

FACULTAT DE DRET



EL DESPIDO DISCIPLINARIO

TRABAJO FINAL DE GRADO

Marta Fuster Pont
NIUB: 16809855
Trabajo Final de Grado
Derecho del Trabajo (R6)
Tutora: Raquel M^a Rodríguez Izquierdo
Curso 2018-2019 / Segundo semestre

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	4
1. CONCEPTO	5
1.1. El despido	5
1.2. Naturaleza sancionadora	5
1.3. Incumplimiento grave	7
1.4. Incumplimiento culpable	8
2. CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO	9
2.1. La causalidad del despido disciplinario	9
2.2. Características	11
2.3. Análisis individualizado de cada causa	13
2.3.1. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo	13
2.3.2. Indisciplina o desobediencia en el trabajo	16
2.3.3. Ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos	19
2.3.4. Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo	21
2.3.5. Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado	23
2.3.6. Embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo	25
2.3.7. Acoso al empresario o a las personas que trabajan en la empresa por determinados motivos	28
3. REQUISITOS FORMALES	31
3.1. La carta de despido	31
3.2. Requisitos formales previstos por convenio colectivo	34
3.3. Supuestos especiales	36
3.3.1. Representantes legales de los trabajadores	36
3.3.2. Trabajadores afiliados a un sindicato	39
3.4. Defectos de forma y nuevo despido	41
4. EFECTOS	42
CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	46
ANEXOS	47
Anexo 1: Convenios colectivos	47
Anexo 2: Jurisprudencia y doctrina judicial	49
Anexo 3: Legislación	54

ABREVIATURAS

Art(s)	Artículo(s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
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
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TRET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

La relación laboral entre trabajador y empresario comienza a partir del momento en que ambas partes formalizan un contrato de trabajo. Sin embargo, como toda relación, puede llegar a su fin, cesando, de esta manera, los efectos y las prestaciones recíprocas nacidas en el seno de la relación contractual. La extinción del vínculo laboral puede producirse por cualquiera de los motivos establecidos en el art. 49.1 TRET: por acuerdo entre las partes, por decisión del propio trabajador, por voluntad unilateral del empresario, por fuerza mayor, etc.

El presente Trabajo de Final de Grado tiene como finalidad centrarse en el estudio detallado y preciso de una modalidad de extinción de la relación laboral, resultante de la decisión autónoma de la parte empresarial: el despido disciplinario.

La elección de esta materia viene suscitada por el especial interés personal hacia el Derecho laboral, concretamente después de haber cursado la asignatura de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consecuentemente, una vez finalizada, tuve muy claro desde el primer momento que quería hacer mi trabajo sobre un tema de este ámbito y me despertó especial interés profundizar en la figura del despido disciplinario y, sobre todo, tener la oportunidad de poder realizar un análisis más profundo de su casuística en la realidad social actual, especialmente de cada una de las causas que el TRET establece para esta modalidad de despido.

El objetivo que se pretende conseguir con esta investigación es el de realizar un estudio minucioso de todos los aspectos que componen el despido disciplinario, en virtud de los arts. 54 y 55 TRET, así como el de destacar la importancia, tanto social como judicial, que tiene este tipo de despido, debido al gran número de supuestos que se dan en la práctica laboral, que conllevan la conciliación de las partes y la intervención judicial, previa demanda del trabajador sancionado. De forma más detallada, en primer lugar, el trabajo se centrará en examinar cada una de las causas que pueden ser motivo de este despido, partiendo de que la definición que ofrece la ley es muy genérica y necesita ser concretada a tenor de cada supuesto práctico específico y, en segundo lugar, en analizar todas aquellas formalidades legales que se exigen para que el despido sea válido. De esta manera, partiendo del uso de la base de datos Aranzadi, a lo largo del trabajo se llevará a cabo un examen preciso de la doctrina jurisprudencial, lo más reciente posible, del TS y de los TSJ, así como de la regulación que ofrece la negociación colectiva mediante los convenios colectivos.

La metodología utilizada ha sido la búsqueda aplicada, es decir, en base a los conocimientos teóricos existentes sobre la institución jurídica del despido disciplinario, aplicarlos a la realidad social y jurídica de la práctica en los tribunales.

Este Trabajo de Final de Grado puede incluirse dentro de la tipología de trabajos bibliográficos o de documentación. Por un lado, el trabajo se ha realizado partiendo de la base de recopilar, analizar, exponer y sistematizar el contenido ya expuesto por diversos autores sobre la materia, ya sea en manuales, monografías, etc. Y, por otro lado, se ha hecho una selección de la jurisprudencia y doctrina judicial más actual para ver la praxis judicial sobre esta cuestión.

En resumen, a continuación, se hará un análisis de los elementos que constituyen el despido disciplinario, incluyendo: el concepto, las causas y los requisitos formales. Por razones de extensión del trabajo no se analiza la calificación judicial del despido disciplinario y sus efectos.

1. CONCEPTO

1.1. El despido

En el ordenamiento jurídico español el despido disciplinario se enmarca en los supuestos de extinción por voluntad unilateral del empleador, de la relación laboral existente entre empresario y trabajador; en otras palabras, el despido disciplinario pertenece a la institución jurídica del despido. Así, es de suma importancia explicar, en primer lugar, en qué consiste dicha institución. En términos de ALONSO OLEA, “entendemos por despido la extinción unilateral del contrato de trabajo en virtud de la decisión unilateral del empresario; que esta decisión de despedir ha de estar siempre amparada en una causa que el empresario ha de alegar y hallarse dispuesto a probar”.¹

No obstante, el concepto de despido no solo hace referencia al despido disciplinario, sino que debe entenderse en sentido amplio, incluyendo en él toda aquella “extinción por decisión unilateral del empresario de dar por finalizada la relación laboral”², en el que se engloban distintas modalidades. Entre estas especies de despido, a parte del despido disciplinario (arts. 49.1.k) y arts. 54 a 56 TRET), se encuentra el despido objetivo (arts. 49.1.l) y arts. 52 a 53 TRET), el despido colectivo (arts. 49.1.i) y 51 TRET) y el despido por fuerza mayor (arts. 49.1.h) y 51.7 TRET). Además, dentro del género despido también se incorpora el despido tácito, “que existe cuando concurren hechos o conductas concluyentes reveladores de una intención de la empresa de resolver el contrato”³.

En España, la extinción del contrato de trabajo es siempre causal, es decir, el empresario debe fundamentar su resolución en alguna causa tipificada legalmente o en la concurrencia de alguna eventualidad que impida la continuación de la relación laboral. Solo habría un supuesto en el que no es necesario esta concurrencia de causa: el desistimiento empresarial, considerado como un tipo más de despido dentro del ordenamiento jurídico.

Por tanto, según la STS de 15 de octubre de 2013, se puede concluir que “la figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo, que se configura entre aquél y el trabajador como única (...)”.

1.2. Naturaleza sancionadora

Considerando lo anteriormente dicho, el despido disciplinario constituye un supuesto de extinción por voluntad autónoma del empresario, fundado en el incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador de las obligaciones derivadas de la relación laboral subordinada existente entre éste y su empleador. Esta realidad jurídica se encuentra expresamente recogida en el articulado del TRET. En concreto, en su art. 54.1, donde se determina que “El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador”. Asimismo, como afirma la STS de 20 de diciembre⁴ “el despido disciplinario que se regula en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores es una especialidad o particularidad dentro de la figura general del despido”.

¹ ALONSO OLEA, M: *El despido (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 103.

² STS (Sala de lo Social) de 14 de mayo de 2014, RJ 2014/3864.

³ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 2682/2018, de 4 de mayo de 2018, RJ 2018/206774.

⁴ S. 1405/1989, RJ 1989/9254.

De esta definición, puede deducirse, de acuerdo con BARBANCHO TOVILLAS⁵, “que su naturaleza jurídica es dual o mixta, ya que, por una parte, es una resolución del contrato por incumplimiento y, por otra, una sanción”:

- Resolución contractual: según BARBANCHO TOVILLAS⁶, “en las obligaciones recíprocas, la facultad resolutoria se entiende implícita para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, pudiendo optar el perjudicado entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación (art. 1124 CC)”. Así, en el momento que se suscita un incumplimiento grave por parte del trabajador el contrato no tiene efectos extintivos de forma automática, sino que es el empresario quién está legitimado para finalizar el acuerdo laboral unilateralmente, sin obligación de asistir ante un juez; el ejercicio de esta potestad es calificado como despido disciplinario. Sin embargo, hay que matizar que el propio empresario puede llegar a tolerar la conducta infractora del trabajador y, a consecuencia de ello, la gravedad del incumplimiento puede verse reducida.
- Sanción: en palabras de RUBIO DE MEDINA⁷, “el despido disciplinario procede del poder sancionatorio que detenta el empresario frente al trabajador en el caso de que éste incurra en un incumplimiento muy grave de sus deberes laborales”. Este poder empresarial sobre el trabajador se encuentra regulado en el art. 58.1 TRET, estableciendo que “los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el Convenio Colectivo que sea aplicable”. Así, se desprende del articulado del TRET que solo el empresario está habilitado para sancionar a los trabajadores supeditados a él en caso de incumplimiento laboral.

Dentro de toda la tipología de sanciones aplicables a los trabajadores, el despido disciplinario es la más severa, ya que conlleva la extinción de la relación laboral y su aplicación está prevista para aquellos casos en los que el empleado cometa alguna de las faltas tipificadas como muy graves en el respectivo convenio colectivo. En este sentido estima la STS de 19 de julio de 2010⁸ que “la más grave sanción de despido, que comporta la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, para poder ser declarada judicialmente como procedente se exige estatutariamente que la falta imputada y acreditada como cometida consista en un incumplimiento grave y culpable del trabajador”.

