 53.

⁹ Siguiendo a BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Coord. Antonio V. Sempere Navarro, 9ª ed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 935. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 980-981.

¹⁰ Así lo indica IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 981-983. Asimismo MANUEL ALONSO OLEA Y Mª EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, 24ª ed. Madrid, Civitas, 2006, p. 522-523.

¹¹ Como señala ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 604.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

inexcusable”, por lo que las exigencias formales que se establezcan en convenio colectivo serán, en todo caso, añadidas las que establece el artículo del ET. No pudiendo menoscabar o eliminar las ya existentes.¹²

Respecto a esto, cabe decir que, tanto los requisitos del primer párrafo del art. 55.1 ET, como las exigencias formales en convenio colectivo, si las hubiere, son necesarias para que el despido tenga efectividad. Así, tanto el art. 55.4 ET como el art. 108.1 LJS señalan que el despido será calificado de improcedente cuando su forma no se ajuste a lo establecido en el apartado 1 del art. 55 ET, no haciendo distinción entre ninguno de los párrafos del artículo.

Un ejemplo de requisito formal contemplado en convenio que dio lugar a la improcedencia del despido disciplinario fue la obligación de comunicar a los representantes de los trabajadores los hechos imputados y la calificación previa de la sanción, con tres días de antelación. El incumplimiento de esta obligación “aparte de privar al trabajador de las garantías que la norma convencional le otorgaba en cuanto a un posible acuerdo entre la empresa y la representación social respecto de la sanción a imponer, ha vulnerado un requisito de forma para el que la Ley impone la declaración directa de improcedencia del despido”.¹³

Por último añadir que, por norma general, la tramitación de un expediente disciplinario como requisito formal del despido, interrumpe la prescripción de las faltas laborales, y que los requisitos que debe contener el expediente son los siguientes: la instrucción y resolución en periodo razonable, la audiencia al trabajador expedientado donde se le dan a conocer los hechos que se le imputan y se le concede un periodo de defensa, la documentación de las actuaciones que se realicen, y la inclusión en la carta del expediente completo.¹⁴

2.1.2. Despido de los representantes de los trabajadores

El artículo 1 del Convenio nº 135 OIT¹⁵ expone que “los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato (como se verá más adelante), o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”.

El tercer párrafo del art. 55.1 ET señala que si el trabajador afectado por el despido disciplinario fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical, se debe proceder a la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del propio trabajador, los restantes miembros de la representación a que pertenezca, si los hubiera.

¹² Como apunta BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 936. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 985.

¹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante STSJ) de Cataluña de 9 de abril de 2002 citada por CARMEN ORTIZ LALLANA, *Despido y Extinción del Contrato de Trabajo en la Doctrina Judicial: una Expectativa para la Reforma Laboral*, Cit., p. 97.

¹⁴ Así lo indica ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 54-55.

¹⁵ Convenio relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (Entrada en vigor: 30 junio 1973) Adopción: Ginebra, 56ª reunión CIT (23 junio 1971).

Esto es confirmado por el art. 68 ET, que enumera una serie de garantías que tienen los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, en su apartado a) dice textualmente: “Apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal”. Y en su apartado c) “No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación...”.

Respecto al apartado a) del art. 68 ET, la finalidad del expediente es “la de depurar con mayor garantía y objetividad la conducta de estos trabajadores cualificados por su función social; por ello el incumplimiento de estas garantías no debe tener un tratamiento jurídico distinto del incumplimiento de la carta de despido, garantía de objetividad y defensa otorgada a todos los trabajadores” STS 30 de marzo de 1988) y “garantizar a través de esas preceptivas intervenciones, la adecuada defensa del trabajador que desempeña cargo representativo en el seno de la empresa” (STS 31 de enero de 1991)¹⁶.

Una doctrina del TS señala como garantías que la Ley quiere preservar las de contradicción, audiencia y defensa, aunque la audiencia al interesado y, en su caso, al resto de la representación en que se integra, son las únicas exigencias legales para que el expediente sea válido¹⁷. En cuanto a la audiencia al interesado, ésta tiene como objetivo la defensa del sujeto a expediente por lo que debe darse cuando ya se le puedan comunicar con la suficiente amplitud y concreción todos los hechos que se le imputan. En cuanto a la audiencia al resto de la representación, la jurisprudencia ha señalado que ésta no puede sustituirse por el conocimiento particular que algún representante obtuvo por razones ajenas a la función representativa, que no es suficiente con comunicar la apertura del expediente sino que es preciso comunicar el expediente íntegro, y que, siendo el comité de empresa un órgano colegiado, bastará con la audiencia al presidente del comité, sin necesidad de hacerlo de manera individualizada a cada uno de los miembros que lo componen.¹⁸

No existe un plazo determinado para la tramitación del expediente disciplinario, por lo que, en defecto de convenio colectivo, el TS ha señalado que será un plazo razonable en función de la laboriosidad necesaria para la determinación de las faltas imputadas, no pudiéndose alargar innecesariamente favoreciendo, de este modo, al causante del retraso. Por otra parte, la comunicación de apertura del expediente debe contener el plazo de audiencia, que será el adecuado para permitir al trabajador formular sus

¹⁶ Sentencias citadas por IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 994-996. Más concretamente, el objeto de este expediente “es que el trabajador afectado conozca los hechos que se le imputan y pueda formular las pertinentes alegaciones en contra, amén de que se oiga a los demás miembros del Comité o Delegados de personal, como prescribe el citado art. 68.a) (ET)” STS 4-5-2009 (Rec. 789/2008) citada por ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 606.

¹⁷ No obstante, como señala ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, el expediente contradictorio, además de la audiencia previa tanto al trabajador afectado como a los representantes legales de los trabajadores, deberá contener la comunicación del pliego de cargos al trabajador y a los representantes; en *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 56.

¹⁸ Así lo indica IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 997-1000.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

alegaciones y en el que podrá responder al pliego de cargos con el denominado pliego de descargos donde aceptar, negar o matizar los cargos imputados.¹⁹

En cuanto al apartado c) del art. 68 ET, lo que se prohíbe no es despedir al representante de los trabajadores, sino basar el despido en actos que realizó el trabajador ejercitando su cargo de representante. Se trata, pues, de evitar la discriminación del trabajador por razón del cargo representativo que ostente. Sin embargo, el representante no será inmune a las sanciones disciplinarias que el empresario pudiera imponerle, ya que si incurre en uno de los incumplimientos que el ET enumera en su art. 54.2, el empresario podrá proceder al despido disciplinario, siempre y cuando, la condición de representante no suponga ningún tipo de agravante del incumplimiento.²⁰

Estas garantías se encuentran protegidas también en la LJS, que en su artículo 104 enumera una serie de requisitos formales particulares de la demanda de despido, entre los que se encuentra en su letra c) el deber de señalar si el trabajador despedido ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, el cargo de representante legal de los trabajadores o delegado sindical. Además de esto, en su artículo 106.2 la LJS exige aportar en el proceso judicial el expediente contradictorio de los despidos de miembros de comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales.

Hay que puntualizar que los delegados sindicales tendrán estas mismas garantías aunque no formen parte de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas (art. 10 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante LOLS)).

Estas garantías alcanzan a todos los representantes durante todo su mandato y durante el año siguiente a su término, excepto, como aclara el art. 68 c) ET, cuando la terminación del mandato se haya producido por dimisión o por revocación del representante. También gozan de estas garantías los representantes que han salido elegidos aunque no haya comenzado su mandato, incluso a los candidatos mientras no haya finalizado el proceso electoral.²¹ En éste último caso los candidatos en el proceso electoral no conservarán estas garantías durante el año siguiente a la terminación del mandato.

¹⁹ Así lo señala IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 1001. Asimismo ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 56, y MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 539.

²⁰ Como señala IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 992-993.

²¹ Así lo indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 574. Asimismo ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 605, e IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 993. Como señala IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN esta garantía también se extiende a los llamados comités de empresa europeos, en base a los artículos 21 y 28 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, que regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, ley modificada por la Ley 10/2011, de 19 de mayo, como consecuencia de la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; en *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 614.

El no cumplimiento de estas garantías supondría la improcedencia de despido disciplinario.²²

Cabe señalar aquí otro derecho de los representantes de los trabajadores, pero en este caso, no trata sobre las formalidades del despido de éstos, sino que trata del derecho que tiene el comité de empresa a ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves. Este derecho articulado en el ET (64.4 c)) no afectaría al cumplimiento de la forma del despido, ya que la información al comité puede realizarse con posterioridad al despido y, en todo caso, su inobservancia formaría parte de otro proceso diferente por vulneración de los derechos del comité de empresa.

Por último, como se analiza más extensamente en un apartado posterior, en lo referente a la posterior calificación del despido y en base a el art. 56.4 ET, cuando un despido es calificado improcedente y el despedido es un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, corresponderá a éste la opción entre la readmisión o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades; en caso de no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será de obligado cumplimiento para el empresario.

2.1.3. Despido de trabajadores afiliados a un sindicato

El cuarto párrafo del art. 55.1 ET señala que si al empresario le consta que el trabajador objeto del despido disciplinario estuviera afiliado a un sindicato, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.

Esto es confirmado por el art. 10.3 LOLS, que enumera una serie de derechos que tienen los delegados sindicales, aparte de las mismas garantías que los miembros del comité de empresa u órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, y en su apartado 3º dice textualmente “Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de éstos últimos”.²³

La finalidad de la audiencia previa a los delegados sindicales del sindicato correspondiente es la de intentar influir en la decisión extintiva del empresario, es decir, no es una simple comunicación del despido, sino que se trata de una reunión en la que el delegado sindical defenderá los intereses del afiliado, antes de que se produzca la ejecución del despido.

²² Así lo indica MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 783. Asimismo MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 540.

²³ El TC en su STC 30/1992, de 18 de marzo dice textualmente que “...el significado y alcance del art. 10.3.3º LOLS... no es tanto la de configurar una información general de los delegados sindicales sino instrumentar una protección del trabajador afiliado, en la medida en que la intervención previa del órgano sindical permita a éste ejercer un control, aunque solo sea en audiencia sobre la decisión empresarial y desarrollar oportunamente una defensa eficaz de sus afiliados”. Sentencia citada por IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 987, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 59.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

En otro sentido, el TC y el TS tienen posturas un tanto diferentes sobre la finalidad de la audiencia previa en despidos disciplinarios de trabajadores afiliados. Por una parte, el TC considera que el derecho no corresponde tanto al trabajador afiliado sino al sindicato o al delegado sindical (que es quien podrá interponer, en su caso, recurso de amparo), integrando el contenido adicional del derecho de libertad sindical en su aspecto colectivo. Por otra parte, el TS considera que el requisito de la audiencia previa a los delegados sindicales tiene más relación con la defensa de la libertad sindical individual del trabajador frente a decisiones empresariales extintivas. Se puede considerar más adecuada la interpretación del TC ya que, si el requisito de la audiencia previa a los delegados sindicales tuviera más relación con la defensa de la libertad sindical individual, la falta de este requisito daría lugar a la nulidad del despido y no a la improcedencia por razón de la forma, como es el caso al tratarse de una formalidad exigida en el art. 55.1 ET. Además, si se tratase de un derecho individual, estaríamos ante una discriminación entre los trabajadores afiliados y los no afiliados. Por otra parte, la consideración de la audiencia previa a los delegados sindicales como un derecho del sindicato, tiene como consecuencia que los trabajadores se afilien a los sindicatos más fuertes, ya que éstos son los que, lógicamente, tienen representación en la mayoría de las empresas.²⁴

Para que nazca el deber de audiencia previa, los delegados sindicales han tenido que ser designados conforme a las leyes previstas al respecto (ya que una falta de legitimación en la elección del delegado daría como consecuencia la no necesidad del trámite de audiencia), y, como apunta el cuarto párrafo del art. 55.1 ET, al empresario debe costarle la afiliación sindical del trabajador despedido.

Un claro ejemplo de constatación de conocimiento por parte del empresario de la condición de afiliado del trabajador es cuando en la hoja salarial hay deducciones por cuota sindical, lo que no es posible sin una previa comunicación a la empresa.²⁵

Hay que añadir, respecto a la constancia empresarial de afiliación del trabajador, que la carga de la prueba en un posible proceso por despido disciplinario correspondería al trabajador, es decir, que el trabajador afiliado deberá probar que el empresario conocía su afiliación, pero no en cualquier momento, sino precisamente en el momento del despido.²⁶

La garantía de audiencia previa a los delegados sindicales se encuentra protegida también en la LJS, que en su artículo 104 enumera una serie de requisitos formales particulares de la demanda de despido, entre los que se encuentra en su letra d) el deber de señalar si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato, siempre y cuando en la demanda por despido se alegue la improcedencia de éste por haberse realizado sin la audiencia previa de los delegados sindicales, en el caso que los hubiera.

Tal y como señala la jurisprudencia, la audiencia previa sólo es exigible en despidos disciplinarios y no en los demás supuestos de extinción del contrato (SSTS 23 mayo 1995 y 18 de febrero 1997), y el plazo para la audiencia previa deberá ser un plazo justo y razonable (SSTS 16 octubre 2001 y 12 julio 2006).²⁷

²⁴ Así lo indica IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 987-989.

²⁵ Como apunta ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 606.

²⁶ Así lo indica ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 59.

²⁷ Sentencias citadas por IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 614, BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 55. Forma y efectos del*

La falta de audiencia previa a los delegados sindicales, en caso de afiliación del trabajador despedido, tiene como consecuencia la improcedencia del despido.²⁸

La audiencia previa a los delegados sindicales puede equipararse a la necesidad de apertura de expediente contradictorio previo al despido de los representantes de los trabajadores en cuanto a la finalidad de proteger a determinados trabajadores por razones sindicales y de representación unitaria con el objetivo de cambiar la decisión empresarial. Sin embargo, en cuanto a la influencia que tienen sobre la prescripción de las faltas, la audiencia previa a los delegados sindicales produce la suspensión del plazo con su posterior reanudación tras la terminación de la audiencia, de forma diferente a como lo hace la apertura del expediente contradictorio, que interrumpe el plazo de prescripción.²⁹

2.1.4. Subsanación de un despido formalmente incorrecto

Como señala el art. 55.2 ET, cuando el despido disciplinario se realice sin las formalidades que hemos visto anteriormente, es decir, el deber de notificación por escrito al trabajador en el que figuren los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, la necesidad de cumplir otras exigencias formales que se hayan podido establecer por convenio colectivo, la obligación, en caso de que el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical, de apertura de expediente contradictorio en el que sean oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiere, y el deber de dar audiencia previa, en caso de que el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato; el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos que no cumplió en el anterior despido.

despido disciplinario en Comentarios..., Cit., p. 935-936, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 58-59. Respecto al plazo para la audiencia previa, el TS, en STS 10 de noviembre de 1995, Recud. 3123/1994, había considerado como suficiente la audiencia a los delegados sindicales un día antes del despido; sin embargo, en STS 16 de octubre de 2001, Recud. 3024/2000 y STS 12 de julio de 2006, Recud. 2276/2005, considera ahora que “en tan breve plazo no es presumible por parte de los delegados sindicales se pueda razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado que pudiera dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario o a adoptar medidas que pudieran influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada y a suministrar información al empresario sobre determinados aspectos o particularidades de la conducta y de la situación del trabajador afectado, y por el contrario, evidencia que lo que se ha efectuado por la empresa ha sido simplemente ‘la notificación de un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución’, lo que vulnera...que los delegados sindicales dispongan de un plazo razonable para poder efectuar su función de garantía y defensa preventiva de los trabajadores sindicados...”. Sentencias citadas por IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 990-991.