No obstante, queda al arbitrio del propio empresario calificar la conducta infractora como merecedora de la sanción de despido u otra sanción alternativa establecida en el convenio, configurándose así el despido disciplinario como una decisión individual del empleador. Así, es doctrina reiterada del TS “que (...) el despido por ser la sanción más grave en el Derecho laboral obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido”⁹.

⁵ BARBANCHO TOVILLAS, F.: *Derecho del Trabajo [Recurs electrònic]*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 30.6.

⁶ BARBANCHO, p. 30.6.

⁷ RUBIO DE MEDINA, M^ºD.: *El Despido disciplinario*, Bosch S.A, Barcelona, 2000, p. 9.

⁸ RJ 2010/7126.

⁹ STS (Sala de lo Social), de 19 de julio de 2010, RJ 2010/7126.

El poder disciplinario que ostenta el empresario queda armonizado con la función que tienen los Tribunales de conocer y, en su caso, revisar el despido disciplinario, no para modificar la sanción impuesta, sino para verificar que el despido es correcto o, en caso contrario, indebido. Esta garantía jurisdiccional se encuentra recogida en el art. 58.2 TRET, dónde se establece que “la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente” y corroborada en los arts. 103 a 113 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), de 10 de octubre de 2011.

La naturaleza sancionadora del despido disciplinario requiere que el incumplimiento sea apreciado como grave y culpable. Es decir, no todas las faltas del trabajador acreditan la extinción del contrato laboral, sino que “se corresponde con la naturaleza del despido disciplinario (...) la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario fundada en un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador”¹⁰. Es una cuestión afirmada, reiteradamente, por la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo, la STS de 13 de abril de 2005 sostiene: “siendo el elemento constitutivo de las causas de despido disciplinario el incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales”.

1.3. Incumplimiento grave

Inicialmente, para poder hablar de gravedad, debe tratarse de un incumplimiento que tenga suficiente trascendencia para poder aplicar la extinción de la relación contractual. De ahí se deduce que la obligación incumplida tiene que ser importante dentro del vínculo laboral y, además, que tenga relevancia e intensidad. Este requisito de gravedad puede apreciarse en los convenios colectivos, en el momento de tipificar las infracciones muy graves. Por ejemplo, en ocasiones la gravedad vendrá determinada por la reiteración del incumplimiento laboral.

Sin embargo, *a priori*, es difícil determinar cuando el trabajador ha cometido un incumplimiento grave de sus obligaciones laborales. Por ello, es fundamental analizar el lugar de trabajo, el cargo del trabajador y el incumplimiento mismo, con la finalidad de analizar la gravedad de la actuación ejecutada por aquél. Esta idea ha sido consolidada por la jurisprudencia y la doctrina laboral, llamándola teoría “gradualista”. Así, como indica la STS de 22 de enero de 2019¹¹, “es doctrina de esta Sala la de que el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto”.

Por tanto, la conducta debe ser analizada de forma individual para así poder determinar su grado de gravedad y, en los casos de especial relevancia, imponer la sanción del despido disciplinario. A modo ejemplificativo, citar la STS de 21 de septiembre de 2017¹², en la cual se indica que

“es doctrina constante y reiterada de esta Sala la que sostiene que, dado que el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre infracción y sanción, aplicando un criterio individualizador en función de las singulares peculiaridades del caso, resulta imposible aceptar que la calificación de las conductas pueda ser materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación

¹⁰ STS (Sala de lo Social), de 19 de septiembre de 2011, RJ 2012/687.

¹¹ S. 35/2019, RJ 2019/552.

¹² S. 699/2017, RJ 2017/4310.

de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico”.

1.4. Incumplimiento culpable

Junto al requisito de gravedad del incumplimiento, el art. 54.1 TRET recoge el elemento de la culpabilidad. Significa que el incumplimiento ha poderse conectar o imputar al trabajador de forma inexcusable, ya sea por dolo, culpa o negligencia. Esta característica puede verse plasmada, por ejemplo, en el art. 54.2 e) TRET, donde se regula como incumplimiento contractual “la disminución continuada y “voluntaria” del rendimiento normal o pactado”.

Por último, el hecho de que el despido disciplinario sea considerado como la sanción más grave aplicable a un trabajador, pone en cuestión el principio de la presunción de inocencia en materia laboral. Por consiguiente, GORELLI HERNÁNDEZ Y GÓMEZ ÁLVAREZ¹³ citan en su obra dos sentencias ejemplificativas del tema, una TC y otra del TS, ya que tradicionalmente se han pronunciado al respecto, determinando que

“la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal, y ello porque de un lado, el despido no es más que una resolución contractual, y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal y, de otro, en que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente”¹⁴ y “la finalidad del proceso de despido no es la declaración de culpabilidad del despedido, sobre el que no se ha formulado acusación de culpabilidad penal, sino que su objeto, al que debe contraerse la actuación procesal de las partes y del órgano jurisdiccional laboral, se centra en el debate sobre si existe o no, a la luz del derecho laboral, una causa justificadora al despido disciplinario realizado por el empleador y la comprobación al efecto se desenvuelve en el marco establecido por las normas sustantivas y procesales laborales”¹⁵.

Finalmente, hay que señalar que el despido disciplinario es un acto por voluntad unilateral del empresario, ya que corresponde al empresario “la facultad de escoger la sanción a imponer dentro de las establecidas para esta clase de faltas (muy graves) y no al juez”¹⁶; es una facultad atribuida exclusivamente a él por parte del ordenamiento jurídico. Por esta razón, el empleador no está sujeto a ninguna autorización judicial o administrativa. Es de suma importancia indicar que, necesariamente, quien extingue la relación laboral es la parte empresarial, porque si fuese el trabajador no sería considerado un despido. Así, en este supuesto no tienen cabida aquellas extinciones contractuales fundamentadas en el mutuo acuerdo.

De otro lado, el despido disciplinario exige la presencia de una justa causa de extinción, motivo por el cual se dice que es un mecanismo causal. El punto de partida de la extinción de la relación laboral, en base a GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ¹⁷, es que “se trata de incumplimientos de obligaciones laborales establecidas en el propio contrato, en el convenio colectivo, en la normativa laboral, o en normas extralaborales que tienen repercusión en la prestación de trabajo”.

¹³ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: *El despido disciplinario*, Difusión Jurídica y temas de actualidad S.A, Madrid, 2008, p. 29 y 30.

¹⁴ STC de 18 de marzo de 1992, RTC 1992/30.

¹⁵ STS (Sala de lo Social), de 11 de noviembre de 2004, RJ 2005/4147.

¹⁶ STSJ Comunidad de Madrid 562/2010, 13 de septiembre de 2010, RJ 2010/369000.

¹⁷ GORELLI y GÓMEZ, p. 15.

Formalmente, al producirse un despido disciplinario, el empresario debe cumplir con unos requisitos básicos, entre ellos, la notificación por escrito o la simple motivación de los hechos que han conllevado a la sanción de despido. Consecuentemente, este tipo de despido es recepticio, debido a que sus efectos tienen lugar una vez que el empresario ha comunicado al trabajador la finalización de su relación laboral. Asimismo, es un despido constitutivo, significando que su aplicación extingue el contrato sin que el empresario tenga la oportunidad de revocar su decisión, aunque, como indica BARBANCHO TOVILLAS¹⁸, “se ha admitido antes de la efectividad del cese (STS de 2 de abril de 2012¹⁹)”.

En base a todo lo dicho anteriormente, se entiende que el despido disciplinario, para que tenga plena efectividad y aplicación, precisa de una relación laboral vigente.

2. CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

2.1. La causalidad del despido disciplinario

El despido disciplinario, para ser considerado válido, a parte de estar “basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador”²⁰, debe ser justificado con alguna de las causas enumeradas en el art. 54.2 TRET, entendidas como incumplimientos contractuales.

Como ya se ha mencionado en el epígrafe anterior, el hecho de requerir una justificación para ejecutar la extinción de la relación laboral supone que el despido disciplinario es causal, es decir, se considera una resolución contractual y no una anulación del contrato sin fundamento alguno. “Esta facultad resolutoria es, por lo tanto, a la vez que una reacción contra un incumplimiento contractual, una manifestación del poder sancionador que el ordenamiento laboral atribuye al empresario, como instrumento para hacer cumplir las obligaciones contractuales dentro de sus facultades rectoras y organizativas”²¹. Sin embargo, esta potestad empresarial disciplinaria y sancionadora, contemplada en el art. 58 TRET, además de ser susceptible de control judicial, encuentra uno de sus límites en el principio *non bis in ídem*. Este principio implica que “cualquier incumplimiento laboral, una vez sancionado, no pueda dar lugar a una sanción posterior”²²; dicho en otras palabras, mencionando a la STSJ de La Rioja de 2 de mayo de 2010²³, “los hechos, en cuanto que ya han sido sancionados, no pueden ser objeto de una nueva sanción porque se vulnera el principio básico en el derecho disciplinario del “non bis in ídem” y añade “ las faltas ya sancionadas no pueden ser causa del despido por el principio sancionador de non bis in ídem”.

Ahora bien, pese a lo dicho anteriormente, puede apreciarse, desde dos perspectivas distintas, que la causa no es un elemento estrictamente esencial en la extinción laboral. En primer lugar, cabe recordar que la relación de trabajo finaliza por decisión unilateral del empresario, de manera que, según GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ²⁴, “aún cuando haya incumplimiento grave y culpable, si el empresario decide no sancionar con despido, la relación contractual seguirá absolutamente vigente”. Por otra parte, “el hecho de que el empresario proceda a la extinción y judicialmente se demuestre que no hay justa causa (...) o existiendo un incumplimiento no sea

¹⁸ BARBANCHO, p. 30.6.

¹⁹ STS (Sala de lo Social), de 2 de abril de 2012, RJ 2012/4780.

²⁰ Art. 54.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²¹ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J.I.: *El despido disciplinario y sus causas. Análisis de jurisprudencia*, Comares, Granada, 2001, p. 41.

²² STSJ País Vasco (Sala de lo Social) 2038/2016 de 25 de octubre, RJ 2016/273368.

²³ S. 129/2010, RJ 2010/214917.

²⁴ GORELLI y GÓMEZ, p. 41.

suficientemente grave o culpable, no implica que el empresario no pueda despedir”²⁵. Así, no habiendo justa causa o sin ser conveniente para proceder a la sanción del despido, el empleador debe optar por la readmisión del trabajador o conservar la extinción del contrato, abonando al trabajador una cantidad económica.

Esto implica que el ordenamiento laboral español configura la protección de la perdurabilidad del empleo como un sistema de carácter obligatorio y no real. Esto es, ante la insuficiencia de una justa causa para proceder al despido, los sistemas reales obligan al empresario a reincorporar al trabajador; en cambio, en un sistema donde la estabilidad es únicamente de forma obligatoria, la falta de una causa ajustada para proceder al despido implica que el empresario pueda seguir con la intención de extinguir la relación laboral, pero salvaguardando el derecho del trabajador a obtener una indemnización. Por esta razón, “el principio de causalidad supone, más que un límite a la facultad extintiva del empresario, un freno a la misma, un obstáculo: la estabilidad meramente obligatoria en el fondo no es más que una forma de ser de la libertad empresarial de dar por extinguido el contrato de trabajo; de manera que la falta de causa determina que entre en juego la indemnización económica, pero no elimina la capacidad empresarial de extinguir el contrato de trabajo”²⁶.

Desde el punto de vista de la causalidad, generalmente, los ordenamientos pueden ser de dos tipos, según el método de configuración de los incumplimientos contractuales que se estiman causa de despido disciplinario: por una parte, aquellos que determinan taxativamente un listado de causas y, por otra parte, los que se limitan a disponer cláusulas genéricas, dentro de las cuales puede incluirse cualquier incumplimiento grave del empleado.

Así, puede apreciarse que el ordenamiento español se configura en un sistema que contiene una lista cerrada de causas justificativas de la extinción contractual por despido disciplinario. Es decir, el art. 54 TRET, a parte de reconocer, en su apartado primero, la potestad empresarial de extinguir el contrato por voluntad propia, en el apartado segundo se encarga de precisar, específicamente, una lista de los actos o acciones que pueden dar lugar a incumplimientos contractuales y, por tanto, pueden ser causa de despido disciplinario.

Ahora bien, ante un modelo de ordenamiento como es el español, es importante plantearse la cuestión relativa a si el listado de causas recogidas en la ley es *numerus clausus* o, por el contrario, es abierto. En principio, la posición consolidada es la de entender que las causas contempladas en el art. 54.2 TRET son cerradas y, consecuentemente, no ampliables. No obstante, tal y como indica BARBANCHO TOVILLAS²⁷, “la redacción de algunas de las causas es genérica y amplia, [*constituyendo*]²⁸ tipos genéricos de incumplimientos”; por ejemplo, el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual. Así, cualquier incumplimiento laboral, de una manera u otra, puede encuadrarse dentro de alguna causa tasada. Además, puede suceder que una misma conducta de un trabajador pueda clasificarse dentro de varias causas del art. 54.2 TRET; es la llamada *pluricausalidad*. Ante esta simultaneidad causal, queda a elección del propio empresario sancionar cada falta del trabajador o, al menos, una que alcance el índice de gravedad exigido para poder despedir.

²⁵ GORELLI y GÓMEZ, p. 42.

²⁶ GORELLI y GÓMEZ, p. 42.

²⁷ BARBANCHO, p. 30.7.

²⁸ La cursiva es mía.

En este sentido, los convenios colectivos, fruto de las negociaciones colectivas, desarrollan un papel básico en la concreción y graduación de las faltas laborales y sus respectivas sanciones. De esta manera, de acuerdo con GÓMEZ ABELLEIRA²⁹, “en España, la tarea de definir la causalidad del despido disciplinario no se reserva en exclusiva a la ley”. Los convenios colectivos, a la hora de “concretar factores determinantes en la valoración de la gravedad de una conducta; fijar que una conducta en particular, por sí sola, no es suficientemente grave para justificar el despido; y mejorar la regulación legal, desde la perspectiva del trabajador”³⁰, no deben alterar el contenido legal. Como indica BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES³¹, “el TS tiene declarado que, las reglamentaciones de trabajo y convenios colectivos actúan como normas complementarias del precepto legal, lo desenvuelven y puntualizan sin desnaturalizarlo, lo concretan, etc.”. Así, el contenido de los convenios colectivos debe respetar el precepto del art. 54.2 TRET, que es de rango superior y, por tanto, de aplicación prioritaria en caso de divergencias.

Con todo ello, como señalan GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ³², “la jurisprudencia admite que el contenido de los convenios colectivos sirve fundamentalmente para matizar las causas del despido disciplinario; es decir, para acomodar la regulación del TRET a las características de la concreta actividad que se desarrolla en la empresa”.

En resumen, la principal función de los convenios colectivos es establecer una evaluación de la gravedad en aquellas conductas que son objeto de una progresiva graduación; por ejemplo, las faltas de asistencia o de puntualidad (art. 54.2 a) TRET), ya que partiendo del precepto legal no puede saberse que cómputo de faltas es necesario para tener la consideración de incumplimiento grave y culpable que de lugar al despido disciplinario. A modo ejemplificativo, según el XIX Convenio colectivo general de la industria química³³, en concreto, su art. 65, establece que son faltas muy graves, sancionables con la posible rescisión del contrato de trabajo, “más de diez faltas no justificadas de puntualidad, cometidas en un periodo de seis meses o veinte durante un año”. En contraste, el Convenio colectivo del sector de la jardinería³⁴ establece en su art. 24.1 la falta muy grave de cometer “más de diez faltas de puntualidad no justificadas, (...) en el período de tres meses o de veinte, durante seis meses”. Por último, el IX Convenio colectivo entre Iberia, Líneas Aéreas de España, Sociedad Anónima Operadora, Sociedad Unipersonal y sus tripulantes pilotos³⁵, recoge en el art. 173.1 como falta muy grave “la falta de asistencia de más de tres días al trabajo, en un plazo de 30 días naturales, sin causa que lo justifique”, pero, solo califica como falta grave (art. 172.2) “más de 3 faltas de puntualidad en la presentación de un Tripulante Piloto para realizar un servicio de vuelo o (...) cualquier actividad en tierra en el plazo de un mes, si de ello no se derivan perjuicios para la Compañía”.

2.2. Características

De acuerdo con BARBANCHO TOVILLAS³⁶, “de los arts. 54.1 y 54.2 TRET se desprende que las justas causas del despido disciplinario constituyen incumplimientos contractuales graves y culpables del trabajador”. Por ello, estas causas deben reunir una serie de caracteres:

²⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: La causalidad del despido disciplinario, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 56.

³⁰ GÓMEZ, p.65.

³¹ BIDÓN Y VIGIL, p. 43.

³² GORELLI y GÓMEZ, p. 45.

³³ BOE, núm. 191, de 8 de agosto de 2018.

³⁴ BOE, núm. 36, de 9 de febrero de 2018.

³⁵ BOE, núm. 217, de 7 de septiembre de 2018.

³⁶ BARBANCHO, p. 30.7.

- Incumplimiento contractual que afecte a cualquiera de las obligaciones relativas a la relación laboral entre empresario y trabajador: la regla general es que solo hay que tener en cuenta las conductas laborales, es decir, aquellas obligaciones derivadas del lugar de trabajo, realizadas en la empresa y durante el tiempo de la prestación del ejercicio laboral. Sin embargo, estando en vigor el contrato de trabajo, las conductas extralaborales del trabajador también pueden incidir, de una manera u otra, en la empresa. Normalmente, el empresario no está facultado para ejercer su potestad disciplinaria fuera de la estricta relación laboral, pero “tiene excepciones, ya que fuera del lugar y tiempo de trabajo pueden ser incumplidas obligaciones contractuales básicas, como la de no concurrir deslealmente con la empresa”³⁷ o vulnerar el deber de buena fe, entre muchas otras. Consecuentemente, el empleador debe tener en consideración que conductas, en principio sin relación alguna con el lugar de trabajo, indiquen objetivamente en la relación laboral y, por tanto, son susceptibles de ser consideradas incumplimientos de esta índole. En este sentido, el TS³⁸ determina

“que el hecho de que un trabajador pueda incurrir en alguna actuación ilegal fuera de su jornada y lugar de trabajo debe quedar al margen de la potestad disciplinaria del empresario, cuando esta actuación no tenga la menor vinculación con la actividad laboral y no cause perjuicio de ningún tipo a la empresa, con independencia de que las consecuencias jurídicas que pudieren derivarse para el trabajador de este acto ilícito le impidan posteriormente el oportuno cumplimiento de sus deberes laborales. Pero, no es lo mismo cuando el trabajador comete una ilegalidad fuera de su jornada de trabajo, y lo hace precisamente contra intereses de su propia empresa, de manera voluntaria y deliberada, siendo plenamente consciente de que está causando un perjuicio a su empleadora”.