²⁸ Como señala MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 783. Asimismo ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 59.

²⁹ Así lo indica IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 991-992. A este respecto, la STS de 31 de enero de 2001, rec. ud. 148/2000 señala que “los plazos de prescripción del art. 60.2 ET no son en realidad plazos de prescripción de acciones sino plazos de prescripción de faltas... y el empresario que demorare injustificadamente el cumplimiento de dicho trámite conseguiría la ventaja inmerecida de la reapertura del plazo de prescripción completo”. Sentencia citada por CARMEN ORTIZ LALLANA, *Despido y Extinción del Contrato de Trabajo en la Doctrina Judicial: una Expectativa para la Reforma Laboral*, Cit., p. 108.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

El fin de este precepto es dar al empresario la posibilidad de evitar la declaración judicial de despido improcedente por incumplimiento de forma.³⁰

Este precepto está concebido como una forma de subsanar los defectos formales del primer despido, pero efectuando al trabajador despedido las mismas imputaciones, es decir, que en el nuevo despido no se podrán imputar hechos que no se hayan imputado ya en el primer despido con defecto de forma. En el caso de que el empresario imputase al trabajador hechos nuevos o diferentes de los que motivaron el despido anterior con defecto de forma, nos encontraríamos entonces frente a un nuevo despido independiente del anterior. En este caso, cada despido tendría sus propios plazos de caducidad de la acción y no se produciría ni interrupción, ni suspensión, al tratarse de dos despidos con autonomía propia.³¹

También existe el caso en el que se envía una carta de despido y posteriormente se envía otra que amplía las razones para despedir, aquí tampoco estaríamos frente al supuesto de subsanación sino ante un supuesto de ampliación.³²

Además puede darse el caso en el que el empresario readmita al trabajador (en conciliación administrativa) volviéndolo a despedir después, aquí tampoco nos encontramos ante subsanación de defectos formales sino ante un supuesto de dos despidos diferentes.³³

Si el empresario realizase el primer despido de forma verbal y a continuación remitiese al trabajador una carta de despido subsanando los requisitos omitidos en el precedente, nos encontraríamos entonces ante una subsanación de las contempladas en el art. 55.2 ET y la primera manifestación verbal quedaría sin efecto en cuanto a la caducidad de la acción de impugnar. Pero si, como hemos visto en el anterior párrafo, la carta “explicativa” imputa hechos posteriores a los que provocaron la primera decisión extintiva verbal, no hablaríamos de subsanación, sino de un nuevo despido independiente del anterior.³⁴

El despido subsanado deberá efectuarse en el plazo de veinte días, a contar desde el día siguiente al anterior despido. Dicho despido solo surtirá efectos desde su fecha,

³⁰ A este respecto el TS apunta que “La conclusión a la que se llegaría necesariamente a partir de un despido producido sin los requisitos formales que dicho precepto exige (art. 55.1 ET) sería la de declarar dicho despido como improcedente, de conformidad con las previsiones estatutarias contenidas en el apartado 4 ‘in fine’ del indicado artículo 55 ET, y lo que con tal posibilidad de subsanación ha querido el legislador es dar al empleador la posibilidad de subsanar aquellos defectos formales” STS 10-11-2004 (Rec. 5837/2003). Sentencia citada por ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 607.

³¹ Siguiendo a IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 1003-1005.

³² El TS señala que “la empresa puede ampliar la carta de despido hasta el momento de la presentación de la demanda en el Juzgado sin causar indefensión al trabajador” SSTS 11-10-1985, 24 de diciembre de 1986, 1 de febrero de 1988, 1 de octubre de 1990 citadas por IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 1004.

³³ El TS apunta que “una vez reincorporado el trabajador a su puesto de trabajo, la primera acción de despido se ha agotado y los efectos del primer despido han desaparecido, por lo que la actividad posterior tendente a despedir no entraña una subsanación del despido precedente” STS 11 mayo 2000, rec. 3375/1999 citada por BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 941, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 1005, CARMEN ORTIZ LALLANA, *Despido y Extinción del Contrato de Trabajo en la Doctrina Judicial: una Expectativa para la Reforma Laboral*, Cit., p. 101-102, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 63-65.

³⁴ STS de 11 de mayo de 2000.

esto tiene como consecuencia que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción para impugnarlo comenzará el día en que este segundo despido sea efectivo.³⁵

En cuanto a este plazo hay que señalar que se trata de un plazo de caducidad, no es prescriptivo. El TS señala que si la subsanación del despido se produce dentro de plazo, el segundo despido tendrá todos los efectos ante los que el trabajador podrá realizar las acciones que la ley le permite, pero, sin embargo, si la subsanación se produce fuera de plazo no tendrá valor como nuevo despido y se estará a lo dispuesto en el primero, con las consecuencias de improcedencia que éste arrastre.³⁶

En el plazo del art. 55.2 ET no se excluyen los días inhábiles, una vez transcurrido este plazo ya no cabrá la subsanación de defectos formales del despido hasta la presentación de la demanda, y respecto a la incidencia que tiene este plazo sobre la prescripción de la falta imputada lo lógico y lo que alguna doctrina judicial parece admitir es que este plazo no incide en la prescripción de la falta pudiéndose producir el segundo despido sólo si la falta no estuviese prescrita. Con esto, podemos entender que el defecto de forma del primer despido lo invalida de tal forma que no interrumpe el plazo de prescripción de las faltas. El empresario, si realiza este nuevo despido, tiene la obligación de poner a disposición del trabajador los salarios devengados entre la fecha del anterior despido y la fecha del nuevo, con el deber también de mantener durante esos días en situación de alta al trabajador objeto de los despidos. Si el empresario no cumple con cualquiera de estos requisitos, incluyendo estos dos últimos, el despido no se podrá considerar subsanado en sus defectos de forma, por lo que únicamente se analizará el primer despido formalmente incorrecto, con lo que esto conlleva en cuanto a la improcedencia de éste.³⁷

Existe otra posibilidad de realizar un nuevo despido si el anterior incumplió con alguno de los requisitos de forma establecidos legalmente y es el contenido en el art. 110.4 LJS que apunta que si el despido disciplinario es declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos formales y se opta por la readmisión, el empresario podrá ejecutar un nuevo despido en el plazo de siete días desde la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del primer despido. Pero este es un nuevo despido que produce efectos desde su fecha en el que ya existe una sentencia que ha declarado la improcedencia por incumplimiento formal y se ha optado por la readmisión, no se trata, entonces, de una subsanación del anterior despido como lo es el del art. 55.2 ET.³⁸

³⁵ El plazo de veinte días a contar desde el siguiente al del primer despido es un plazo de caducidad civil por lo que no excluye del cómputo los días inhábiles (STS de 10 de noviembre de 2004 rec. ud. 5837/2003). Sentencia citada por IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 618, BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 941, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 607, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 1005, CARMEN ORTIZ LALLANA, *Despido y Extinción del Contrato de Trabajo en la Doctrina Judicial: una Expectativa para la Reforma Laboral*, Cit., p. 102, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 61-63, y MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 527.

³⁶ STS 10 de noviembre de 2004, Recud. 5837/2003.

³⁷ Así lo indica IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 1005-1007.

³⁸ Como señala IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 618. Asimismo ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 607. A este respecto, la STSJ de Castilla y León de 25 de abril de 2006 señala que “una vez practicado un despido el empresario tiene dos

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

Existe otro despido llamado “ad cautelam”, que es el realizado cuando se ha notificado una primera carta de despido alegando unos hechos y posteriormente se notifica una segunda carta de despido por otros hechos que se han puesto de manifiesto después. Como señalan las SSTs 30 marzo 2009 y 8 noviembre 2011, la segunda carta de despido tiene una finalidad preventiva para el caso de que la primera no tenga fuerza, es una cuestión de despido dentro del despido, tampoco se trata de la subsanación del primer despido a la que hace referencia el art. 55.2 ET.³⁹

2.1.5. Vinculación de la forma con los efectos del despido y su calificación

En cuanto a la forma y los efectos del despido disciplinario y en base al art. 55.3 ET, el despido, una vez impugnado por el trabajador objeto del mismo, puede ser calificado de procedente, improcedente o nulo. Esta calificación la realizará el juez en el fallo de la sentencia.

2.1.5.1. Procedencia

El art. 55.4 ET y el art. 108.1 LJS señalan que el despido disciplinario se declarará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento grave y culpable del trabajador alegado por el empresario en la carta de despido, y cuando cumpla con los requisitos formales del art. 55.1 ET que se han analizado anteriormente (notificación al trabajador con hechos y fecha, formalidades añadidas por convenio, expediente contradictorio si el trabajador fuera representante legal y audiencia previa a la sección sindical correspondiente si el trabajador estuviese afiliado).

El mismo art. 55.4 ET y el art. 109 LJS nos dicen que este despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que se produjo mediante aquél, y el trabajador objeto del despido no tendrá derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia).

Tanto el empresario como el trabajador objeto del despido quedarán libres de sus respectivas obligaciones, excepto otras que pudieron contraerse anteriormente. En base al art. 208.1.1. c) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), el trabajador despedido se encontrará en situación legal de desempleo y, si cumple los requisitos legales establecidos, podrá tener derecho a recibir una prestación por desempleo.⁴⁰

cauces para extinguir unilateralmente la relación laboral de otra forma distinta al mismo: o subsanando el despido conforme al artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores, o aceptando la calificación de improcedencia o nulidad, readmitiendo al trabajador y practicando un nuevo despido, conforme a lo previsto en el artículo 110.4 de la Ley de Procedimiento Laboral (ahora 110.4 LJS), cuya legalidad podría ser enjuiciada en un nuevo proceso. No puede admitirse que durante el periodo de tramitación se practiquen nuevos despidos cautelares, por si el primero se declarase improcedente o nulo, puesto que no puede extinguirse lo que ya está extinguido”. Sentencia citada por ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 60.

³⁹ Así lo indica IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 618.

⁴⁰ Así lo señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 575. Asimismo IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 618 y 626. Dicho esto, en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, será causa de situación legal de desempleo la mera decisión empresarial de despido, sin necesidad de impugnación por parte del trabajador (art. 209.4 LGSS).

En cuanto a esto último cabe añadir que el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo deberá solicitarse a la Entidad Gestora competente y nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo siempre y cuando se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la misma. Además, el trabajador solicitante deberá inscribirse como demandante de empleo y suscribir un compromiso de actividad (art. 209.1 LGSS).

Resulta muy importante señalar que el despido abre por sí mismo el derecho a la prestación por desempleo, sin necesidad de que se califique como procedente, improcedente o nulo. Esto tiene como consecuencia que la fecha a partir de la cual comienza el plazo de los quince días siguientes será siempre la de la notificación del primer despido, aunque no se haya resuelto aún la validez del mismo.⁴¹

2.1.5.2. *Improcedencia*

El art. 55.4 ET y el art. 108.1 LJS señalan que el despido disciplinario se declarará improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento grave y culpable del trabajador alegado por el empresario en la carta de despido, y/o cuando no cumpla con los requisitos formales del apartado 1 de este mismo artículo (notificación al trabajador con hechos y fecha de efectos, formalidades añadidas por convenio colectivo, expediente contradictorio si el trabajador fuera representante legal y audiencia previa a la sección sindical correspondiente si el trabajador estuviese afiliado).

Una vez calificado el despido por los tribunales como improcedente, el empresario puede optar entre readmitir al trabajador o abonarle una indemnización que más adelante se analiza. El plazo para ejercitar esta acción por parte del empresario será de cinco días desde la notificación de la sentencia, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia. (Art. 56.1 ET y art. 110 LJS)

El art. 56.3 ET apunta que si el empresario no ejerce su derecho de opción ni por la readmisión ni por la indemnización, se entenderá que procede la readmisión del trabajador.

El art. 56.4 ET y el art. 110.2 LJS nos dicen que si el trabajador despedido fuese un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, corresponde a éste la elección entre readmisión o indemnización. Al igual que sucede con el empresario, si este trabajador no ejerce su derecho de elección, se entiende que procede la readmisión. En todo caso, el trabajador representante legal de los trabajadores o delegado sindical tendrá derecho a los salarios de tramitación.⁴²

Si el empresario opta por la readmisión, deberá abonar al trabajador los salarios de tramitación, que son los equivalentes a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia del mismo. En el caso de que el trabajador encuentre otro empleo antes de la notificación de la sentencia, el empresario sólo deberá abonar los salarios devengados desde la notificación de la sentencia hasta la colocación del trabajador. (Art. 56.2 ET)

⁴¹ Siguiendo a JESÚS R. MERCADER UGUINA, En *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 581 Asimismo IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 618 y 626.

⁴² El art. 30.4 LPRL señala que los trabajadores designados para tareas de prevención de riesgos laborales tienen el mismo derecho de opción de los representantes legales de los trabajadores o de los delegados sindicales. Artículo citado por IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 630.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

El art. 57 ET y el art. 116.1 LJS señalan que si la sentencia que declara la improcedencia se dicta transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda por despido, el empresario puede reclamar del Estado el abono de los salarios de tramitación y las cuotas de Seguridad Social correspondientes al tiempo que exceda de los noventa días hábiles. El apartado 2 del art. 116 LJS apunta que si el empresario es insolvente, el mismo trabajador podrá reclamar del Estado los salarios de tramitación a los que nos referimos (únicamente los correspondientes al tiempo que exceda de los noventa días hábiles).