- Incumplimiento grave: la falta del trabajador debe tener cierto impacto laboral que impida seguir con el contrato de trabajo. La gravedad va relacionada con la trascendencia del bien jurídico quebrantado. Es decir, tal y como explica GÓMEZ ABELLEIRA³⁹, “la mayor o menor importancia de este bien debe ser combinada con el aspecto cuantitativo del incumplimiento, de modo que si aquel es de gran importancia (por ejemplo, un derecho fundamental), menores serán las exigencias cuantitativas de repetición, reiteración o habitualidad”. Así, la ejecución de ciertos incumplimientos conlleva, tácitamente, la apreciación del elemento de la gravedad; por ejemplo, en la transgresión de la buena fe. Por el contrario, en otros supuestos el factor de la gravedad viene determinado según la repetición, persistencia y las advertencias empresariales en relación con el incumplimiento; por ejemplo, en un supuesto de desobediencia o puntualidad. De esta manera, para considerar la gravedad del acto, también es de suma importancia analizar la práctica empresarial anterior en relación con otros incumplimientos del mismo trabajador u otros.
- Incumplimiento culpable: el incumplimiento laboral no solo debe reunir criterios objetivos, sino también elementos subjetivos “relativos a la persona del trabajador y a su entorno (familiar) y, más en particular, a su intencionalidad y a su estado psicológico en el momento de producirse los hechos que lleven a despedirle”⁴⁰. Con palabras de BARBANCHO TOVILLAS⁴¹, “la culpabilidad incluye tanto el dolo o malicia como la

³⁷ GÓMEZ, p. 85.

³⁸ STS (Sala de lo Social) 699/2017, de 21 de setiembre, RJ 2017/4310: “realización por el trabajador de un acto ilegal fuera de su horario y lugar de trabajo en perjuicio de la empresa”.

³⁹ GÓMEZ, p. 98.

⁴⁰ GÓMEZ, p. 118.

⁴¹ BARBANCHO, p. 30.7.

culpa, negligencia inexcusable o grave (...) y se aprecia tanto si el trabajador realiza el incumplimiento -voluntario- como si lo realiza un tercero y el único vínculo que existe con la empresa es el trabajador -imputable-". Al igual que en la gravedad, en algunos incumplimientos puede apreciarse, automáticamente, el elemento de culpabilidad; por ejemplo, en la embriaguez o el acoso. Pero, en los demás casos, se indica explícitamente que el incumplimiento debe tener el rasgo subjetivo de la intencionalidad en la conducta; los dos ejemplos más claros son: las faltas de asistencia o puntualidad y la disminución del rendimiento del trabajo. En ambos casos, el TRET se encarga de detallar que, en el primer caso, deben ser injustificadas y, en el segundo supuesto, debe ser voluntaria. Por último, pese a la relación entre el incumplimiento intencionado y/o atribuible al trabajador con la culpabilidad, cabe hacer énfasis en la inaplicación del principio de la presunción de inocencia en el ámbito laboral, tal y como se ha explicado anteriormente.

Jurisprudencialmente se ha creado la ya mencionada y explicada teoría gradualista del despido, con la finalidad de poder analizar la gravedad y culpabilidad restrictivamente, atendiendo a cada caso concreto y sus circunstancias, tanto objetivas como subjetivas.

Como señala BARBANCHO TOVILLAS⁴², "los incumplimientos contractuales graves y culpables del trabajador pueden constituir, a su vez, ilícitos penales, por lo que se debe tener presente la prejudicialidad penal y su incidencia respecto de la valoración de los hechos, prueba y conducta"⁴³.

Por último, las conductas que establece el art. 54.2 TRET, como merecedoras de despido disciplinario, "remiten en último término a la protección de un mínimo ético en la relación laboral, una exigencia de conducta cuya quiebra hace inviable la relación"⁴⁴.

2.3. Análisis individualizado de cada causa

A continuación, se examinarán de forma particular cada una de las justas causas tipificadas en el art. 54.2 TRET que son motivo de despido disciplinario, complementando, así mismo, con ejemplos prácticos de las mismas, derivados de convenios colectivos o de jurisprudencia.

2.3.1. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo

Las faltas que contempla el art. 54.2 a) TRET son "supuestos de reducción indebida del tiempo de trabajo efectivo o a disposición del empresario y, a su vez, de alteración del régimen de trabajo establecido en la empresa, con repercusión negativa en la actividad productiva que incide en la disciplina"⁴⁵. Concretamente, la normativa hace referencia a dos conductas distintas que pueden ser objeto de sanción disciplinaria: la ausencia no justificada en el trabajo y la impuntualidad.

Con el término faltas de asistencia debe entenderse la incomparecencia del trabajador en su lugar de trabajo, durante un período temporal de una o varias jornadas laborales. Hay que matizar que la falta de asistencia no es equiparada con el abandono del trabajador de su puesto de trabajo, ya que este último supuesto constituye una manera de extinguir la relación laboral sin mediar previo

⁴² BARBANCHO, p. 30.7.

⁴³ STS (Sala de lo Social) 111/2017, de 8 de febrero, RJ 2017/886.

⁴⁴ GÓMEZ, p. 51.

⁴⁵ BARBANCHO, p. 30.8.

aviso, llamada desistimiento del trabajador (art. 49.1 d)). Sin embargo, puede resultar frecuente que una empresa, ante la ausencia del trabajador en su lugar de trabajo durante un período razonable de varios días y sin que conste su precisa comunicación, le notifique carta de despido por faltas no justificadas de asistencia, aunque, tal vez se trate de un supuesto de desistimiento por parte del propio trabajador.

En cambio, en las faltas de puntualidad el trabajador comparece en su lugar de trabajo, pero lo hace sin respetar el horario estipulado con el empresario; esta conducta puede manifestarse de varias formas: con la llegada tardía del trabajador a la hora de empezar su jornada laboral o, viceversa, marcharse antes de que termine su horario de trabajo pactado, así como ausentarse durante la jornada sin razón alguna. Ambos incumplimientos deben ser reiterados e injustificados. Así, el TSJ de Andalucía⁴⁶, respecto a la falta de puntualidad, establece que “para que el despido pueda producirse se precisa (...) la concurrencia conjunta de estos dos requisitos: la reiteración de la falta de puntualidad y la falta de justificación de la misma”.

En todo caso, “se debe acudir al uso social para determinar los supuestos en que el retraso queda “tolerado” en atención a la realidad imperante”⁴⁷. Como señala el TSJ Cantabria⁴⁸,

“la referida tolerancia supone un conocimiento por parte de la empresa de la práctica irregular imputada y, además, un consentimiento de la misma que permita al trabajador actuar en la confianza de estar obrando ilícitamente. Es cierto que cuando concurre tolerancia por parte de la empresa, no es posible que, luego, se sancione al trabajador contradiciendo sus propios actos.

Ahora bien, la tolerancia debe interpretarse de forma rigurosa y restrictiva, de conformidad con la clásica doctrina legal. Se exige que la misma sea notoria y pruebe una voluntad manifiesta de la empresa de autolimitar sus facultades disciplinarias”.

En relación con la exigencia legal de la reiteración de la falta, el precepto estatutario no fija, de forma expresa, el número de faltas que deben concurrir para tener la consideración de incumplimiento grave y culpable, pero puede deducirse que ha de tratarse de una conducta que afecte al buen funcionamiento de la empresa y su organización. Ante esta carencia de regulación explícita en el TRET, son los convenios colectivos los que se encargan de precisar este concepto de reiteración, pero, igualmente, siempre hay que analizar cada caso en particular.

Sirvan como paradigmas el Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, S.A y el XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas.

Según el Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, S.A, se establece en su art. 33 C) 12 y 13 que son infracciones muy graves, sancionables con despido, “cinco faltas de puntualidad durante un mes sin causa justificada” y “faltar más de dos días al trabajo durante el período de un mes sin causa justificada”⁴⁹. Asimismo, el XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas considera como falta muy grave, en su art. 43.3 a) y b), “más de 9 faltas injustificadas de puntualidad cometidas en un plazo de 30 días” y “más de 3 faltas injustificadas de asistencia al trabajo cometidas en un plazo de 30 días”⁵⁰.

Asimismo, el TSJ de Andalucía⁵¹ declaró:

⁴⁶ STSJ Andalucía (Sala de lo Social) 1484/2013 de 26 de septiembre, RJ 2013/333863.

⁴⁷ GORELLI y GÓMEZ, p. 52.

⁴⁸ STSJ Cantabria (Sala de lo Social) 156/2019 de 22 de febrero, RJ 2019/82039.

⁴⁹ BOE, núm. 42, de 4 de febrero de 2019.

⁵⁰ BOE, núm. 242, de 9 de octubre de 2013.

⁵¹ STSJ Andalucía (Sala de lo Social) 1484/2013 de 26 de setiembre, RJ 2013/333863. Despido disciplinario por trece o más faltas de puntualidad en un mes natural.

“Por lo que se refiere al número de faltas de puntualidad necesarias para que pueda acordarse el despido, reiterada doctrina jurisprudencial ha declarado que las normas convencionales son instrumentos válidos para la concreción del número de faltas de puntualidad necesario para que nos encontremos ante una justa causa de despido, siempre y cuando aquellas no contradigan la regulación legal y, sin perjuicio, de que en supuestos de acreditada gravedad se pueda dar la causa de despido aunque no se llegue a los parámetros de reiteración especificados en las normas convencionales (...). En el presente caso el artículo 63 del Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados califica como falta muy grave trece o más faltas de puntualidad durante un mes natural, debiendo considerarse como faltas de puntualidad cuando el retraso injustificado en la hora de entrada sea superior a los diez minutos (...). En consecuencia, habiendo quedado acreditadas las faltas de puntualidad imputadas a la actora y teniendo las mismas la suficiente reiteración para ser consideradas como faltas muy graves, sin que conste causa alguna de justificación de las mismas, el cese de la actora por esta causa ha de calificarse como un despido procedente”.

En el mismo sentido, el TSJ de Asturias⁵² determina que,

“ante la imprecisión del texto estatutario en orden al número de inasistencias laborales susceptibles de configurar la correspondiente falta de disciplina merecedora de la sanción más grave de despido ha de salvarse mediante la aplicación complementaria de la normativa laboral del sector en el que se integre la empresa en la que presta servicios el trabajador sujeto pasivo de la medida disciplinaria”.

Ante una posible falta de aplicación de convenio colectivo, deben aplicarse criterios razonables para analizar la gravedad que revisten estas faltas. Así, “la jurisprudencia ha entendido que revisten una mayor gravedad aquellas faltas de asistencia o puntualidad cometidas por trabajadores que desempeñan puestos estratégicos en la empresa, o que incluso cuando el infractor pertenece a un centro de trabajo, donde su inasistencia o impuntualidad provoca una clara desorganización productiva”⁵³.

A su vez, como señala BARBANCHO TOVILLAS⁵⁴, “estas faltas deben ser voluntarias o imputarse al trabajador, que admite tanto la conducta dolosa como la culpa o negligencia”. Así, es importante determinar si las faltas de asistencia o puntualidad son justificadas o no. La ley exige el requisito de no justificación, es decir, no hay ninguna circunstancia social, familiar, etc. que pueda amparar el retraso o la ausencia. Ahora bien, la justificación de estas faltas no permite sancionar al trabajador de una conducta que no es responsable, es ajena a su voluntad o es en ejercicio de sus derechos laborales. “Lógicamente, en principio, se entiende que la justificación debe realizarse automática y unilateralmente por el trabajador cuando se produce la ausencia; sin embargo, en el caso en que éste no justifique su ausencia, la empresa, antes de proceder a imponer la sanción del despido disciplinario, debe requerir (...) al trabajador para que justifique sus ausencias”⁵⁵.

Dentro de estas conductas justificadas pueden incluirse supuestos como el de asistencia a cursos de formación, el disfrute de vacaciones o, entre muchos otros, el permiso de lactancia. Ahora bien, el trabajador debe justificar sus ausencias de forma plausible y usando medios de prueba, con el objetivo de no ser sancionado por parte del empresario. En palabras de BARBANCHO TOVILLAS⁵⁶, “especial relevancia tienen los medios de prueba (...) en las [ausencias]

⁵² STSJ Asturias (Sala de lo Social) 919/2014 de 25 de abril, RJ 2014/178826. Supuesto de “despido disciplinario por faltas injustificadas de asistencia al trabajo: la ausencia al trabajo supera el número de días que el Convenio Colectivo de Asturias considera constitutivo de una falta muy grave”.

⁵³ BIDÓN Y VIGIL, p. 301.

⁵⁴ BARBANCHO, p. 30.8.

⁵⁵ GORELLI y GÓMEZ, p. 55.

⁵⁶ BARBANCHO, p. 30.8.

relacionadas con la asistencia a servicios médicos, situaciones de enfermedad y de incapacidad temporal”.

Como señala el TS⁵⁷,

“El art. 54.2. a) ET reputa incumplimiento contractual determinante de despido las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo. En el presente caso, de los dos elementos que conforman el supuesto normativo no se discute el relativo a la reiteración de la conducta, condicionante de la gravedad requerida por el apartado 1 del mencionado precepto, que en todo caso concurre de manera manifiesta, dado que la inasistencia de la actora a la empresa se prolongó durante nueve días laborables consecutivos, y el debate se centra en el elemento referido a la inexistencia de una causa legítima que justifique las faltas, vinculado a la exigencia de culpabilidad”.

En conclusión, las faltas de asistencia o puntualidad no operan automáticamente, sino que debe analizarse cada caso concreto, en función de cada trabajador y la incidencia de gravedad que revista la conducta para la empresa. A estos efectos, el TSJ de Asturias⁵⁸ ha señalado que “la jurisprudencia ha considerado que tales faltas no operan de una manera objetiva y automática, sino que han de ser estudiadas en su realidad de forma específica y singular en cada caso”.

2.3.2. Indisciplina o desobediencia en el trabajo

La causa recogida en el art. 54.2 b) TRET se fundamenta en la protección de la armonía y la disciplina en la empresa. Además, también precisa garantizar “el cumplimiento de las órdenes del empresario al que está obligado el trabajador (arts. 5 c), 20.1 y 20.2 TRET), [así como] las obligaciones establecidas en disposiciones legales (arts. 5 b) y 19.2 TRET, art. 29 LPRL⁵⁹), reglamentarias y en los convenios colectivos”⁶⁰.

Por indisciplina se entiende, “no solo la actitud de rebeldía abierta y enfrentada contra las órdenes recibidas del empresario, en el ejercicio regular de sus funciones directivas, sino también en el acto de incumplimiento consciente y querido de las obligaciones [derivadas del contrato de trabajo]”⁶¹. En cambio, la desobediencia es definida “como el incumplimiento consciente, radical e injustificado de directrices adoptadas por el empresario, en el ejercicio de su poder organizativo, comunicadas al trabajador en términos de claridad inequívoca”⁶².

Las conductas no disciplinarias y las de desobediencia, para que sean causa justificada de despido disciplinario, además de contravenir el poder de dirección empresarial, deben suponer un

⁵⁷ STS (Sala de lo Social) 775/2018, de 17 de julio, RJ 2018/3835. Se declara la procedencia del despido por “faltas de asistencia injustificadas al trabajo durante nueve días laborales consecutivos tras disfrutar de un período de permiso retribuido, durante el que celebra contrato de trabajo a tiempo completo con otra empleadora sin comunicación alguna a la empresa”. El TS determinó: “pues bien, en el relato histórico (...) no figura circunstancia alguna que permita dispensar a la demandante de su obligación de comparecer en la empresa el 27/04/15 (...). Es más, tal narración pone de manifiesto que la verdadera causa de su proceder fue que en esas mismas fechas se encontraba prestando servicios laborales para otra empresa (...), lo que hacía inviable su incorporación (...). La razón por la que la demandante no acudió a la empresa no radicó en un hecho o acontecimiento independiente de su voluntad sino en su decisión libre y consciente que, además, no puso en conocimiento de la empresa en ningún momento, (...) lo que explica que su empleadora, una vez transcurrido el plazo dilatado sin tener noticias suyas, procediese a su despido. (...) En definitiva, al no acudir a la empresa a partir del día 27/04/15, la trabajadora demandante incurrió en un incumplimiento grave y culpable de su deber laboral básico, lo que constituye la justa causa de despido tipificada en el art. 54.2 a) TRET”.

⁵⁸ STSJ Asturias (Sala de lo Social) 919/2014, de 25 de abril, RJ 2014/178826.

⁵⁹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

⁶⁰ BARBANCHO, p. 30.8.

⁶¹ BIDÓN Y VIGIL, p. 167.

⁶² BIDÓN Y VIGIL, p. 167.

perjuicio grave para la empresa. Así, hay que valorar los elementos objetivos y subjetivos de cada supuesto. A modo ejemplificativo, el TSJ de Asturias⁶³ considera que,

“las reiteradas desobediencias y la inobservancia de la buena fe consustancial al contrato o relación de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática generadora de derechos y obligaciones recíprocos, y del deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador, exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegida (y exigible) en el ámbito contractual, así como la deslealtad demostrada con unas conductas totalmente contrarias a las que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, consecuencia del postulado de la fidelidad, justifican la unilateral, legítima y lícita decisión empresarial extintiva del contrato de trabajo del recurrente, amparada en el artículo 32.3 del Convenio Colectivo”.

Ahora bien, “la jurisprudencia ha establecido ciertos requisitos para determinar la existencia de indisciplina y desobediencia”^{64 y 65}:

- Gravedad: la conducta debe tener un impacto trascendental para la empresa y debe suponer un quebrantamiento disciplinar.
- Culpabilidad: el trabajador debe ser consciente de su actuación contraria al mandato empresarial, es decir, su incumplimiento laboral debe ser doloso. Según BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES⁶⁶, “la culpabilidad no [debe quedar] atenuada por circunstancias concurrentes, y no pueden estar basadas en actuaciones que anteriormente habían sido toleradas por la empresa”.
- Trascendencia: el hecho de no cumplir las órdenes superiores emitidas por el empresario debe causar un perjuicio notorio a la empresa, no necesariamente económico.
- Injustificada: no debe operar ninguna causa justa que implique el amparo de la indisciplina o la desobediencia.

Así, el TSJ de Galicia⁶⁷ determinó que,

“es preciso que la desobediencia sea abierta y sin fundamento y frente a las órdenes del superior, en el ámbito de la empresa, dadas en el área de sus facultades y no acreedoras a reproche, por falta a la norma o costumbre (...). Aparte de que la desobediencia se manifiesta como resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de órdenes precisas emanadas del empresario. En resumen, además, de voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales, el incumplimiento debe reunir, además, los requisitos de ser grave, trascendente e injustificado; grave, en la medida en que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada no puede ser castigada con el despido; trascendente, en cuanto que produzca un perjuicio para la empresa; e injustificada, porque si concurre una causa incompleta de justificación ha de merecer una sanción menor que la extinción de la relación laboral”.

En relación con el requisito de la no justificación de la conducta, hay que matizar que ciertas conductas de indisciplina o desobediencia pueden tener una justificación legalmente aceptada. Es decir, el TRET parte de la idea de que las órdenes e instrucciones empresariales son de carácter

⁶³ STSJ Asturias (Sala de lo Social) 111/2019, de 29 de enero, RJ 2019/58969. Supuesto de incumplimiento de las normas y procedimientos de seguridad en una empresa. El Tribunal falló la sentencia diciendo “han de reputarse plenamente acreditadas las conductas que al accionante se le imputan, en ellos descritas profusa y detalladamente, y de este modo la ejecución voluntaria, culpable y directa de actos de desobediencia que entraron en directa y abierta contradicción con órdenes emitidas por el empresario amparadas en el poder de dirección que le reconoce el artículo 5 c) del Estatuto de los Trabajadores, órdenes que el recurrente venía obligado a cumplir al imponerle dicho precepto, al igual que los apartados 1 y 2 del artículo 20 del mismo texto legal, y cuya inobservancia afectó al elemento espiritual del contrato de trabajo y a las exigencias de la buena fe que presiden el cumplimiento de las prestaciones que constituyen su objeto”.