Otro requisito, en caso de readmisión, es el deber que tiene el empresario de comunicar por escrito al trabajador la fecha en la cual tendrá lugar su reincorporación dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de improcedencia. La fecha de reincorporación deberá realizarse en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción de la comunicación por escrito de readmisión. (Art. 278 LJS)

A estos efectos, hay que recordar el contenido del art. 110.4 LJS que apunta que si el despido disciplinario es declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos formales y se opta por la readmisión, el empresario podrá ejecutar un nuevo despido en el plazo de siete días desde la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del primer despido.

Si el empresario opta por la indemnización, deberá abonar al trabajador una compensación de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de veinticuatro mensualidades. El abono de dicha indemnización tendrá como consecuencia la confirmación de la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida la fecha de cese en la actividad del trabajador. (Art. 56.1 ET)

Debido a una serie de reformas legales, el cálculo de ésta indemnización varía si la relación laboral se hubiese iniciado antes del 12 de febrero de 2012, en este caso, la indemnización se divide en dos tramos: el primer tramo será el correspondiente a 45 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, en este primer tramo se tendrá en cuenta el tiempo de servicio realizado hasta el 12 de febrero de 2012; el segundo tramo será el correspondiente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, en este segundo tramo se tendrá en cuenta el tiempo de servicio realizado desde el 12 de febrero hasta la fecha de extinción. La suma de los dos tramos no podrá ser superior a 720 días de salario (dos anualidades), salvo que del cálculo del primer tramo resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que, en ningún caso, dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades.⁴³

Para el cálculo de la indemnización se tendrán en cuenta todos los días de servicios, incluso los prestados a través de una Empresa de Trabajo Temporal. El salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización debe ser el que le corresponda legalmente, en base a su categoría profesional, por convenio colectivo empresarial o sectorial; en ningún caso será el que perciba realmente, ya que en ocasiones el trabajador percibe un salario inferior al que le corresponde⁴⁴. Por norma general, para

⁴³ Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁴⁴ La Disposición Transitoria 18 ET señala que si el trabajador objeto del despido estuviera disfrutando de una suspensión por maternidad o paternidad a tiempo parcial, una jornada reducida por lactancia, por cuidado de hijos o de familiares, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer o enfermedad grave, o de una reducción de jornada por tratarse de una trabajadora víctima de violencia de género o de una víctima del terrorismo, el salario a

el cálculo de la indemnización se toman en cuenta todas las percepciones salariales del trabajador despedido, prorrateándose todos los conceptos de devengo superior al mes, como pueden ser las pagas extraordinarias, y calculando un promedio de horas extraordinarias, si las hubiere.⁴⁵

2.1.5.3. Nulidad

El art. 55.5 ET y el art. 108.2 LJS señalan que el despido disciplinario se declarará nulo cuando “tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley”, cuando “se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, o cuando el motivo del despido esté relacionado con alguna de estas situaciones:

- a) Trabajadores en situación de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad del art. 45.1 d) ET, o trabajadores cuya notificación de despido se haya realizado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finaliza dentro del periodo de suspensión.
- b) Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del que hablamos en el anterior párrafo, trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos del art. 37.4, 4 bis y 5 ET, o estén disfrutándolos ya, o hayan solicitado o estén disfrutando ya de la excedencia prevista en el art. 46.3 ET; trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral.
- c) Trabajadores que se han reincorporado al trabajo después de un periodo de suspensión temporal por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre y cuando no transcurran más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

El art. 108.3 LJS señala que en los supuestos en los que se acredite que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas de nulidad vistas anteriormente, el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo.

Esto implica que si se considera probada la discriminación o lesión de derechos fundamentales, será más importante la calificación de nulidad que la de improcedencia en caso de que hubiese defectos de forma en el despido.⁴⁶

Por último, si en juicio se declara el despido disciplinario como nulo, el empresario deberá readmitir inmediatamente al trabajador objeto del despido. Este trabajador tendrá derecho a la percepción de todos los salarios que no ha percibido. (Art. 55.6 ET y art. 113 LJS).

2.2. CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

tener en cuenta para el cálculo de la indemnización será el total sin considerar la reducción de jornada.

⁴⁵ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 577-578. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 56. Despido improcedente en Comentarios...*, Cit., p. 956-959, y ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 56. Despido improcedente en Comentarios...*, Cit., p. 615-616.

⁴⁶ Así lo indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 580. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 789-790, y MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 537.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

Para que el despido disciplinario sea válido, debe estar basado en un “incumplimiento grave y culpable del trabajador” (art. 54.1 ET). El mismo artículo 54, en su apartado 2 enumera una serie de acciones que, en el caso de realizarlas el trabajador, se consideran incumplimientos contractuales. En este artículo se desglosan las causas del despido disciplinario.

2.2.1. Requisitos del incumplimiento

El art. 54.1 ET señala dos requisitos básicos que debe cumplir el incumplimiento del trabajador para que pueda considerarse como merecedor del despido disciplinario, estos dos requisitos son la gravedad y la culpabilidad. En todo caso, ambos requisitos deben cumplirse, no siendo suficiente que se cumpla sólo uno de ellos.⁴⁷

“La intensidad del incumplimiento grave y culpable la mide el empresario y la revisan los órganos de la Jurisdicción de lo Social”.⁴⁸ En cualquier caso, se debe realizar en cada despido un análisis individualizado y tener en cuenta las circunstancias concretas objetivas y subjetivas para ajustar el hecho, la persona y la sanción.⁴⁹

En cuanto a la resolución judicial y debido a todo esto y a lo abstracto de los requisitos del incumplimiento para que pueda basarse en ellos una extinción contractual, se convierte en poco probable la viabilidad del recurso de casación para unificación de doctrina, ya que es difícil acreditar la igualdad sustancial de los hechos y la contradicción en la resolución de los idénticos supuestos en las sentencias dictadas sobre despido disciplinario. Esta dificultad se debe a la improbabilidad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales al tener en cuenta en cada despido las circunstancias individuales y concretas de cada trabajador.⁵⁰

2.2.1.1. Gravedad

La gravedad se refiere al grado en que el trabajador ha incumplido una obligación laboral. La calificación de la gravedad dependerá de la importancia o trascendencia del bien jurídico lesionado por el incumplimiento y de la intensidad de la lesión producida, como, por ejemplo, el daño económico causado por la conducta del trabajador, el daño moral producido al empresario u otros trabajadores, la existencia de advertencias previas, etc.⁵¹

El propio ET cuando enumera las causas en su apartado 54.2 añade unos calificativos a las causas que las hacen graves como son las faltas *repetidas* de asistencia, la disminución *continuada* en el rendimiento o la embriaguez *habitual*, y, en otras causas,

⁴⁷ Como señala ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 30.

⁴⁸ Así lo indica MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 777.

⁴⁹ Siguiendo a IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 604. Asimismo STS 2-4-1992 (Rec.1635/1991) citada por ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 595, STS 13/11/00, rec. 4391/99 citada por la STS de 3 de julio de 2007, rec. ud. 2486/2006 citada a su vez por CARMEN ORTIZ LALLANA, *Despido y Extinción del Contrato de Trabajo en la Doctrina Judicial: una Expectativa para la Reforma Laboral*, Cit., p. 80, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 30.

⁵⁰ Como indica CARMEN ORTIZ LALLANA, *Despido y Extinción del Contrato de Trabajo en la Doctrina Judicial: una Expectativa para la Reforma Laboral*, Cit., p. 79-80.

⁵¹ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 568-569. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 914.

no añade calificativos debido a la propia gravedad de la falta (ofensas verbales o físicas, o acoso).⁵²

2.2.1.2. Culpabilidad

La culpabilidad hace referencia a la voluntariedad en la acción u omisión constitutiva del incumplimiento del trabajador.⁵³

El ET también añade en algunas de las causas unos calificativos que denotan culpabilidad, como son las faltas *injustificadas*, o la disminución *voluntaria* en el rendimiento.⁵⁴

Al hablar de culpabilidad se entiende, según la norma, que no es necesaria la intención, puede bastar con la culpa (con lo que la negligencia bastaría para que se considerase culpable, sin necesidad de dolo).⁵⁵

2.2.2. Causas

El art. 54.2 ET enumera una serie de supuestos concretos que “se considerarán” incumplimientos contractuales y que podrán ser causa de despido disciplinario. Se puede considerar este listado como cerrado, es decir, que el despido disciplinario debe encajar necesariamente en algunas de las causas descritas, pero algunos de los incumplimientos contractuales son tan genéricos (como, por ejemplo, la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza) que permite incluir prácticamente todos los incumplimientos del trabajador sancionables con el despido.⁵⁶

Por otra parte, existen preceptos legales que califican de falta algunas conductas, como la participación en huelga ilegal o negativa a prestar servicios mínimos, que podrían ser sancionadas con el despido.⁵⁷

⁵² Siguiendo a MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 516.

⁵³ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 568-569.

⁵⁴ Siguiendo a MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 517.

⁵⁵ Como indica BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 914. Asimismo ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 30-31.

⁵⁶ Como señala IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 605. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 915, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 595, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 900-901, y MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 515-516. A este respecto la STSJ Galicia 14 de octubre de 2002, Rec. 4039/2002 señala que “cualquier incumplimiento grave y culpable del trabajador tendrá subsunción en cualquiera de los 6 supuestos del art. 54.2 ET. Dada -según la jurisprudencia- la generalidad y amplitud con que están redactados algunos de ellos y permeabilidad de unos para con los otros...”. Sentencia citada por IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 900.

⁵⁷ Siguiendo a MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 777-778. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 916, e IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 605. A este respecto cabe citar el art. 16 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante RDLRT) que remite al derogado art. 33 del mismo por lo que las referencias realizadas a dicho artículo han de entenderse hechas al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

Otro ejemplo de lo anterior es el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales del art. 29.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL).⁵⁸

Respecto a la negociación colectiva hay que añadir que ésta podrá concretar y tipificar los incumplimientos contractuales que sean causa de despido disciplinario, pero en todo caso, estos incumplimientos deberán enmarcarse en alguna de las causas del art. 54.2 ET, y en ellos deberán apreciarse la gravedad y la culpabilidad que exige el apartado 1 del mismo artículo.⁵⁹

2.2.2.1. Faltas de asistencia o puntualidad al trabajo

La letra a) del art. 54.2 ET describe como primer incumplimiento “las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”. Estas faltas tienen como consecuencia que no se está realizando el trabajo para el que se firmó previamente el contrato y, por lo tanto, no se cumple el objeto de éste al no prestar el trabajador el servicio para el que se le ha contratado.⁶⁰

Las faltas o la impuntualidad han de ser reiteradas (continuas o intermitentes) y no estar justificadas, esto es, que la ausencia no será incumplimiento si se justifica. Esta justificación puede realizarse antes o después de la falta, pero siempre dentro de los plazos que se establezcan en la normativa de la empresa.⁶¹

Se han considerado faltas de asistencias graves y culpables: el ingreso en prisión no comunicado a la empresa; la no reincorporación tras alta médica; el disfrute de vacaciones sin autorización; la no reincorporación del trabajador ante la negativa a un desplazamiento; las ausencias reiteradas injustificadas con parte de consulta médica ineficaz al no constar enfermedad o dolencia padecidas por el trabajador; las ausencias consecuencia de disfrute de excedencia no concedida por la empresa; la

que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS).

⁵⁸ Como señala IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 900, e IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 605.

⁵⁹ Siguiendo a IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 900.

⁶⁰ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 569. Asimismo ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 596, y MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 511.

⁶¹ Como indica MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 778. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 916, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 605-606, y ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 596. Respecto a esto el art. 52 d) ET, en lo referente a la extinción por causas objetivas, expone una serie de faltas de asistencia legalmente justificadas que pueden ser trasladables a este caso: “No se computarán como faltas de asistencia,..., las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.”

ausencia del trabajo por no tener puesto de trabajo asignado; la ausencia para asistir a un curso de formación profesional sin autorización de la empresa; la ausencia por impago de salarios; o el uso abusivo, por el representante de los trabajadores, del crédito horario excediéndose en las horas permitidas.⁶²

Por otro lado se han considerado como faltas justificadas: el trabajador que recibe una orden de traslado, pero sin que la empresa le abone el importe de los billetes y las dietas; cuando la orden de traslado sea sorpresiva y no se abonen al trabajador los gastos; cuando el trabajador, reincorporado a la empresa tras una incapacidad temporal impugnada, tenga que dejar el trabajo por encontrarse físicamente imposibilitado para realizarlo; la trabajadora que se reincorpora tarde tras el permiso de maternidad, cuando creía por error que era de duración superior; o la falta debida a avería en el automóvil del trabajador.⁶³

En cuanto a la impuntualidad, se puede producir tanto cuando se llega tarde al trabajo, como cuando se abandona antes de terminar la jornada estipulada.⁶⁴

Hay que diferenciar la falta de asistencia al trabajo del abandono del puesto de trabajo, pues respecto a esto último la jurisprudencia ha indicado que es la manifiesta, expresa y terminante voluntad de concluir la relación laboral, diferenciándolo claramente de las faltas de asistencia.⁶⁵

En el ET no se concreta el número de faltas de asistencia que se han de cometer para que se considere un incumplimiento grave y culpable, por lo tanto, será la negociación colectiva la que se encargue de precisar esta cuestión. En todo caso, se deberán tener en cuenta todas las circunstancias que afectan al trabajador y a la empresa para medir el grado de gravedad y culpabilidad de este tipo de incumplimiento.⁶⁶

Hay que tener en cuenta que una falta de asistencia o puntualidad observada individualmente sería, en principio, una falta leve, y necesitaría de repetición para que se ajustase al incumplimiento grave y culpable. Las faltas leves tienen un plazo corto de prescripción, sin embargo, el TS ha considerado que al tratarse de un bloque de faltas leves que forman una grave, la primera de esas faltas no se consideraría a la hora del cómputo de prescripción, sino que se consideraría la última falta que forma dicho bloque. Asimismo, tal y como indica una postura del TS, el empresario tendría la

⁶² Siguiendo a BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 917. Asimismo ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 596, y AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Madrid, Francis Lefebvre, D. L. 2009, p. 371.

⁶³ Como indica IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 907-909. Asimismo AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 371.

⁶⁴ Como señala MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 778, e IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 901.

⁶⁵ Siguiendo a JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 569. Asimismo ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 32.