⁶⁴ GORELLI y GÓMEZ, p. 75.

⁶⁵ STSJ Extremadura (Sala de lo Social) 44/2013, de 5 de febrero, RJ 2013/246.

⁶⁶ BIDÓN Y VIGIL, p. 168.

⁶⁷ STSJ Galicia (Sala de lo Social) 4668/2015, de 9 de septiembre, RJ 2015/1964.

legítimo y derivan de las aptitudes del ejercicio del poder de dirección empresarial. Sin embargo, puede suceder que estas ordenes no sean legítimas y comporten un exceso de las facultades empresariales; consecuentemente, el trabajador está legitimado para negarse a cumplirlas, es la llamada desobediencia legítima. En estos casos, el incumplimiento del trabajador está protegido, generalmente, por el *ius resistentiae*.

Como indica el TSJ de Andalucía⁶⁸,

“El deber de obediencia a las órdenes de la empresa se deriva de los artículos 5.a) y c) ET, en relación con los artículos 20.1 y 54.2.b) del mismo texto legal, sin que sea aceptable el “ius resistentiae” del trabajador, sino excepcionalmente, cuando la orden recibida atente a su dignidad, sea abusiva en extremo, o totalmente contraria a las exigencias laborales; rigiendo, en caso contrario, el principio consagrado por la jurisprudencia laboral “solve et repete”, según el cual el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien en la empresa tiene el poder de cursarlas en razón a la facultad de dirección que le incumbe, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, sin perjuicio de reclamar ante los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos”.

De forma análoga, el TSJ de Galicia⁶⁹ dice que,

“El “ius resistentiae” opera no sólo frente a órdenes de contenido delictivo o cuyo incumplimiento entrañe riesgo grave para la integridad física del trabajador, sino también frente a órdenes atentatorias a la dignidad personal del trabajador, o que sean fruto de la arbitrariedad, capricho o abuso empresarial”.

En palabras de BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES⁷⁰, “cuando la orden emitida por el empresario imponga al trabajador una conducta delictiva, por supuesto, el trabajador está en su derecho de no acatarla. (...) Tampoco está obligado a obedecer órdenes que lesionen derechos irrenunciables, o cuyo incumplimiento entrañe un daño o perjuicio para el propio trabajador, o incluso para un tercero”. En este sentido, los derechos fundamentales más conflictivos son: el derecho de huelga (art. 28.2 Constitución Española, en adelante CE) o el derecho de la intimidad y el de la propia imagen (art. 18.1 CE), entre otros.

Por último, como todas las causas del art. 54.2 TRET, respecto a las conductas de indisciplina o desobediencia, hay que estar en lo dispuesto en cada convenio colectivo y su grado de tipificación. A estos efectos, el TSJ de Castilla y León⁷¹ determinó “atendiendo al estado de cosas descrito hemos de recordar que el artículo 33 de la norma convencional de aplicación al graduar las faltas contempla como falta grave, que no muy grave la desobediencia a las órdenes e instrucciones de trabajo. (...) Por consiguiente, ninguna indisciplina o desobediencia puede serle imputada en los términos del convenio”.

Sirva como paradigma el Convenio colectivo de la empresa Médicos del Mundo S. L⁷², en el cual se tipifica como falta grave “la indisciplina o la desobediencia en cualquier materia de trabajo” (art. 36 b), 1), pero, seguidamente, se especifica como falta muy grave si esta conducta es de forma reiterada y sin necesidad de previa sanción (art. 36 c), 10). En cambio, en el IV Convenio

⁶⁸ STSJ Andalucía (Sala de lo Social) 3370/2018, de 28 de noviembre, RJ 2019/27449.

⁶⁹ STSJ Galicia (Sala de lo Social) de 16 de julio de 2018, RJ 2018/231731.

⁷⁰ BIDÓN Y VIGIL, p. 172.

⁷¹ STSJ Castilla y León (Sala de lo Social) 00366/2019, de 21 de febrero, RJ 2019/85531. El Tribunal afirmó que no procedía despido disciplinario por no estar contemplada como falta muy grave la indisciplina o desobediencia en la norma convencional de aplicación, sino solo como falta grave.

⁷² BOE, núm. 34, de 24 de enero de 2019.

colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasio⁷³, la desobediencia a las órdenes del poder de dirección es considerado como falta grave (art. 43).

2.3.3. Ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos

Mediante esta causa, establecida en el art. 54.2 c) TRET, tal y como explica BARBANCHO TOVILLAS⁷⁴, “se pretende garantizar la convivencia y mantener la disciplina en la empresa alteradas de forma grave por la conducta ofensiva del trabajador contra la integridad física o moral de las personas que conviven en la empresa o de los familiares de éstas”.

Por un lado, “para que las ofensas de un trabajador, verbales o físicas, al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, sean calificables como incumplimiento grave y culpable, (...) no es preciso que esté ante una conducta reiterada o actos repetidos, pues basta con una ofensa siquiera aislada, que, eso sí, debe valorarse en sí misma y en conjunción con todas las circunstancias que la precedieron o que le fueron coetáneas”⁷⁵.

Por otro lado, no es necesario que la conducta ofensiva tenga lugar en el puesto de trabajo o durante la jornada laboral, simplemente es suficiente que esté “relacionada con el contrato de trabajo, esto es, el conflicto debe traer necesariamente su causa en la relación laboral, y no en aspectos particulares o ajenos a la misma, de modo que si se originan fuera del trabajo y se causan por razones ajenas al mismo, no existe fundamento suficiente para convalidar la decisión extintiva disciplinaria”⁷⁶.

Partiendo del análisis del art. 54.2 c), su contenido puede dividirse en: objetivo, referente a las ofensas verbales y físicas, y subjetivo, en relación con los sujetos de estas ofensas. Ahora bien, no se especifica qué debe entenderse por ofensa verbal o física, así que habrá que recurrir a la doctrina y jurisprudencia, o a los convenios colectivos, además de “atender al contexto en el cual se producen, la finalidad perseguida, los medios utilizados y las circunstancias concurrentes”⁷⁷. Por ejemplo, según la jurisprudencia estas ofensas no tienen cabida “cuando el trabajador padece un estado depresivo grave, en un momento de excitación y ansiedad, o de arrebato u obcecación que perturbase las facultades intelectivas o volitivas del trabajador”⁷⁸.

En relación con las ofensas verbales pueden ser de diverso tipo, entre ellas, “los insultos, imputación de hechos falsos, menosprecio al ofendido con frases o actos despectivos, etc. En definitiva, (...) cualesquiera conductas que impliquen una actitud vejatoria, o humillante para algunas personas protegidas por la norma”⁷⁹. En este caso, se precisa que el trabajador actúe intencionadamente, con *animus iniurandi*.

⁷³ BOE, núm. 141, de 29 de mayo de 2018.

⁷⁴ BARBANCHO, p. 30.8.

⁷⁵ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 4748/2013, de 4 de julio, RJ 2013/340448.

⁷⁶ STSJ La Rioja (Sala de lo Social) 14/2016, de 22 de enero, RJ 2016/576.

⁷⁷ STSJ Asturias (Sala de lo Social) 1713/2018, de 29 de junio de 2018, RJ 2018/234113.

⁷⁸ STSJ Asturias (Sala de lo Social) 1713/2018, de 29 de junio de 2018, RJ 2018/234113.

⁷⁹ BIDÓN Y VIGIL, p. 221.

Sirva como ejemplo la STSJ Aragón de 18 de mayo⁸⁰,

“para determinar la gravedad de la expresión a los factores subjetivos que intervienen en el hecho, la intención del trabajador, que exige un claro ánimo de injuriar, el momento y circunstancias en que se llevan a cabo, pues una misma palabra, acto o gesto puede, revestir la máxima gravedad en una determinada situación y carecer absolutamente de ella en otras”.

Una cuestión que tratar respecto de las ofensas verbales es su ponderación con el derecho fundamental de la libertad de expresión. “El TC ha mantenido que el ejercicio del derecho de libertad de expresión justifica la exteriorización de pensamientos, ideas u opiniones, pero en ningún caso, ampara la utilización de insultos o calificativos degradantes. Una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios, o desvinculados de esa información, y que son proferidos de forma gratuita y sin justificación alguna”⁸¹.

En palabras de BARBANCHO TOVILLAS, “especial relevancia tiene la actuación de los representantes de los trabajadores pues, aunque su derecho de libertad de expresión se ve ampliado (...), también se aplican los límites de la doctrina constitucional (...). A su vez, (...) su actuación durante el desarrollo de una huelga u otra alteración colectiva del trabajo puede dar lugar al despido por ofensas verbales y/o físicas”⁸².

Por lo que atañe a las ofensas físicas, “son las que, realizadas mediante violencia, con o sin armas, afectan físicamente al cuerpo del ofendido, atentando contra su derecho a la vida y a la integridad física y moral, o contra su derecho a la libertad y a la seguridad”⁸³. Ahora bien, no es requisito necesario la presencia de contacto físico para tener la consideración de agresión física, tal y como lo indica el TSJ de la Comunidad de Madrid⁸⁴,

“Recordemos que la jurisprudencia ha establecido que para apreciar la existencia de ofensa física sancionable no es preciso que se produzca una agresión que dé lugar a un contacto físico y que las ofensas físicas siempre son calificadas como graves resulten o no lesiones de la actuación del agresor, bastando con un intento de agresión”.

Sirva como paradigma la doctrina jurisprudencial del TS⁸⁵:

“El artículo 54.1 TRET dice que el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador; y en el número 2, letra c) de ese precepto se dice que se considerarán incumplimientos contractuales, entre otros, "las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa (...). Esa conducta [la del supuesto] supone

⁸⁰ S. 350/2016, RJ 2016/1172. Supuesto relativo a la difusión de un mensaje vejatorio y ofensivo, por parte de una trabajadora, contra sus superiores jerárquicos, difundido en una red social. El Tribunal falló con la procedencia del despido disciplinario debido a la gravedad de la conducta.