⁶⁶ Como indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 569. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 778, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 605-606, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 596, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 32.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

opción de sancionar las faltas leves a su tiempo, y más adelante, si se reincide en la falta, sancionarla con despido disciplinario.⁶⁷

El empresario que quiera despedir por esta causa deberá especificar en la notificación de despido las faltas en las que se basa la sanción para no producir indefensión al trabajador. Una vez en juicio corresponderá al empresario probar la realidad de la ausencia (para la cual se ha admitido, por ejemplo, el testimonio del encargado y los partes de trabajo) y al trabajador la justificación de esas ausencias.⁶⁸

2.2.2.2. *Indisciplina o desobediencia en el trabajo*

La letra b) del art. 54.2 ET describe como segundo incumplimiento “la indisciplina o desobediencia en el trabajo”. La indisciplina o desobediencia hace referencia al no cumplimiento por el trabajador de las exigencias del empresario, las cuales nacen del poder de control y potestad de dirección que tiene el empresario en la actividad laboral. El art. 5 ET enumera una serie de deberes que debe cumplir el trabajador, y el apartado c) dice “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”. Asimismo el art. 20.2 señala que “el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél, en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres”.⁶⁹

La indisciplina o desobediencia ha de producirse injustificadamente, ya que si la infracción está justificada de algún modo, la sanción podría ser menor al despido disciplinario o, incluso, no haber sanción. Además puede darse el caso en el que el empresario, abusando de su autoridad y poder de dirección, encomiende al trabajador la realización de tareas que no le corresponden legalmente o que suponen un riesgo para su salud, por lo que el trabajador estaría desobedeciendo legítimamente sin estar cometiendo infracción. Sin embargo la jurisprudencia ha establecido que, en todo caso, excepto en las situaciones en las que el mandato del empresario afecte a derechos irrenunciables del trabajador, atente a su dignidad, sean ilegales o peligrosas, el trabajador deberá cumplir las órdenes del empresario aunque las considere inadecuadas, sin perjuicio de poder reclamar ante los organismos competentes.⁷⁰

⁶⁷ Siguiendo a IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 903-905.

⁶⁸ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 569, e IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 903.

⁶⁹ Como indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 569. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 778, BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 917-918, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 606, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 596, e IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 915-916.

⁷⁰ Siguiendo a JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 569. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 778, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 606, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 916-917, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 34. Cabe citar aquí el art. 21.2 LPRL que dice: “el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud”.

Se han considerado por los tribunales como indisciplina o desobediencia grave y culpable: la negativa a realizar horas extraordinarias previamente acordadas; la negativa a cumplir el horario establecido; la negativa a aprender el manejo de una nueva máquina; la negativa a realizar un turno en sábado; la negativa de un conductor a circular por una ruta concreta; o la negativa a cumplir los servicios mínimos en una huelga; el disfrute de vacaciones sin autorización de la empresa; el trato desconsiderado y reincidente a los clientes; la participación en huelga ilegal; la negativa a fichar las entradas y salidas; o la negativa a vestir el uniforme de camarero de la empresa.⁷¹

Por otro lado, se han considerado como desobediencias justificadas: la negativa del trabajador a un traslado impuesto unilateralmente por el empresario sin cumplir los requisitos legales; la negativa a un cambio horario sin seguir los trámites previos; la negativa a obedecer una orden de desplazamiento cuando anteriormente ha habido una reunión infructuosa con la empresa sobre las condiciones y el trabajador solicita tiempo para encontrar otro trabajo ;la negativa de un trabajador a trabajar con una sierra a la que teme por haber sufrido un accidente con ella; la negativa a cumplir la orden de interrumpir las vacaciones; o la negativa a firmar un contrato en blanco.⁷²

El incumplimiento de las órdenes ha de ser grave (como indica el previo art. 54.1 ET), esto es, que sea una desobediencia reiterada o continuada y que genere un fuerte perjuicio para la actividad laboral o sea de indispensable cumplimiento, no tomándose como indisciplina o desobediencia los pequeños incumplimientos u olvidos que puede cometer o tener el trabajador en el día a día de su actividad.⁷³

La indisciplina o desobediencia ha de ser un incumplimiento culpable (como también indica el previo art. 54.1 ET), es decir, imputable al propio trabajador bien porque hubiera intención de desobedecer, bien por negligencia.⁷⁴

2.2.2.3. Ofensas verbales o físicas

La letra c) del art. 54.2 ET describe como tercer incumplimiento “las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos”. Esta causa tiene como fundamento la necesidad de mantener unos niveles elementales de convivencia en la relación laboral, y, además de constituir una protección personal del empresario frente a las posibles ofensas de los trabajadores, constituye la salvaguarda del trabajador agredido por otro trabajador.⁷⁵

⁷¹ Como indica BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 918. Asimismo ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 597, y AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 372.

⁷² Siguiendo a IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 917. Asimismo AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 372.

⁷³ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 569. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 919-920, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 33-34.

⁷⁴ Siguiendo a JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 569. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 918, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 919, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 33-34.

⁷⁵ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 570. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 921-922. A este respecto cabe señalar el art. 4.2 ET que en sus apartados d) y e) apunta que

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

Se consideran como conductas sancionables a través de este artículo, tanto los insultos o atentados al honor, como las agresiones físicas. Estas conductas serán sancionables cuando se realicen de palabra, pero también cuando se realicen por escrito. Serán sancionables, también, tanto si se realizan dentro de la jornada laboral y en el centro de trabajo, como si se realizan fuera del centro de trabajo o en horario distinto al laboral, siempre y cuando tengan relación con el trabajo. No será posible enmascarar la ofensa verbal aludiendo al derecho a la libertad de expresión, porque como límite de este derecho se encuentra el respeto al honor y la dignidad (por lo que habrá que analizar en cada caso las expresiones utilizadas y la finalidad que se persigue).⁷⁶

Se han considerado por los tribunales como ofensas verbales o físicas: las amenazas y coacciones a un directivo; gritar y volcar la mesa de despacho a un superior jerárquico; amenazar a un compañero con un cuchillo de cocina; trabajador que insulta fuertemente al encargado y le vuelca la mesa de su despacho; trabajadora que intimida y amenaza a otra; o la ofensa soez de un profesor al director del colegio, en presencia del conserje.⁷⁷

Por otra parte, los tribunales han considerado que no procedía el despido por esta causa: cuando el trabajador padece un estado depresivo grave; en un momento de excitación y ansiedad, existiendo una relación de confianza entre el trabajador y el gerente; por las palabras incorrectas pero habituales de hombres que conviven en el trabajo; o cuando las ofensas se han producido habiendo mediado provocación.⁷⁸

El art. 54.2 c) ET precisa, también, que el destinatario de la ofensa o de la agresión podrá ser, tanto el empresario (que en sociedades serán los representantes), como los familiares de éste o las personas integradas en la empresa (por ejemplo, los compañeros de trabajo).⁷⁹

Como en las demás causas, el acto deberá ser grave y culpable. Una vez en juicio, la intensidad de la gravedad deberá medirla el Juez, que deberá tener en cuenta los

todos los trabajadores tendrán derecho a su integridad física, al respeto de su intimidad, y a la consideración debida a su dignidad. Artículo citado por BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 919. También cabe señalar los artículos 15 y 18 de la Constitución Española, 1978 (en adelante CE) que apuntan que todos los españoles tienen derecho a la integridad física y moral y derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Artículos citados por ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 597.

⁷⁶ Como indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 570. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 779, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 607, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 925-926, y MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 513.

⁷⁷ Siguiendo a BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 920. Asimismo AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 373.

⁷⁸ Como indican AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 373.

⁷⁹ Como señala MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 779. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 919, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 607, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 597, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 924, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 36-37.

factores objetivos, las circunstancias personales de los actores (como puede ser el nivel de confianza entre trabajador y afectado), la intencionalidad, y el contexto en el que se realizó el acto que ha dado lugar al despido. En todo caso las agresiones físicas son consideradas siempre incumplimientos graves, por lo que únicamente habría que demostrar la culpabilidad.⁸⁰

2.2.2.4. *Transgresión de la buena fe contractual*

La letra d) del art. 54.2 ET describe como cuarto incumplimiento “la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”. Esta causa se fundamenta en el deber del trabajador de “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia” (art. 5 a) ET) y hace referencia a las actividades intencionadas o negligentes que puede realizar el trabajador y que tienen como consecuencia la pérdida de confianza por parte del empresario, aunque esas actividades no sean delictivas y no causen daño concreto a la empresa. Por lo tanto se la puede considerar la causa más amplia de toda la enumeración del art. 54.2 ET, que incluso podría comprender a todas las demás, y se puede utilizar para abarcar conductas que no tienen una consideración autónoma como causa de despido.⁸¹

Se pueden considerar como conductas sancionables a través de este artículo los actos que puedan ocasionar o hayan ocasionado daños materiales en el patrimonio de la empresa, como son el uso de materiales, maquinaria, bienes, medios o locales del empresario en beneficio propio del trabajador o de un tercero, la apropiación indebida de dinero, materiales o productos, o el desvío de oportunidades de negocio de la empresa en beneficio propio.⁸²

Igualmente es posible considerar transgresiones de la buena fe contractual o abusos de confianza el ejercicio por parte del trabajador de actividades incompatibles con la

⁸⁰ Siguiendo a JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 570, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 607, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 597-598, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 926, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 36, y AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 372.

⁸¹ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 570. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 779-780, BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 920-921, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 607-608, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 598-599, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 927, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 39, y MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 513-514.

⁸² Como indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 570. Asimismo ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599. En los casos de apropiación indebida de dinero, materiales o productos basta con la realización del acto, aunque el valor del daño no sea cuantioso, debido a la pérdida de confianza que se produce sobre el trabajador. Como señala IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 936-937.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

baja o la competencia desleal, ya sea creando una empresa paralela a la actividad de la empresa empleadora, o colaborando con una empresa de la competencia.⁸³

Finalmente, se pueden considerar también actos sancionables por esta vía las conductas consistentes en aceptar sobornos en forma de regalos o gratificaciones, siempre y cuando esos regalos o gratificaciones tengan como objetivo comprar la discreción, influencia o posición del trabajador en beneficio de terceros y en perjuicio de la empresa, y asimismo la revelación por parte del trabajador de secretos empresariales o informaciones confidenciales durante la relación laboral; aquí se puede incluir la obtención de información reservada mediante ordenadores de la empresa, o la revelación de secretos conocidos por razón del cargo y la realización de comentarios negativos de la empresa.⁸⁴

Se han considerado por los tribunales como transgresiones de la buena fe contractual o abusos de confianza: el trabajo durante la situación de incapacidad temporal; la participación en huelga ilegal; la comisión de delitos por el trabajador; el cumplimiento incorrecto de la prestación; el abandono del trabajo; el engaño en las titulaciones poseídas; defraudar en el manejo de dinero, sin importar la cuantía; apropiarse del importe de una comisión; cobros injustificados; emitir facturas falsas; transferir a la propia cuenta corriente los salarios que le eran debidos sin autorización para ello; cargar a tarjeta de la empresa gastos personales; extracción de materiales del centro de trabajo; utilización para fines propios del vehículo de la empresa sin autorización; auto concesión de un préstamo; simular una enfermedad o retardar su curación; dedicarse a actividades lúdicas durante la enfermedad; el uso indebido del crédito horario; creación de empresas competidoras; realización de actividad por cuenta propia o de un empresario que compita con el primero; utilizar el teléfono con llamadas particulares; acceder a páginas de ocio en internet; dormir durante el trabajo; confección irregular de nóminas; conductor de camión que incurre en exceso injustificado de gasoil; guarda jurado que se dedica al manejo de máquinas de juego durante la jornada; empleado de agencia de viajes que manipula documentos para poder disfrutar de un viaje a costa de la empresa.⁸⁵

Por otra parte, los tribunales han considerado que no procedía el despido por esta causa: participar en un piquete informativo durante una huelga; fotocopiar documentos para la defensa judicial cuando los documentos prueban una ilegalidad; apropiarse de algunos objetos del botiquín; o el descuadre de caja.⁸⁶

Al igual que en las demás causas y en base al art. 54.1 ET, estas transgresiones o abusos deben ser graves y culpables. Serán graves tanto si se producen con intención

⁸³ Siguiendo a ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 942-946.

⁸⁴ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 570-571. Asimismo ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599.

⁸⁵ Como indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 571. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 780, BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 921-922, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599, e IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 928-938.

⁸⁶ Como señalan AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 374.

o dolo como por simple negligencia, cuando esa falta de diligencia sea grave e inexcusable.⁸⁷

2.2.2.5. *Disminución del rendimiento*

La letra e) del art. 54.2 ET describe como quinto incumplimiento “la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”. Esta causa hace referencia a las conductas del trabajador que incumplen su deber básico de trabajar, siendo el rendimiento el baremo para determinar el cumplimiento de ese deber. En el cumplimiento del deber de trabajar “el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél, en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres” (art. 20.2 ET).⁸⁸

La jurisprudencia ha señalado que esta disminución en el rendimiento debe ser una falta continuada en el tiempo, y voluntaria. Debe ser continuada ya que se exige que sea una conducta prolongada en el tiempo, no bastando con la disminución del rendimiento aislada u ocasional, sin embargo, pese a exigir continuidad, no se exige que la conducta sea ininterrumpida, esto es, que entre los días de bajo rendimiento pueden intercalarse algunos días de rendimiento normal. Igualmente, debe ser voluntaria ya que se exige una expresa y personal actitud del trabajador en la disminución del rendimiento habitual que se podrá deducir de la inexistencia de obstáculos que impidan el correcto desarrollo de la prestación. Esta voluntariedad hace referencia a la culpabilidad del art. 54.1 ET a la vez que excluye las situaciones en las que el bajo rendimiento se debe a causas ajenas al trabajador (como, por ejemplo, la baja producción de otra actividad que tiene influencia en la del trabajador, o el caso en el que al trabajador se le encomiendan tareas que antes no realizaba necesitando para ello un periodo de adaptación).⁸⁹

También se ha señalado que el rendimiento que se toma como base para comprobar el volumen concreto de la disminución del mismo no es el rendimiento exigible por el empresario mediante el sistema de control establecido, sino que es el rendimiento normal que el trabajador venía realizando (salvo que fuese visiblemente elevado) o, en algunos casos, el rendimiento de otro trabajador en el mismo puesto (siempre y cuando ambos trabajadores estén en una situación análoga y cuenten con los mismos medios a su disposición), Con todo esto, puede darse también el caso en el que varios

⁸⁷ Siguiendo a IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 608. Asimismo ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 934-935, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 39.

⁸⁸ Como señala MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 781. Asimismo IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 609-610, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599, y IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 946-947.

⁸⁹ Como indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 571. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 923, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 610, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 947-951, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 43, y STSJ de la Comunidad de Madrid 8-7-2009 (Rec. 2719/2009). Sentencia citada por ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 600.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

trabajadores disminuyan su rendimiento, con lo que habrá que dilucidar quién lo ha hecho voluntariamente y quién no.⁹⁰

Pese a no haber muchos casos relacionados con esta causa, se han considerado por los tribunales como disminución voluntaria del rendimiento: el trabajador con un resultado inferior al fijado en tablas objetivas; viajante que no alcanza el mínimo de ventas convenido; o delegado jefe de negociado en una Mutua que no alcanza los mínimos pactados en contrato, para un año y dos trimestres consecutivos.⁹¹

La disminución del rendimiento, al igual que en las demás causas, deberá ser grave y culpable. Ha de ser imputable al trabajador tanto si se produce intencionadamente o con dolo, como si se producen por negligencia o un comportamiento descuidado y falto de atención que revela el abandono de las responsabilidades.⁹²

Se debe diferenciar la disminución voluntaria del rendimiento como causa de despido disciplinario de la posibilidad, admitida por la jurisprudencia, de establecer un pacto en el contrato de trabajo en el que, si no se alcanza el rendimiento acordado previamente, se puede proceder a la resolución del contrato (este pacto será lícito siempre y cuando no concurren exceso, abuso, desproporción, en el rendimiento mínimo estipulado y éste sea razonable y proporcionado).⁹³

Por último, también se debe diferenciar ésta causa de despido disciplinario con las causas de despido objetivo de ineptitud y falta de adaptación a las modificaciones, dónde no se encuentran los requisitos de gravedad y culpabilidad en la conducta del trabajador.⁹⁴

2.2.2.6. Embriaguez habitual o toxicomanía

La letra f) del art. 54.2 ET describe como sexto incumplimiento “la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo”. Respecto a su fundamento esta conducta “ha sido calificada por la doctrina como un ‘defecto de conducta’ o como una infracción de ‘deberes conexos con el de disciplina en el trabajo’” (STSJ Asturias 9

⁹⁰ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 571. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 781, BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 923, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 600, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 952-953, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 43-44, y MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 511.

⁹¹ Como indica BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 925.

⁹² Siguiendo a JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 571. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 781, BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 924-925, e IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 610.

⁹³ Como señala IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 610. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 953-957, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 44, y MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 511.

⁹⁴ Como señalan AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 374. Asimismo MANUEL ALONSO OLEA Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 511.

de julio de 2004, Rec. 878/2003⁹⁵). Este incumplimiento podría ser absorbible por la transgresión de la buena fe contractual, ya que se incumple el principal deber del trabajador al repercutir negativamente con su conducta en la actividad laboral.⁹⁶

En esta causa se incluyen el alcoholismo y la drogadicción que, pese a tratarse de enfermedades, se las considera atribuibles a quienes la sufren, por lo que se cumple el requisito de la culpabilidad del actor.⁹⁷

Para que pueda considerarse como causa de despido disciplinario la embriaguez o toxicomanía ha de ser habitual, reiterativa y no ocasional. En determinadas circunstancias, se ha justificado el despido disciplinario por una única situación de embriaguez como en el caso de los conductores, dada la gravedad de la acción y las consecuencias que puede acarrear para la vida y seguridad de sus pasajeros y/o del resto de conductores. Pese a que el artículo no hace referencia a la habitualidad en la toxicomanía, está implícita en ésta, ya que se trata de un hábito patológico; pero también hay determinadas circunstancias en las que el haber ingerido droga puede justificar un despido aunque el trabajador no sea toxicómano por el hecho de provocar una situación de riesgo en el trabajo. En algunas ocasiones los tribunales han declarado despido improcedente cuando la embriaguez o toxicomanía del trabajador ha sido consentida por el empresario durante un largo período de tiempo sin que mediaran advertencias. Cabe precisar aquí, respecto a la habitualidad, que, en la carta de despido, el empresario deberá reflejar la fecha exacta en la que el trabajador a acudido (o se ha ausentado) al trabajo en estado de embriaguez, debido a que la falta de esta precisión ocasiona una efectiva indefensión al trabajador.⁹⁸

De igual forma, para que pueda operar como causa de despido disciplinario, la embriaguez o toxicomanía debe repercutir negativamente en el trabajo e incidir en el ámbito de la relación laboral, situación fácilmente demostrable cuando la embriaguez se produce durante la jornada de trabajo, ya que normalmente tiene una incidencia directa y negativa en el rendimiento del trabajador. Sin embargo, cuando la embriaguez se produce fuera de la empresa y fuera de la jornada de trabajo, se hace más complicado comprobar la incidencia negativa en la labor del trabajador (en este caso sólo podría justificarse el despido disciplinario en los supuestos en los que la incidencia de la embriaguez sea clara e irrefutable, o en casos concretos de empresas de tendencia ideológica o religiosa, etc.).⁹⁹

⁹⁵ Sentencia citada por IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 957.

⁹⁶ Como indica MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 781. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 925.

⁹⁷ Siguiendo a JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 572.

⁹⁸ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 572. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 781, BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 925-926, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 611, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 601, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 958-961, e ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 46-47.

⁹⁹ Como indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 572. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 781, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 961, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 46-47.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

Varios ejemplos de lo que los tribunales han considerado repercusiones negativas de la embriaguez o toxicomanía son: cuando afecta minorando el rendimiento del trabajador, cuando aumenta la posibilidad de que se produzcan un mayor número de accidentes o lesiones para el trabajador o para terceros, cuando se produce un deterioro en la imagen corporativa o de empresa, o cuando la conducta del trabajador origina quejas de clientes o terceros. En todo caso, el incumplimiento contractual ha de ser grave y tener cierta entidad, no bastando con cualquier repercusión negativa en el trabajo.¹⁰⁰

No será de aplicación esta causa de despido en el caso de trabajadores con problemas de adicción o drogodependencia que estén en proceso de rehabilitación o reinserción social contratados por una empresa de inserción.¹⁰¹

Pese a no haber abundancia de casos relacionados con esta causa, se han considerado por los tribunales como embriaguez o toxicomanía: peón de limpieza que por su embriaguez habitual disminuye considerablemente el rendimiento de su trabajo; conducción de un camión en estado de embriaguez; maquinista de industria textil que, en diversas ocasiones, acude al trabajo presentando signos de intoxicación etílica pese a sufrir habituales depresiones tratadas con ansiolíticos; trabajador que crea problemas y frecuentes discusiones; o cuando el trabajador consume, tanto en horario laboral como fuera de él, provocando una disminución en su normal rendimiento.¹⁰²

2.2.2.7. Acoso discriminatorio

La letra g) del art. 54.2 ET describe como séptimo incumplimiento “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”¹⁰³. El fundamento de esta causa de despido es la defensa de la garantía del derecho a la integridad, dignidad e intimidad del empresario o trabajador acosado.¹⁰⁴

Será causa de despido disciplinario por incumplimiento grave y culpable el acoso o chantaje que un trabajador efectúe, tanto si se realiza sobre el empresario (denominado acoso “inverso”), como si se realiza sobre otro trabajador (acoso “horizontal”) aunque este último esté prestando servicios en la empresa en virtud de un

¹⁰⁰ Como señala IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 961-962. Asimismo ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 46.

¹⁰¹ Siguiendo a IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 962-963. Asimismo AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 375.

¹⁰² Siguiendo a BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 926. Asimismo AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 375.

¹⁰³ Letra g) del número 2 del artículo 54 redactada por el apartado trece de la disposición adicional décimo primera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIMH).

¹⁰⁴ A este respecto cabe señalar el art. 4.2 ET que en su apartado e) apunta que todos los trabajadores tendrán derecho “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

contrato de puesta a disposición, sea un trabajador de una empresa contratista o un trabajador autónomo que desarrolle su actividad en la empresa.¹⁰⁵

Se consideran acoso las acciones relacionadas con el sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad o edad realizadas por un sujeto activo, que conoce o debe conocer que son indeseadas por el sujeto pasivo, y que tienen como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona o crear un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil, degradante o vejatorio.¹⁰⁶

Respecto a la gravedad de este incumplimiento, la LISOS califica como infracciones muy graves “el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma” (art. 8.13) y “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo” (art. 8.13 bis). Esta tipificación tiene como consecuencia la obligación del empresario de utilizar la forma del despido disciplinario para hacer frente a las situaciones de acoso.¹⁰⁷

Al tratarse de una conducta cuyo afectado no tiene por qué ser el empresario la LOIMH, con el objetivo de proteger a las posibles víctimas de acoso, señala que “las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo” (art. 48.1) y “los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos” (art. 48.2).¹⁰⁸

¹⁰⁵ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 572. Asimismo MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 781, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 611, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 963-964, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 48.

¹⁰⁶ Como indica el art. 28.1 d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y el art. 7 LOIMH. Asimismo JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 572, MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 781, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 611-612, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 602, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 963, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 48, y MANUEL ALONSO OLEA Y M^ª EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 513.

¹⁰⁷ Siguiendo a JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 572. Asimismo IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 612, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 602, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 964-966, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 48, y AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Cit., p. 375.

¹⁰⁸ Como señala IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 966.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

Se han considerado por los tribunales como acoso o acoso sexual merecedores de despido disciplinario: trabajador que realiza fotografías por debajo de la falda de las compañeras de trabajo; trabajador que trata con desprecio a la condición femenina y atenta contra la dignidad personal de una compañera de trabajo; el trabajador que coloca en el tablón de anuncios del supermercado en el que ambos trabajaban un anuncio de contactos sexuales seguido del número de teléfono de una compañera de trabajo; o el trabajador sanitario que obligaba a las pacientes femeninas a desnudarse para realizar controles de salud que no requerían desnudo.¹⁰⁹

Por otra parte, los tribunales han considerado que no existía acoso sexual: cuando se trata de meras bromas sin intención de dañar, aunque sean de mal gusto; cuando el sujeto activo cesa en su conducta, disculpándose, sin llegar a crear un entorno laboral hostil o incómodo; o cuando la relación sea consentida y se produce fuera de las horas de trabajo.¹¹⁰

Por último, la diferencia entre esta causa y la de la letra c) del art. 54.2 (ofensas verbales o físicas) es que éstas conductas van más allá del insulto o la agresión puntual al producirse de forma continua, buscada y querida.¹¹¹

2.2.3. Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

Esta causa tiene su base en los artículos 7.1 y 1258 del Código Civil (en adelante CC) que indican que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” y que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Igualmente se basa en el art. 5 a) ET que señala que uno de los deberes del trabajador es “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia”, y en el art. 20.2 ET que, en lo que respecta a la dirección y el control de la actividad laboral, indica que “en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél, en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”.¹¹²

¹⁰⁹ Como indica ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 602.

¹¹⁰ Como señala IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 969.

¹¹¹ Siguiendo a MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 781.

¹¹² Como señala MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, Cit., p. 779. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 920-921, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 608, ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 598, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 927, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Dir. Antonio V. Sempere Navarro, 2ª ed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 246-247, ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido disciplinario: homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Coor. José Luis Gil y Gil y José Manuel del Valle, Madrid, Cinca, 2009, p. 154-162, y JUAN GORELLI

El TS en la STS 4 de marzo 1991 (RJ 1991, 1822) estableció que la buena fe “constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza”.¹¹³

A pesar de que el art. 54.2 d) ET parece distinguir entre transgresiones de la buena fe contractual y abusos de confianza, se puede considerar que se trata de una única causa o que el abuso de confianza no es más que una modalidad de transgresión de la buena fe contractual.¹¹⁴

Para transgredir la buena fe contractual el trabajador debe realizar actividades que tengan como consecuencia la pérdida de confianza (tanto ética, como profesional) por parte del empresario. Por lo tanto, no es necesario en todos los casos que estas actividades causen daño grave a la empresa o sean delictivas.¹¹⁵

Igualmente, para que se considere transgresión de la buena fe contractual no es necesario que la conducta del trabajador se considere dolosa o intencionada, bastará con que la conducta sea culposa o negligente y que esa negligencia sea grave e inexcusable. Hay ocasiones en las que el convenio colectivo tipifica conductas negligentes con niveles de gravedad diferentes a las transgresiones de la buena fe, por lo que si no se dan los requisitos de gravedad y culpabilidad para proceder al despido disciplinario, se aplicará la sanción más favorable para el trabajador.¹¹⁶

HERNÁNDEZ y TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ, *El despido disciplinario*, Madrid, Difusión jurídica, cop. 2008, p. 110-111.

¹¹³ Sentencia citada por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 247.

¹¹⁴ Siguiendo a IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 928. Asimismo FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 246.

¹¹⁵ Como indica JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 570. Asimismo FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 248-288, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 39, y JUAN GORELLI HERNÁNDEZ y TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ, *El despido disciplinario*, Cit., p. 112-113. A este respecto la STSJ de Andalucía, Sevilla, 10-92009 (Rec. 447/2009) señala que “la esencia del incumplimiento no está en la causación del daño, sino en el quebranto de los anteriores valores (lealtad, honorabilidad, probidad y confianza)” y “la relación laboral...exige una confianza entre las partes que se quiebra por la realización de conductas que denotan engaño u ocultación, o malicia, en la medida en que hacen tambalear los cimientos de esa confianza”. Sentencia citada por ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 598-599.