⁸¹ BIDÓN Y VIGIL, p. 228.

⁸² BARBANCHO, p. 30.8.

⁸³ GÓMEZ, p. 212.

⁸⁴ STSJ Comunidad de Madrid (Sala de lo Social) 953/2012, de 18 de octubre, RJ 2013/435.

⁸⁵ STS (Sala de lo Social) de 16 de noviembre, RJ 2013/347. Supuesto de ofensa física por parte de un trabajador al encargado. Éste le llamó la atención por su falta de trabajo en la recolección de sandías para la empresa y su uso habitual del móvil. Ante este acto, el trabajador reaccionó lanzando dos sandías, impactando contra el cuerpo de dicho encargado, más la exhibición de un cuchillo. El Tribunal determinó: “En el caso que aquí resolvemos consta acreditado y sin discusión sobre los hechos, como antes se dijo, que el trabajador en el lugar de trabajo desatendió en primer lugar las instrucciones del encargado sobre la utilización del teléfono móvil, para después enfrentarse con él y arrojarle dos sandías que impactaron una en la cabeza y otra en el estómago y exhibir a continuación un cuchillo (...). Lo que determina que ahora se deba calificar el despido como procedente, desestimándose la demanda por despido y absolviéndose finalmente a la empresa de las pretensiones deducidas en su contra”.

un claro incumplimiento contractual grave y culpable del empleado, incardinable en lo que han de ser calificadas como agresión física a las personas que trabajan en la empresa, sin que se acredite que concurriera en esa acción del trabajador ninguna circunstancia que pudiese, si no justificar, al menos matizar ese comportamiento a efectos de calificar la falta, pero realmente ello no fue así”.

Respecto al contenido subjetivo del art. 54.2 c) TRET, la ley especifica quienes son los sujetos pasivos de estas ofensas: el empresario, los compañeros de trabajo y sus respectivos familiares, siempre que convivan con ellos. Sin embargo, según cita GÓMEZ ABELLEIRA⁸⁶, “es doctrina jurisprudencial extender el contenido del art. 54.2 c) a las ofensas dirigidas a los clientes”⁸⁷ y “a aquellas personas que, sin ser las mencionadas legalmente, tengan algún tipo de relación con la empresa, de manera que la conducta pueda perjudicar a la misma”⁸⁸.

Ambas conductas, verbales o físicas, deben ser graves y culpables, como requisitos derivados del art. 54.1 TRET. Por este motivo, las ofensas deben afectar notablemente a la relación laboral con los demás empleados. Respecto a este aspecto, el TSJ de la Comunidad de Madrid⁸⁹, ha indicado que,

“Las ofensas verbales o físicas justificadoras de la acción justificadora de la sanción del despido han de comportar un ataque frontal al honor del ofendido, de entidad suficiente para entender razonable que afectará a la convivencia de ambas partes, de manera que si pueden considerarse como ofensas verbales las expresiones que envuelven una ofensa moral para la persona que la sufre, es indispensable que la actitud ofensiva del trabajador sea grave y culpable, calificación que a la vista de las circunstancias, elementos objetivos y subjetivos, expresiones utilizadas y finalidad perseguida, se antoja inexistente en este caso, de ahí que se aprecie la desproporción e inadecuación de la conducta y sanción sin olvidar que nos hallamos ante una conducta aislada del trabajador”.

Sin embargo, “se han considerado circunstancias que pueden atenuar la gravedad de la infracción cometida o la culpabilidad de su autor la previa provocación [suficiente] por parte del agredido, (...) la constatación de situaciones de tensión límite entre agresor y agredido, que permita explicar la reacción ofensiva dirigida a provocar lesiones graves a un compañero de trabajo. (...) [Que] hubiera existido una previa discusión, sin que sea necesario precisar cuál de los dos trabajadores inició la discusión o la agresión, siendo suficiente para que concurra tan grave incumplimiento contractual el hecho de que exista una situación de riña mutuamente aceptada”⁹⁰.

Finalmente, gran parte de las conductas ofensivas son tipificadas como actos penales, pero no es indispensable que sean delito. A consecuencia de ello, la inaplicación de un proceso penal no excluye la consideración de justa causa de despido disciplinario en un proceso ante la jurisdicción social.

2.3.4. Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo

El incumplimiento que recoge el art. 54.2 d) hace alusión a dos motivos diferentes; por una parte, la transgresión de la buena fe y, por otra, el abuso de confianza. El primero es muy genérico y

⁸⁶ GÓMEZ, p. 214.

⁸⁷ STSJ Andalucía (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2001, RJ 2001/3835.

⁸⁸ STSJ Andalucía (Sala de lo Social) de 5 de julio de 1999, RJ 1999/3033.

⁸⁹ STSJ Comunidad de Madrid (Sala de lo Social) 953/2012, de 18 de octubre, RJ 2013/435. Caso de “ofensas verbales a un compañero sin ánimo de injuriar o menoscabar su honor, al que después profiere un pequeño empujón, que no merece el calificativo de agresión física, máxime cuando el trabajador afectado no le otorgó la mínima trascendencia y lo justifica por el estrés del trabajo”.

⁹⁰ STSJ La Rioja (Sala de lo Social) 16/2017, de 9 de febrero, RJ 2017/323.

amplio, por ello, es utilizado como cajón de sastre para aquellos casos en los que no concurren los requisitos específicos de las demás causas tipificadas, dado su contenido tan versátil; en cambio, el segundo es una especialidad que deriva del primero.

Esta causa tiene su fundamento en la importancia que tiene el deber de buena fe en la relación contractual entre empresario y trabajador, tal y como lo establece el art. 5 a) y 20.2 TRET. Así, cuando un trabajador firma un contrato de trabajo, se compromete con el empresario a cumplir sus obligaciones, a mantener lealtad, fidelidad, confianza, etc. Así se pronuncia el TSJ de Cataluña⁹¹ al decir,

“El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe, en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual”.

Y sigue la misma línea el TSJ de Galicia⁹² diciendo,

“La transgresión de la buena fe constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución del contrato de trabajo – artículos 5 a) y 20.2 ET - y el abuso de confianza constituye una modalidad cualificada de aquélla, consistente en el uso desviado de las facultades conferidas, con lesión o riesgo para los intereses de la Empresa”.

En palabras de BARBANCHO TOVILLAS⁹³, “existe transgresión de la buena fe contractual cuando el trabajador realiza o desarrolla una actuación contraria a los deberes de conducta, cuando existe una violación de la lealtad o de los deberes de fidelidad”. Y añade, “el abuso de confianza es una modalidad cualificada de la anterior, que se produce por quebranto de la confianza mutua, defraudar la confianza y los intereses de la empresa, o por el mal uso o uso desviado de las facultades que se le confían (...)”.

Pero, como en toda causa, los requisitos de gravedad y culpabilidad deben estar presentes para poder tener la consideración de incumplimiento contractual objeto de despido disciplinario, sin perjuicio del análisis individualizado de cada caso concreto, debido a la amplitud de dicha causa. Así lo confirma el TS⁹⁴ diciendo,

“como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, es igualmente necesario que pueda calificarse como un "incumplimiento grave y culpable del trabajador", por lo que, como regla, pueden ponderarse las circunstancias concurrentes para agravar o para atenuar la conducta del trabajador, las que tendrán mayor o menor incidencia en la referida calificación atendida la gravedad objetiva de la conducta constitutiva del incumplimiento”.

A diferencia de otras causas, para apreciar gravedad en la conducta no es necesario que sea reiterada, porque un simple acto que suponga la vulneración del principio base de la relación

⁹¹ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 1784/2018, de 16 marzo, RJ 2018/142575.

⁹² STSJ Galicia (Sala de lo Social) 4668/2015, de 9 de septiembre, RJ 2015/1964.

⁹³ BARBANCHO, p. 30.8.

⁹⁴ STS (Sala de lo Social) 35/2019, de 22 de enero, RJ 2019/552.

contractual, como es el deber de buena fe, puede dar justificación al despido. Sin embargo, la repetición puede ser un agravante y un elemento clarificador a la hora de determinar el grado de gravedad. Tampoco es necesario que esta conducta cause un perjuicio a la empresa, ya que, es suficiente con que un mero acto de vulneración de la buena fe cree una situación de riesgo.

En relación con la culpabilidad, se entiende que el trabajador debe actuar conscientemente y, por tanto, su conducta debe serle imputable. Así, “se admite toda acción u omisión dolosa, culposa o negligente, siempre que sea imputable al trabajador, que puede afectar a terceras personas si comporta un desprestigio o causa un perjuicio en la imagen de la empresa”⁹⁵.

La jurisprudencia, de forma consolidada, ha establecido que “se precisa la existencia de una relación laboral, la violación de los deberes de fidelidad y que el trabajador actúe con conocimiento de su conducta vulneradora, aunque no exija la concurrencia de un dolo específico”⁹⁶.

Los supuestos más típicos de esta causa, generalmente, suelen destacar por incumplir otros deberes laborales fundamentales, por ejemplo, la competencia desleal o la apropiación indebida. Ahora bien, como destaca BARBANCHO TOVILLAS⁹⁷, “se pueden destacar tres por su especial trascendencia práctica [...]: el trabajador en situación de incapacidad temporal, el crédito horario de los representantes de los trabajadores y la utilización indebida de medios y aplicaciones informáticas”. Sin embargo, estos casos vienen limitados por los derechos fundamentales inherentes en ellos; es decir, el poder del empresario de vigilar y controlar este tipo de situaciones de sus trabajadores no debe sobrepasar los derechos constitucionales, por ejemplo, el de privacidad. A estos efectos, sirva como ejemplo un caso del TSJ de Asturias⁹⁸, donde el Tribunal confirmó el despido procedente por transgresión de la buena fe contractual de una trabajadora que, declarada en situación de incapacidad temporal, colgó en las redes sociales imágenes estando de viaje; además, el tribunal determinó que, “no se ha vulnerado la intimidad de la trabajadora al haberse obtenido las fotografías sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público”.