¹¹⁶ Siguiendo a JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 570. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 934, ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 166-167, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 288-294, ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 39, y JUAN GORELLI HERNÁNDEZ y TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ, *El despido disciplinario*, Cit., p. 113. A este respecto la STSJ de Andalucía, Sevilla, 10-92009 (Rec. 447/2009) señala que “tampoco es necesaria la concurrencia de dolo en la conducta entendida como conciencia y voluntad en su realización, pues basta que los hechos se produzcan de manera culposa, si la culpa es grave e inexcusable, para estimar cometida la infracción de la norma”. Sentencia citada por

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

Se trata de la causa más amplia de la enumeración del art. 54.2 ET, que, dada su generalidad, podría comprender a todas las demás, y que, incluso, se puede utilizar para abarcar conductas que no tienen una consideración autónoma como causa de despido, convirtiéndose esta causa en un auténtico cajón de sastre donde reconducir comportamientos muy variados. Por todo esto, se hace imposible enumerar todos los posibles tipos de transgresión de la buena fe contractual, pero sí que existen determinados incumplimientos que, por habituales, pueden ser objeto de enumeración y análisis.¹¹⁷

2.2.3.1. Abuso de confianza

El abuso de confianza se puede definir como el uso irregular por parte del trabajador, en beneficio propio y en perjuicio de la empresa, de las facultades que se le confiaron en virtud de la relación contractual laboral, con lesión o riesgo para los intereses del empresario. El abuso de confianza se puede producir con independencia de que se cause un daño real o cuantioso a la empresa. Esta conducta se suele presentar más habitualmente en trabajadores con alto grado de confianza, como son los directivos, encargados, cajeros, comerciales o empleados del hogar.¹¹⁸

Ejemplos de abuso de confianza en el puesto de trabajo son: “empleo del tiempo de trabajo en juegos y distracciones que va más allá del mero abandono puntual y temporal de las obligaciones”; “utilizar conocimientos y experiencias adquiridos en la empresa para desviar las subcontrataciones hacia una empresa determinada”; “hacer proposiciones defraudadoras a un cliente de la empresa, aunque no se hayan consumado los efectos de su exteriorización”; “transferir a la propia cuenta corriente los salarios que eran debidos sin contar con autorización para ello”; “empleo de Banca que ingresa indebidamente cantidades en la cuenta de un cliente”; “trabajador contratado para realizar tareas informáticas que registra a su nombre dos programas confeccionados en y para la empresa y niega su utilización a la misma empleadora”; “interventor que autorizó transferencias excediéndose del límite permitido”; “quien renovó pólizas que sufrieron siniestros repetidos pese a la advertencia de no hacerlo por la empresa, de quien estableció descuentos particulares pese a la prohibición de la empresa”; “cobrador de cabina de peaje que hace constar en 35 ocasiones un importe de liquidación que no se corresponde con el dinero introducido en la bolsa”; “responsable contable de una Notaría que no controló debidamente ingresos y pagos”; “supuesto de falsificación de partes de trabajo”; y “supuesto de la realización de pagos y disposiciones de efectivo”.¹¹⁹

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599.

¹¹⁷ Como señala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 571. Asimismo BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 920, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Cit., p. 607, IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 929, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 250, y ALFONSO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit., p. 39.

¹¹⁸ Como indica IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 928-929. Asimismo ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 168, y JUAN GORELLI HERNÁNDEZ y TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ, *El despido disciplinario*, Cit., p. 115.

¹¹⁹ Siguiendo a ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 929, ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente*

Sin embargo, no se apreció abuso de confianza en los siguientes casos: “asesor jurídico de la empresa, que defiende acciones colectivas planteadas por los trabajadores en defensa de intereses colectivos que también pertenecen al asesor, y sin utilizar datos a los que haya tenido acceso por su trabajo en la empresa”; “quien transgredió la confianza en ella depositada al informar a un compañero de datos (salarios de otro empleado) que la empresa le había facilitado en la confianza de que guardaría confidencialidad”; y “quien efectúa unas compras de material para la empresa a un precio superior al de otros productos equivalentes que se encuentran en el mercado, si bien sin fraude ni lucro por parte del trabajador”.¹²⁰

2.2.3.2. Apropiación indebida

La apropiación indebida por parte del trabajador de dinero, materiales o productos de la empresa se considera una transgresión de la buena fe contractual con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado en su caso, debido a que la conducta en sí misma hace que se pierda la confianza y que se quebranten los deberes de fidelidad y lealtad entre empresario y trabajador. El reintegro de lo apropiado indebidamente, el arrepentimiento o la autoinculpación del trabajador no exculpan a éste de la responsabilidad por el acto cometido. A causa de esto, la gravedad del incumplimiento se aprecia en el hecho causante que provoca la pérdida de confianza y no en las consecuencias económicas o materiales que hayan derivado de éste.¹²¹

Ejemplos de apropiación indebida en el puesto de trabajo son: “desfases importantes en las liquidaciones económicas”; “el consumo reiterado del contenido de botellas propiedad de uno de los restaurantes del hipermercado en horario de cierre, a pesar de la prohibición expresa”; “las apropiaciones por parte del trabajador de género de la empresa”; “cobros injustificados, los gastos personales cargados a tarjeta de la empresa y los pagos indebidos a empresa familiar”; “camarero que efectúa una consumición sin haberla satisfecho”; “vender solomillo de ternera marcando un precio inferior”; “no ingresar facturas cobradas, aunque sean de muy pequeña cuantía”; “realizar una venta sin el correspondiente control mecánico de la operación”; “pagar un euro por unas zapatillas y luego cambiarlas por su precio verdadero”; “incluir en las facturas gastos no justificados”; “emitir el trabajador facturas falsas”; “no abonar a la empresa el importe de ocho billetes de autobús”; “apropiación de dos destornilladores”; “permitir descubiertos en la cuenta de un cliente del banco y dar conformidad al abono de cheques expedido por ese cliente”; “anular pólizas de algunos asegurados, cambiándolas la clave para asignarlas a otros agentes”; “realizar operaciones anómalas y peligrosas que pudieron haber producido un importante quebranto económico a la empresa”; “repostar gasolina en vehículo propio utilizando la tarjeta de

arriesgada en *El despido...*, Cit., p. 168-169, y JUAN GORELLI HERNÁNDEZ y TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ, *El despido disciplinario*, Cit., p. 115-117.

¹²⁰ Como señala IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 929. Asimismo ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 169.

¹²¹ Como señala IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 936-937. Asimismo ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 167, y JUAN GORELLI HERNÁNDEZ y TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ, *El despido disciplinario*, Cit., p. 121. A este respecto la STSJ Castilla y León/Valladolid 18 septiembre 2006 (AS 2006, 2994) señala que “la apropiación de una cantidad de dinero, aún siendo éste pequeña, constituye un comportamiento incompatible con la buena fe contractual en cuanto implica una pérdida de confianza derivada de tal conducta”. Sentencia citada por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 265.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

la empresa”; “negativa a realizar el arqueo de la caja y no ofrecer justificación sobre el descubrimiento existente”; “la auto concesión de un préstamo”; “pedir comisiones a los proveedores de la empresa”; “cargar una máquina tragaperras con 14.100 pesetas, en vez de con las 15.000 ptas. facilitadas por la empresa, quedándose el resto”; “utilizar dinero del Banco para pagar sus gastos particulares, utilizando un sistema contable irregular”; “no hacer entrega al empleador de una cantidad que había recibido con destino al mismo y dentro de la relación laboral”; “quien ayuda a un compañero a consumir la sustracción de bienes de la empresa”; “sustraer una ‘merluza’”; apropiarse de un billete de avión del que se solicita el reembolso”; “apropiarse de varias bolsas de patatas fritas”; “llevarse una ‘caja de lijas’”; “la sustracción de unos pocos artículos del hipermercado en que se trabaja”.¹²²

Sin embargo, no se apreció apropiación indebida merecedora de despido disciplinario en los siguientes casos: “cuando no conste el autor material de la pequeña sustracción y el trabajador nunca había sido sancionado anteriormente”; “en el caso de la escasa cantidad en juego, la no conciencia de ilicitud del hecho por parte del trabajador dada la estimada tolerancia de la empresa, el no haber ocultado la operación y el intento de devolución de la cantidad”; “en el caso en que lo que ha habido es, a lo sumo, simple descuido o desatención en el seguimiento del proceso de trabajo establecido; pero al no existir un comportamiento dirigido deliberadamente a que la cliente no pagase unas cajas de leche, resulta desproporcionada la sanción de despido”; “en el caso de directivo de empresa que, con cargo a la misma, realiza comidas de elevadas facturas, cuando se hacían con clientes de la empresa y en el restaurante habitual utilizado por la empresa a estos fines; lo que evidencia la actitud tolerante de la empresa”; “quien se apropia de una pequeña cantidad en tal concepto (propina)-algo más de 5 euros- tras casi una década de prestación de servicios laborales”; “quien se toma un barquillo de chocolate en un supermercado”; “trabajadora de hotel que se apropia de algunos objetos de escaso valor perdido o abandonados por los clientes”; y “reponedor que se apropia de unos pocos productos ‘promocionales’ o ‘muestras gratuitas’ destinados a clientes”.¹²³

2.2.3.3. *Actividad durante la Incapacidad Temporal*

El art. 45.1 c) ET establece como causa de suspensión del contrato de trabajo la Incapacidad Temporal (en adelante IT), y el art. 45.2 establece que “la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”, pero no exonera la obligación de cumplir el deber de buena fe de un contrato que, aún en suspenso, está vigente. Por lo tanto, la realización por el trabajador de actividades durante la baja puede suponer una transgresión de la buena fe y dar lugar a un despido disciplinario.¹²⁴

¹²² Siguiendo a ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599. Asimismo IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 937-938, ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 168-169, y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 268-269.

¹²³ Como señala IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 938-939. Asimismo ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 168, y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 269-270.

¹²⁴ Siguiendo a IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 939. Asimismo JUAN GORELLI HERNÁNDEZ y TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ, *El despido disciplinario*, Cit., p. 122.

Existen dos corrientes judiciales respecto a la prohibición de realizar actividades durante la IT. En la primera queda prohibida la práctica de cualquier actividad lúdica o laboral, debido a que se entiende que toda actividad, que no sea de obligada necesidad, puede contribuir al retraso en la recuperación del trabajador, defraudando así a la empresa y a la Seguridad Social que cubre su prestación. En la segunda, más flexible, se prohíben las actividades retribuidas o de carácter laboral, pero se permiten las actividades de carácter lúdico que no sean incompatibles con la enfermedad padecida por el trabajador. En todo caso, se hace necesario el estudio individualizado de cada caso debido a las particularidades de cada actividad y de cada lesión o enfermedad.¹²⁵

Ejemplos del ejercicio de actividades incompatibles con la baja son: “la realización de actividades lúdicas durante la IT, incompatibles con la enfermedad”; “el actor, padeciendo unos supuestos dolores de espalda (por los que llevaba ya muchos meses de baja) podía conducir una moto, cargar y descargar tantos bultos pesados y voluminosos (destacan los bloques, macizos, probablemente de hormigón o piedra, mostrándose en las fotografías el esfuerzo del actor al transportarlos) durante varios días, sin duda que también podía trabajar en sus tareas de médico coordinador -tareas más livianas- en lugar de prolongar su baja tantos meses”; “quien, siendo abogado por cuenta propia y al mismo tiempo dirigiendo el departamento jurídico de una empresa, en el estado de incapacidad temporal desarrolla la actividad de abogado por cuenta propia, sin informar a la empresa de ello”; “quien alegando para causar baja que no podía conducir automóviles, conduce reiteradamente su propio automóvil”; “quien de baja por contractura muscular cervical trabaja en establecimiento de su propiedad, realizando tareas similares a las que debía realizar en su puesto de trabajo”; quien diagnosticado de espasmo muscular vulnera el tratamiento médico prescrito al realizar actividad física”; “quien en proceso de rehabilitación de hombro practica deportes como el fútbol”; y “quien debiéndose abstener del consumo de alcohol, frecuenta bares y consume bebidas alcohólicas”.¹²⁶

Sin embargo, no se apreció que la actividad durante la baja fuera constitutiva de transgresión de la buena fe en los siguientes casos: “trabajador de baja médica que realiza algunas actividades físicas y psíquicas, porque ‘la enfermedad padecida no exigía un reposo absoluto’, por lo que aquéllas ‘ni son incompatibles con su enfermedad, ni acreditan aptitud para su trabajo’”; “del que está de baja por un cuadro ansioso depresivo y durante la baja ‘curso estudios universitarios’”; “quien de baja por depresión toca instrumento musical durante fiestas”; “trabajador que, con padecimientos cervicales, realiza algunas tareas livianas, escasas temporalmente, nada forzadas, con talante de notoria calma”; “quien con lesión en la mano por accidente, realiza actividades de la vida diaria, tales como conducir”; y “quien de baja en uno de sus dos empleos continúa la actividad en el otro, de menor exigencia física”.¹²⁷

¹²⁵ Como indica IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 939-941. Asimismo ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 170-171, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 274-275, y JUAN GORELLI HERNÁNDEZ y TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ, *El despido disciplinario*, Cit., p. 127.

¹²⁶ Siguiendo a ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599. Asimismo ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 171-172, y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 274-275.

¹²⁷ Como señala FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 275.

2.2.3.4. Competencia desleal

El art. 5 d) ET establece como deber básico del trabajador “no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley”, y el art. 21.1 ET establece que “no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa”.¹²⁸

La competencia desleal se puede producir tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, pero en todo caso, la actividad debe incidir sobre un mismo mercado y clientes potenciales, debe ser desleal aprovechándose el trabajador de los conocimientos adquiridos en la primera empresa, no tiene por qué estar realizándose y estar causando daño real bastando con la sola intención de llevarla a cabo, y, si el empresario tiene conocimiento de ella, debe rechazarla ya que, de no producirse el rechazo, se entendería consentida.¹²⁹

Ejemplos de competencia desleal por parte del trabajador son: “constitución de sociedad mercantil con similar objeto social e incidencia en el mismo mercado”; “creación de empresa paralela a la actividad de la empresa empleadora, provocándole importantes perjuicios y utilizando, en ocasiones, a los trabajadores de ésta”; “colaboración para empresa de la competencia durante la baja por IT”; y “quien constituye una ferretería que además presta servicios a pocos metros de la su empleador”.¹³⁰

Sin embargo no se apreció competencia desleal en los siguientes casos: “trabajador por una colaboración puntual, anecdótica y desinteresada, por amistad y sin contraprestación alguna, para una empresa competencia de su empleador, incluso durante la jornada de trabajo”; “cuando, a pesar de la actividad concurrente (por cuenta propia) del trabajador con su empleador, éste la conocía”; “la simple entrega del curriculum vitae en otra empresa”; y “las meras consultas, conversaciones o ideas”.¹³¹

¹²⁸ La STS 29 de marzo de 1990 señala que “El ámbito de tal prohibición se limita a la concurrencia desleal; es decir, a actividades que se desarrollen dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes, realizándose aquéllas de manera desleal, con olvido de las exigencias de la buena fe, mediante el aprovechamiento de datos internos de la Empresa que son conocidos por su trabajo en ésta y que cuando se refieren a su sistema organizativo o de producción o versan sobre la relación de sus proveedores o clientes, pueden ocasionar un potencial perjuicio a aquélla, por alterar el juego de la libre competencia, a través de proporcionar una posición de ventaja para la segunda actividad”. Sentencia citada por IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 942.

¹²⁹ Como indica IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, *Despido disciplinario en Extinción...*, Cit., p. 941-946. Asimismo ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 173-174, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 260-263, JUAN GORELLI HERNÁNDEZ y TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ, *El despido disciplinario*, Cit., p. 134.

¹³⁰ Siguiendo a ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios...*, Cit., p. 599. Asimismo ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 174.

¹³¹ Como señala ROMÁN GIL ALBURQUERQUE, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido...*, Cit., p. 174. Asimismo FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA, *Las causas del despido disciplinario en El despido...*, Cit., p. 261.

2.2.4. Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual. Casos específicos

2.2.4.1. Despido procedente por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por indebida e infundada activación del servicio de escolta, manipulando los partes de actividad

A este supuesto se refiere la STSJ de Navarra 182/2913 de 1 julio¹³².

2.2.4.1.1. Antecedentes de hecho

El trabajador Don Gabriel prestaba servicios profesionales por cuenta ajena con la categoría profesional de vigilante de seguridad, concretamente como escolta, para la empresa SEGURIBER S.L.U. desde el 24 de mayo de 2007 percibiendo un salario mensual de 2.391,10 euros, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El 23 de julio de 2012 la empresa le entrega la carta de despido disciplinario debido a que desde el día 9 al 12 de julio de 2012, ambos inclusive, activó sus servicios de escolta a pesar de que la persona que tenía asignada para su protección no había requerido su presencia y que ni siquiera se encontraba esos días en su domicilio, no realizando, además, ningún tipo de servicio de contra vigilancia. El trabajador tenía conocimiento del Protocolo de Actuación como Escolta y sabía que no podía activar el servicio ni realizar labores de contra vigilancia si no era a requerimiento de la persona que debía proteger. El 8 de agosto de 2012 se celebró acto de conciliación previa sin avenencia.

El trabajador Don Gabriel presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº TRES de Navarra con el objetivo de lograr la declaración de improcedencia de su despido disciplinario con la opción de readmisión o indemnización y el abono de los salarios de tramitación.

Se celebró juicio y se desestimó la demanda del trabajador Don Gabriel, declarándose procedente el despido, tras lo que el actor presentó recurso de Suplicación que la empresa impugnó.

2.2.4.1.2. Fundamentos jurídicos

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra desestima el Recurso de Suplicación presentado por el trabajador Don Gabriel frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº TRES de Navarra, confirmando la resolución de éste último. Los motivos por los que se produce esta desestimación son: la irrelevancia del ánimo de lucro, ya que lo que realmente se penaliza es la irregularidad de la actuación en sí; la falta de veracidad de los partes de activación del servicio, que ha de considerarse una circunstancia especialmente relevante en un trabajo de escoltas al no poder realizar la empresa un control directo; la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza que realiza el trabajador al realizar la indebida activación del servicio de escolta que supone una actuación contraria a los valores de "lealtad, honorabilidad, probidad y confianza" y da lugar a un incumplimiento grave y culpable del trabajador; la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia señala que "el falseamiento grave o culpable reiterado de partes de trabajo en actividades laborales que tienen autonomía, sin lugar y centro concreto de trabajo en presencia del empleador, se estima habitualmente causa suficiente para el despido disciplinario"; en el convenio colectivo aplicable (empresas de seguridad) se incluye la falsedad y ésta puede ser objeto de la máxima sanción disciplinaria; y la falta de similitud con unos casos sobre escoltas en los que se estimó la demanda de improcedencia del despido, debido a que en estos sí se realizaron contra vigilancias.

¹³² AS\2014\237

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

2.2.4.1.3. Fallo

Se trata éste de un claro ejemplo de abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual en la relación laboral entre trabajador y empresa. La manipulación de los partes de actividad por parte del trabajador, falseando el rendimiento real de éste, es considerada aquí como un acto defraudatorio que, con independencia del daño provocado a la empresa, tiene como consecuencia la pérdida de confianza depositada en él, confianza que es básica en este caso al llevar el propio trabajador el control de su trabajo. En cuanto a la culpabilidad que exige el art. 54.1 ET se aprecia dolo debido a que al trabajador le constaban las normas propias de su puesto de trabajo. Y, en cuanto a la gravedad, que exige el mismo artículo, se trata de un incumplimiento grave (tipificado como tal en su convenio de aplicación) debido a la relevancia que tiene el seguimiento de la actividad en el trabajo de escoltas ya que la empresa no puede realizar un control directo y se precisa de una especial rigurosidad al tratarse de la seguridad de los clientes.

2.2.4.2. Despido procedente por transgresión de la buena fe contractual por apropiación indebida a la empresa dentro de sus dependencias, pese a la poca cuantía de lo que se apropió la trabajadora, profesional de ventas

Este caso se analiza en la STSJ de Extremadura 601/2013 de 27 diciembre¹³³.

2.2.4.2.1. Antecedentes de hecho

La trabajadora Doña Pura prestaba servicios por cuenta ajena con la categoría profesional de profesional de ventas para la empresa EROSKI CECOSA SUPERMERCADOS SLU desde el día 12 de septiembre de 2002 percibiendo un salario mensual de 1199.33 Euros, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El 4 de febrero de 2013 la empresa le remite la carta de despido disciplinario debido a que el día 26 de diciembre de 2012 la trabajadora cogió una etiqueta del producto detergente Flota Colonia y lo pasó por caja con la excusa de que estaba tramitando la devolución del producto para quedarse con el dinero, el día 17 de enero de 2013 realizó la misma operación con una bolsa de cacahuetes con sal y miel y otra de coctail clasicmix, y el día 26 de diciembre de 2012 cobró a un cliente una barra de pan que no facturó. El total de la cantidad apropiada asciende a 13,97 euros. El 26 de febrero de 2013 se intenta la conciliación previa, instada por la trabajadora, sin avenencia.

Doña Pura presentó demanda contra EROSKI CECOSA SUPERMERCADOS S.L. ante el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de CACERES con el objetivo de lograr la declaración de improcedencia de su despido disciplinario.

Se celebró juicio y se estimó la demanda de la trabajadora Doña Pura, declarándose improcedente el despido y condenando a EROSKI CECOSA SUPERMERCADOS S.L. a la opción entre readmisión o indemnización y al pago de los salarios de tramitación, tras lo cual, ésta presentó recurso de Suplicación que la trabajadora impugnó.

2.2.4.2.2. Fundamentos jurídicos

El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura estima el recurso de suplicación presentado por la empresa CECOSA SUPERMERCADOS S.L. frente a la Sentencia dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de CACERES, revocando la resolución de éste último, y declarando como procedente el despido disciplinario de la trabajadora

¹³³ AS\2014\382

Doña Pura sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Los motivos por los que se produce esta estimación son: la certidumbre de que la trabajadora incurrió en falta muy grave porque el convenio colectivo aplicable (V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski) establece como falta muy grave “el fraude,...la apropiación indebida, el hurto o robo...a la Empresa...dentro de las dependencias de la Empresa”, la evidencia de que el despido es procedente porque el convenio establece como sanción por faltas muy graves la "suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días" y la "rescisión del contrato por despido disciplinario", correspondiéndole a la dirección de la empresa la elección de la sanción, y todo ello en base al ET que establece que si se produce transgresión de la buena fe contractual, y ésta es grave y culpable, permitirá al empresario extinguir el contrato mediante despido disciplinario; la falta de concordancia con otra sentencia de la misma Sala (en la que se basó la primera sentencia que declaraba improcedente el despido) debido a que, en este caso, el convenio colectivo de aplicación (de industrias químicas) permitía graduar la sanción a imponer para las faltas muy graves, entendiéndose que el despido sólo cabe en las faltas más graves; y, por último, el parecido con sentencias del Tribunal Supremo y de la misma Sala en las que se concluye que “pese a la poca cuantía de lo que se apropió la trabajadora, su conducta justifica el despido impuesto por la empresa” y “en casos que son parecidos al que nos ocupa, de sustracción de dinero de la empresa o de maniobras para defraudarla, el TS considera procedente el despido, aunque lo defraudado sea de escasa cuantía o no se hayan producido perjuicios para la empresa”.

2.2.4.2.3. Fallo

Se trata éste de un claro ejemplo de apropiación indebida y transgresión de la buena fe contractual en la relación laboral entre trabajador y empresa. El fraude y robo que realiza la trabajadora es considerado aquí como una falta grave que, con independencia de la mayor o menor cuantía de la cantidad apropiada, tiene como consecuencia el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad y la pérdida de confianza que la empresa deposita en sus trabajadores. En cuanto a la culpabilidad que exige el art. 54.1 ET se aprecia dolo debido a que la trabajadora es consciente que su proceder no es correcto pero, aún admitiendo los actos, considera que la poca cuantía de lo apropiado indebidamente no es motivo de despido disciplinario. Y, en cuanto a la gravedad, que exige el mismo artículo, se trata de un incumplimiento grave debido a que así lo indica el convenio colectivo aplicable al señalar como faltas muy graves, merecedoras de la máxima sanción, el fraude y el robo. Por último, cabe señalar que el Tribunal admite que hay otros casos en los que el convenio de aplicación acepta una graduación en las sanciones para las faltas muy graves que permiten castigos más leves para conductas similares a la analizada, pero el mismo Tribunal señala que, si coincide con la empresa en la calificación de la falta (en este caso, muy grave), no debe entrar a rectificar la sanción impuesta, pues entraría en contradicción con el convenio colectivo de aplicación, que sí permite el despido disciplinario por faltas muy graves, sobrepasando su potestad revisora.

2.2.4.3. *Despido procedente por trasgresión de la buena fe contractual por realización de actividades incompatibles con la situación de IT*

Un claro supuesto de transgresión de la buena fe contractual por realización de actividades incompatibles con la situación de IT es el resuelto en la STSJ de Castilla y León, Valladolid de 12 diciembre 2013¹³⁴.

2.2.4.3.1. Antecedentes de hecho

¹³⁴ AS\2014\138

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

El trabajador Onésimo prestaba servicios por cuenta ajena con la categoría profesional de picador para la empresa HULLERA VASCO LEONESA S.A., del sector minero, desde el día 18 de noviembre de 1997 percibiendo un salario mensual de 2.800 Euros, incluyendo todos los conceptos. El 13 de abril de 2012 la empresa le remite la carta de despido disciplinario debido a que el trabajador, que se encontraba en situación de incapacidad temporal desde el 28 de octubre de 2011 por dorsalgia, realizó labores propias de ganadero en la explotación ganadera familiar (cargar carretillas con pala de mano, manejo de tractor, atender a un ternero recién nacido y cargar fardos de paja en un vehículo) los días 21, 23, 28, 29 de marzo y 2 de abril de 2012. Se ha llevado a cabo la preceptiva audiencia previa debido a la condición de afiliado a un sindicato del trabajador. El 4 de mayo de 2012 se celebró el preceptivo acto de conciliación previa sin avenencia.

Onésimo presentó, el 11 de mayo de 2012, demanda contra HULLERA VASCO LEONESA S.A., y contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL ante el Juzgado de lo Social número Tres de León con el objetivo de lograr la declaración de improcedencia de su despido disciplinario.

Se celebró juicio y se desestimó la demanda del trabajador Onésimo, declarándose procedente el despido tras lo que el actor presentó Recurso de Suplicación que la empresa impugnó.

2.2.4.3.2. Fundamentos jurídicos

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid desestima el Recurso de Suplicación presentado por el trabajador Onésimo frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de León, confirmando la resolución de éste último. Los motivos por los que se produce esta desestimación son: la irrelevancia del conocimiento por parte de la empresa del cuadro clínico que presentaba el trabajador (dorsalgia), considerado por éste lesivo de su derecho a la intimidad, ya que es el propio trabajador en que pone en conocimiento de la empresa su estado al entregar los partes de baja y confirmación (en dónde se detalla el cuadro clínico); la intrascendencia del método utilizado por la empresa (prueba pericial utilizando detective privado) para controlar el estado de la enfermedad del trabajador, considerado por éste lesivo de su derecho a la intimidad, ya que el art. 20.4 ET concede al empresario “la facultad de verificar el estado de la enfermedad que pudiere aducirse para justificar inasistencias al trabajo, verificación esa que deberá llevarse a cabo por personal médico”, requisitos que cumple la empresa; la inexistencia de incumplimiento formal en la carta de despido (no concreción de los hechos) que el trabajador alega, ya que la carta de despido “proporcionó al trabajador afectado una noticia clara, suficiente e inequívoca de los hechos que se le imputaban, noticia que no ofrecía dudas acerca del alcance de los incumplimientos contractuales que se atribuían al trabajador”; la irrelevancia de la no identificación del trabajador por parte del magistrado de instancia, debido ésta a la no asistencia de Onésimo al acto de juicio; y, por último, la falta argumentos en el recurso contra la valoración jurídica de la sentencia de instancia quedando constatado que existió “manifiesta deslealtad y quebranto de la buena fe contractual...en la conducta de trabajador que, en situación de incapacidad temporal por cuadro de dorsalgia, realiza durante cinco días labores de ganadero en explotación familiar” y “la citada conducta ya simula una inexistente discapacidad para el trabajo, ya entorpece la curación del trabajador”.

2.2.4.3.3. Fallo

Se trata éste de un claro ejemplo de actividad incompatible con la incapacidad temporal y transgresión de la buena fe contractual en la relación laboral entre trabajador y empresa. La realización de actividades agropecuarias durante la situación

de IT es considerada aquí una conducta desleal que quebranta la buena fe contractual debido a que éstas pueden causar claramente un evidente retraso en la recuperación de la dolencia del trabajador postergando la reincorporación a su puesto de trabajo. En cuanto a la culpabilidad que exige el art. 54.1 ET se puede apreciar dolo en cuanto a que el trabajador no desmiente los hechos y trata de articular su defensa en base a transgresiones en su derecho a la intimidad, e incumplimientos de forma, tanto en el despido, como en el juicio. Y, en cuanto a la gravedad, que exige el mismo artículo, se trata éste de un incumplimiento grave porque la realización de estas actividades puede ser también un síntoma de recuperación, por lo que estaría defraudando tanto a la empresa, como a la Seguridad Social que cubre su prestación.

2.2.4.4. Despido procedente por transgresión de la buena fe contractual por concurrencia desleal del trabajador que ofrece los mismos servicios que la empresa para la que presta servicios dando a entender que actúa por cuenta de ella

Así se considera en la STSJ de Cataluña 7565/2013 de 20 noviembre¹³⁵.

2.2.4.4.1. Antecedentes de hecho

El trabajador Don Agustín prestaba servicios por cuenta ajena con la categoría profesional de peón para la empresa Instal lacions Sastre, SL desde el día 18 de mayo de 2005 percibiendo un salario mensual de 1.379.57 Euros, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El 26 de junio de 2012 la empresa le remite la carta de despido disciplinario debido a que el trabajador instaló un calentador (de la marca Cointra) en la vivienda del cliente Don Eulalio (cliente habitual de la empresa desde 2006 a la que adquirió varios electrodomésticos) que no se correspondía con ninguno de los que le proporcionaba la empresa, y este mismo cliente informó a la empresa que Don Agustín realizaba habitualmente reparaciones de electrodomésticos por su cuenta en la población de Benissanet. El 1 de agosto de 2012 se celebró el acto de conciliación previa sin avenencia.

Don Agustín presentó demanda contra Instal lacions Sastre, SL y el Fondo de Garantía Salarial ante el Juzgado Social 1 Tortosa con el objetivo de lograr la declaración de improcedencia de su despido disciplinario.

Se celebró juicio y se desestimó la demanda del trabajador Don Agustín, declarándose procedente el despido tras lo que el actor presentó recurso de suplicación.

2.2.4.4.2. Fundamentos jurídicos

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el Recurso de Suplicación presentado por el trabajador Don Agustín frente a la Sentencia dictada por el Juzgado Social 1 Tortosa, confirmando la resolución de éste último. Los motivos por los que se produce esta desestimación son: la constatación de que el trabajador ha incumplido el deber de no concurrencia [art. 5 d) ET], deber básico cuya vulneración constituye, sin duda, transgresión de la buena fe contractual justificadora de despido disciplinario, con independencia del perjuicio o daño causado; la concurrencia de los tres elementos que configuran la competencia desleal (actividad económica en propio interés del trabajador y en competencia con la empresa, “la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio”, y “que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de la empresa”); y, por último la intranscendencia de la no prueba de la habitualidad en la conducta, ya que no es necesario que ésta sea habitual para incurrir en la transgresión de la buena fe.

¹³⁵ AS\2014\361

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

2.2.4.4.3. Fallo

Se trata éste de un claro ejemplo de competencia desleal y transgresión de la buena fe contractual en la relación laboral entre trabajador y empresa. La instalación de un calentador por cuenta y en beneficio propio de un trabajador que está empleado por cuenta ajena en una empresa en cuyo objeto se encuentra, entre otras, esta actividad, es considerada aquí concurrencia desleal, quebrando la buena fe contractual y siendo causa de despido disciplinario. En cuanto a la culpabilidad que exige el art. 54.1 ET se puede apreciar dolo en cuanto a que el trabajador daba a entender que la instalación la realizaba por cuenta de la empresa, cuando en realidad, lo hacía por cuenta propia. Y, en cuanto a la gravedad, que exige el mismo artículo, se trata éste de un incumplimiento grave debido a que la pérdida de confianza empresarial, consecuencia de la conducta desleal, no admite graduación.

3. CONCLUSIONES

Primera. La exigencia legal de la constancia de los hechos en la carta de despido disciplinario se justifica sobre la base del derecho a tutela judicial, a efectos de no producir indefensión al trabajador, ya que la inclusión de los hechos en la carta tiene como objetivo la comprensión del trabajador de las razones de su despido para que pueda concretarlas de cara a su posterior defensa. La alegación en la carta de despido de hechos que no sean ciertos o que no logran ser probados en juicio no tiene incidencia en la validez de ésta, ya que el requisito formal se cumple, sin embargo, la ausencia en la carta de despido de los hechos que se le imputan al trabajador sí la invalidaría y tendría como consecuencia directa la improcedencia del despido.

Segunda. A efectos de seguridad jurídica la concreción de la fecha de comienzo de los efectos del despido es importante, en primer lugar, por la determinación de la fecha a partir de la cual el empresario extingue el contrato de trabajo y éste deja de producir efectos, y, en segundo lugar porque a partir del siguiente día hábil al de la fecha de efectos del despido comienza a correr el plazo de caducidad de la acción para la impugnación del despido. La omisión de la fecha invalida la carta de despido y daría lugar a la improcedencia del despido.

Tercera. Los representantes de los trabajadores y los afiliados a un sindicato en una empresa gozan de una protección particular contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido disciplinario, siempre que actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes. En el caso de los representantes y debido a su condición de cualificados en la función social, la protección se cristaliza en la necesidad de apertura de expediente contradictorio en el caso de despido disciplinario, y la prohibición de despedirles por causas relacionadas con su condición. En cuanto a los afiliados a un sindicato, la protección consiste en la audiencia previa a los delegados sindicales de su sección en el caso de despido disciplinario. La omisión de cualquiera de estos requisitos tendría como consecuencia la improcedencia del despido.

Cuarta. Pese a que el incumplimiento de las formalidades del despido disciplinario da lugar a la improcedencia del despido, el empresario tiene la posibilidad de subsanar el despido formalmente incorrecto en el plazo de veinte días hábiles, o una vez declarada la improcedencia de éste podrá realizar un nuevo despido en el plazo de siete días. Se trata así de dar posibilidades al empresario para que una conducta grave no quede sin sanción debido a defectos formales.

Quinta. Debido a lo abstracto del concepto de gravedad y culpabilidad como requisitos del incumplimiento para que pueda basarse en ellos una extinción contractual, se convierte en poco probable la viabilidad del recurso de casación para unificación de doctrina. Esto se debe también a la improbabilidad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales al tener en cuenta en cada despido las circunstancias individuales y concretas de cada trabajador y de cada empresa.

Sexta. Se puede considerar el listado legal de causas de despido disciplinario como cerrado, es decir, que todo despido de este tipo debe encajar necesariamente en algunas de las causas descritas, pero algunos de los incumplimientos son tan genéricos (como, por ejemplo, la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza) que permiten incluir prácticamente todos los incumplimientos del trabajador sancionables con el despido. Por otra parte, existen preceptos legales que califican de falta algunas conductas que podrían ser sancionadas con el despido, como la participación en huelga ilegal, la negativa a prestar servicios mínimos, o el incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales,

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

pero, en todo caso, esas conductas se pueden enmarcar en alguna de las causas del listado.

Séptima. El concepto de gravedad en los incumplimientos que pueden dar lugar al despido disciplinario del trabajador es muy amplio debido a que en algunas causas se requiere la continuidad o reiteración en la conducta, como en el caso de las faltas de asistencia o puntualidad, la disminución en el rendimiento, o el acoso (cuyo concepto ya incluye la continuidad), y en otras causas bastará con que la conducta se realice una sola vez como en el caso de la indisciplina, las ofensas físicas, o la transgresión de la buena fe contractual. Por otra parte, hay casos en los que aún requiriendo continuidad o reiteración, puede bastar con que la conducta se realice una sola vez para dar lugar al incumplimiento (como, por ejemplo, la embriaguez de los conductores, dada la gravedad de la acción y las consecuencias que puede acarrear para la vida y seguridad de sus pasajeros, del resto de conductores o de los viandantes).

Octava. Para incurrir en transgresión de la buena fe contractual no es necesario que estas actividades causen daño a la empresa o sean delictivas, bastará con que la conducta del trabajador tenga como consecuencia la pérdida de confianza ética o profesional que el empresario depositó en él. Como consecuencia, se ha convertido en la causa más amplia del listado, que, dada su generalidad, puede comprender a todas las demás, y que, incluso, se puede utilizar para abarcar conductas que no tienen una consideración autónoma como causa de despido.

Novena. Los diferentes convenios colectivos pueden dar cabida a diferentes graduaciones en las sanciones para las faltas, que pueden permitir aplicar sanciones más o menos duras a conductas más o menos graves. En el caso específico, que se ha analizado en el estudio, de una trabajadora despedida por apropiación indebida, el Tribunal admitió que había otros casos en los que el convenio de aplicación permitía castigos más leves que el despido para conductas similares a la analizada, pero el mismo Tribunal señaló que, al coincidir con la empresa en la calificación de la falta (muy grave), no debía entrar a rectificar la sanción impuesta, pues hubiera entrado en contradicción con el convenio colectivo de aplicación, que sí permitía el despido disciplinario por faltas muy graves, sobrepasando su potestad revisora.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Causas del despido disciplinario*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.
- AA.VV., *El despido disciplinario: homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Coord. José Luis Gil y Gil y José Manuel del Valle, Madrid, Cinca, 2009.
- AA.VV., *La extinción del contrato de trabajo*, Dir. Francisco Pérez Amorós, Albacete, Bomarzo, 2006.
- AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre, Seguridad Social 2009: derecho laboral, seguridad social*, Madrid, Francis Lefebvre, D. L. 2009.
- AA.VV., *Relaciones laborales: la contratación laboral, la relación laboral, la extinción del contrato, la negociación colectiva, la representación de los trabajadores*, Dir. Tomás Sala Franco, 4ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO, *Despido disciplinario en Extinción del Contrato de Trabajo*, Dir. Ignacio Albiol Montesinos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 887-1151.
- ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO, *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao, Ed. Deusto, 1990.
- ALONSO OLEA, MANUEL Y CASAS BAAMONDE, Mª EMILIA, *Derecho del trabajo*, 24ª ed. Madrid, Civitas, 2006.
- APARICIO TOVAR, JOAQUÍN, *Despido de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato en Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1996, p. 269-306.
- BADIOLA SÁNCHEZ, ANA MARÍA, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. Jesús Cruz Villalón, Ignacio García - Perrote Escartín, Jose María Goerlich Peset y Jesús R. Mercader Uguina, 2ª ed. Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 593-602.
- BADIOLA SÁNCHEZ, ANA MARÍA, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. Jesús Cruz Villalón, Ignacio García - Perrote Escartín, Jose María Goerlich Peset y Jesús R. Mercader Uguina, 2ª ed. Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 603-614.
- BADIOLA SÁNCHEZ, ANA MARÍA, *Artículo 56. Despido improcedente en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. Jesús Cruz Villalón, Ignacio García - Perrote Escartín, Jose María Goerlich Peset y Jesús R. Mercader Uguina, 2ª ed. Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 614-618.
- BADIOLA SÁNCHEZ, ANA MARÍA, *Artículo 57. Pago por el Estado en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. Jesús Cruz Villalón, Ignacio García - Perrote Escartín, Jose María Goerlich Peset y Jesús R. Mercader Uguina, 2ª ed. Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 618-619.
- BADIOLA SÁNCHEZ, ANA MARÍA, *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2003.
- BARBANCHO TOVILLAS, FERNANDO, *La extinción del contrato de trabajo (I) en Derecho del trabajo*, Dir. José Ignacio García Ninet, 7ª ed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, p. 925-970.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

BODAS MARTÍN, RICARDO, *Despido disciplinario en Extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Manual Práctico Francis Lefebvre, 1998, p. 389-452.

CÁMARA BOTÍA, ALBERTO, *La forma del despido y el despido improcedente por defecto de forma en Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1996, p. 35-52.

CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA, *El despido individual, disciplinario y objetivo, y su calificación jurídica: la improcedencia y la nulidad del despido en Reforma de la Legislación Laboral*, Coor. Ricardo José Escudero Rodríguez, Junta de Andalucía, Universidad de Sevilla, 1997, p. 153-180.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, JAIME, *La comunicación escrita al trabajador en el supuesto del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en Presente y futuro de la regulación del despido*, Coor. Jaime Castiñeira Fernández, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 253-264.

GÁRATE CASTRO, FRANCISCO JAVIER, *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo: concepto, elementos y modalidades del contrato de trabajo, salario, poder disciplinario y extinción del contrato de trabajo*, 3^a ed. Oleiros, Netbiblo, 2009.

GARCÍA BECEDAS, GABRIEL, *El despido como acto recepticio (Estudio de la jurisprudencia) en Estudios sobre el despido disciplinario*, 2^a ed. Madrid, Acarl, 1992, p. 425-448.

GARCÍA NINET, IGNACIO, *Ofensas verbales al empresario o a otras personas del entorno empresarial en Estudios sobre el despido disciplinario*, 2^a ed. Madrid, Acarl, 1992, p. 161-211.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO, *Manual de Derecho del Trabajo*, 2^a ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

GIL ALBURQUERQUE, ROMÁN, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada en El despido disciplinario: homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Coor. José Luis Gil y Gil y José Manuel del Valle, Madrid, Cinca, 2009, p. 149-181.

GIL GIL, JOSÉ LUIS, *La caducidad de la acción de despido en Estudios sobre el despido disciplinario*, 2^a ed. Madrid, Acarl, 1992, p. 707-752.

GÓMEZ ABELLEIRA, FRANCISCO JAVIER, *La causalidad del despido disciplinario*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

GÓMEZ ABELLEIRA, FRANCISCO JAVIER, *Las causas del despido disciplinario en El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Dir. Antonio V. Sempere Navarro, 2^a ed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 146-315.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, ALFONSO, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Valladolid, Lex Nova, 2009.

GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN Y GÓMEZ ÁLVAREZ, TOMÁS, *El despido disciplinario*, Madrid, Difusión jurídica, cop. 2008.

MARÍN LAMA, CARLOS, *La extinción del contrato de trabajo* [recurso electrónico], [Barcelona] [etc.], Planificación jurídica, 2009. Biblioteca electrónica Universidad de Cantabria.

MARTÍN VALVERDE, ANTONIO, *Derecho del trabajo*, 21ª ed. Madrid, Tecnos, 2012.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, ANA, *Forma, lugar y tiempo del despido disciplinario en El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Dir. Antonio V. Sempere Navarro, 2ª ed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 315-456.

MELLA MÉNDEZ, LOURDES, *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los trabajadores*, Granada, Ed. Comares, 1999.

MERCADER UGUINA, JESÚS R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 6ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y MORENO VIDA, Mª NIEVES, *Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 1998, p. 664-680.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del trabajo*, 33ª ed. Madrid, Tecnos, 2012.

ORTIZ LALLANA, CARMEN, *Despido y Extinción del Contrato de Trabajo en la Doctrina Judicial: una Expectativa para la Reforma Laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL-CARLOS y ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, *Derecho del trabajo*, 21ª ed. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2013.

PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, FERNANDO, *El despido improcedente por injustificado en Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1996, p. 53-66.

RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ, *Artículo 54. Despido disciplinario en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Coor. Antonio V. Sempere Navarro, 9ª ed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 913-927.

RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ, *Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Coor. Antonio V. Sempere Navarro, 9ª ed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 928-950.

RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ, *Artículo 56. Despido improcedente en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Coor. Antonio V. Sempere Navarro, 9ª ed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 951-967.

RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ, *Artículo 57. Pago por el Estado en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Coor. Antonio V. Sempere Navarro, 9ª ed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 968-971.

TUDELA CAMBRONERO, GREGORIO, *Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores en Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ª ed. Madrid, Acarl, 1992, p. 449-484.

La forma y las causas del despido disciplinario.
Especial referencia a la transgresión de la buena fe contractual

VILLA GIL, LUIS ENRIQUE DE LA, *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del artículo 76 de la LCT*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, 1960.

Páginas web

<http://noticias.juridicas.com/>

<http://www.aranzadidigital.es/>

<http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>