Así, el TSJ de Murcia⁹⁹, declaró procedente un despido disciplinario por razón de la transgresión de la buena fe contractual debido a un “conocimiento del cobro indebido de salarios y su no devolución”.

2.3.5. Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado

Esta causa, contemplada en el art. 54.2 e) TRET, supone el incumplimiento de la obligación de ejercer un rendimiento normal o habitual en el puesto de trabajo, o el que se hubiera pactado en el contrato laboral. Así, en virtud del art. 5 a) TRET, cuando un trabajador firma un contrato de trabajo con un empresario, no solo se compromete a cumplir unos requisitos temporales en la prestación de servicios, sino también a ejercer un rendimiento efectivo y ágil en el desempeño de sus funciones. Sin embargo, hay que tener presente si, anteriormente, el empresario o la empresa,

⁹⁵ BARBANCHO, p. 30.8.

⁹⁶ STSJ Galicia (Sala de lo Social) 4668/2015 de 9 de septiembre, RJ 2015/1964.

⁹⁷ BARBANCHO, p. 30.8.

⁹⁸ STSJ Asturias (Sala de lo Social) 1333/2013, de 14 de junio, RJ 2013/245751.

⁹⁹ STSJ Murcia (Sala de lo Social) 360/2017, de 29 de marzo, RJ 2017/1708.

ha realizado una movilidad funcional del art. 39 TRET que afecte a la prestación laboral inicialmente pactada (art. 22 TRET).

De acuerdo con la jurisprudencia¹⁰⁰, como en todas las causas de despido, para que la falta de rendimiento pueda ser sancionada debe cumplir una serie de requisitos:

- La disminución del rendimiento normal o pactado debe ser apreciable de forma objetiva. Para su determinación, el empresario ha de hacer una equiparación del rendimiento anterior prestado por el trabajador y el actual. “Para realizar esta operación, el elemento de comparación (...) puede atender a un criterio subjetivo (en el que se toma como parámetro o medida el rendimiento conseguido por el propio trabajador con anterioridad) o un criterio objetivo (remitiéndose al rendimiento marcado por el pacto individual (...), colectivo (...) o por otros trabajadores que realicen la misma actividad o rendimiento medio de la profesión”¹⁰¹.
- Continuidad: el incumplimiento debe ser persistente en el tiempo. Es decir, para valorar la gravedad de la conducta es necesario que se produzca reiteradamente en el tiempo. Así, un acto esporádico de disminución voluntaria del rendimiento no es causa de despido disciplinario. Además, debe suponer efectos notorios a la empresa.
- Voluntariedad: es el requisito fundamental para “diferenciar la conducta que podrá ser objeto de un despido disciplinario, sin derecho a indemnización, y la conducta derivada de una ineptitud sobrevenida que se regula en el art. 52 a) TRET, que es objeto de un despido por causas objetivas y que sí determina el derecho a percibir indemnización”¹⁰². La disminución del rendimiento laboral debe ser atribuible al trabajador, es decir, es necesario apreciar el elemento de culpabilidad en la conducta.

A estos efectos, el TSJ de la Comunidad de Madrid¹⁰³, dictó

“[se] exige, además de la voluntariedad y reiteración de la conducta, que el descenso en el rendimiento se constate de acuerdo con parámetros de comparación objetivos, prefijados y razonables que denoten la gravedad del incumplimiento contractual por el trabajador”.

Cuando el TRET hace referencia al rendimiento, lo hace desde dos vertientes distintas: cuantitativa o cualitativamente. En palabras de GORELLI HERNÁNDEZ Y GÓMEZ ÁLVAREZ¹⁰⁴, “la disminución del rendimiento que puede ser sancionada por el empresario puede referirse tanto a situaciones en las que el trabajador mantenga un rendimiento cuantitativamente inferior al normal o pactado con el empresario, como supuestos en los que la disminución se refiere a aspectos de carácter cualitativo en el resultado de la prestación de trabajo”.

Ante la falta de precisión legal, para saber cuando se trata de un bajo rendimiento, hay que estar en lo dispuesto en los convenios colectivos, en alguna disposición sobre productividad de la empresa o en el propio contrato de trabajo. Sin embargo, la jurisprudencia ha determinado que no

¹⁰⁰ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 6771/2018, de 20 de diciembre, RJ 2019/62481 y STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 3460, de 26 de noviembre, RJ 2019/62013.

¹⁰¹ BARBANCHO, p. 30.8.

¹⁰² RUBIO, p. 9.

¹⁰³ STSJ Comunidad de Madrid (Sala de lo Social) 536/2014, de 23 de junio, RJ 2014/2576.

¹⁰⁴ GORELLI y GÓMEZ, p. 143.

es necesario tener en cuenta períodos muy largos, sino que es posible tomar en consideración un lapso inferior a treinta días.

Para proceder a un despido disciplinario alegando dicha causa, el empresario debe probar de forma veraz la disminución del rendimiento por parte del trabajador. En un supuesto del TSJ de Cataluña¹⁰⁵, se declaró,

“no se acredita, a tenor del relato fáctico, una disminución relevante del rendimiento laboral del actor, pues la empresa, a quien incumbe la carga de probar los incumplimientos imputados en la carta de despido (art. 105.1 LRJS), no acredita unos parámetros comparativos que sirvan de referencia adecuada para poder sostener que se ha producido la disminución del rendimiento, de forma que no procede el despido si faltan los datos que puedan servir de elementos comparativos”.

En la misma línea, el TSJ de Galicia¹⁰⁶ y en relación con el rendimiento pactado dijo,

“El Alto Tribunal (...) precisa lo siguiente: como puede observarse nuestra doctrina mayoritaria debe distinguirse entre la resolución contractual por incumplimiento del pacto de rendimientos mínimos y el despido por disminución continuada y voluntaria del rendimiento, pero que en ambos supuestos el bajo rendimiento deberá ser imputable al trabajador, lo que, normalmente, requerirá la existencia de elementos comparativos y de pruebas exculpatorias o justificativas”.

En contraste con las anteriores sentencias, el TSJ de Andalucía¹⁰⁷, expresó,

“se desprende esa disminución continuada y voluntaria por parte del actor en el rendimiento de trabajo que reúne las notas características antes expresadas y que son necesarias para poder declarar la procedencia del despido, pues lo que consta como probado es la existencia una disminución del rendimiento en todas y cada una de las facetas de su trabajo y en la forma en que el actor venía prestando sus servicios”.

En conclusión, como en todas las demás causas, el bajo rendimiento debe ponderarse según las circunstancias objetivas y subjetivas que concurran en cada supuesto individualizado.

2.3.6. Embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo

Estos incumplimientos, tipificados en el art. 54.2 f) TRET, “constituyen supuestos que pueden incidir tanto en la diligencia en el trabajo como en la disciplina de la empresa. Normalmente, esta causa de despido puede ir acompañada o puede ser la causa del resto de incumplimientos previstos como justas causas de despido disciplinario”¹⁰⁸.

Para poder calificar un incumplimiento con amparo a esta causa, el precepto legal exige la concurrencia de dos requisitos: la habitualidad y la repercusión negativa en el puesto de trabajo. La repetición de la conducta solo se requiere en el caso de la embriaguez, mientras que la afectación perjudicial en el trabajo es común en ambos casos, en la toxicomanía y también en la embriaguez. Además, partiendo del art. 54.1 TRET, en dichas conductas se debe apreciar el rasgo subjetivo de la culpabilidad, es decir, respecto a la embriaguez, se presume que es por la propia

¹⁰⁵ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 2014/2018, de 6 de abril, RJ 2018/1370. Caso de un trabajador informático que durante su jornada de trabajo accede a páginas web no ligadas con su trabajo.

¹⁰⁶ STSJ Galicia (Sala de lo Social) 4368/2018, de 21 de noviembre, RJ 2019/34036. Despido disciplinario por incumplir el pacto de rendimientos mínimos. El Tribunal determinó la improcedencia del despido por no entrar en el supuesto del art. 54.2 e).

¹⁰⁷ STSJ Andalucía (Sala de lo Social) 757/2015, de 26 de marzo, RJ 2015/143788. Supuesto de una trabajadora que “su actividad comercial en los últimos nueve meses es notablemente inferior a la media de comerciales de su empresa”.

¹⁰⁸ BARBANCHO, p. 30.8.

voluntad de la persona y, en relación con la toxicomanía, ésta ya implica su carácter voluntario y seguido.

La embriaguez habitual implica que sea una práctica reiterada. Según la jurisprudencia del TS se ha entendido que “la habitualidad (...) denota costumbre adquirida, por la repetición de un acto concreto, cual es la ingestión de bebidas alcohólicas en medida abusiva que produzca embriaguez”¹⁰⁹. Pese a no decirse explícitamente en el precepto legal, la toxicomanía de por sí ya implica habitualidad, debido a su consideración patológica. Por este motivo, aquellas situaciones esporádicas no son suficientes para proceder a la sanción de despido.

No obstante, en algunos supuestos muy determinados, como por ejemplo un piloto de avión o el conductor de un transporte público, una simple conducta bajo los efectos de la embriaguez o la toxicomanía son causa justa de despido disciplinario, debido a la prestación de servicios que realizan y la gravedad de la situación. Así, el IV Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas¹¹⁰ establece en su sección de faltas muy graves sancionables con el despido: “la embriaguez habitual durante el trabajo. Se considerará igualmente como falta muy grave la embriaguez del piloto, aunque no sea habitual”.

A estos efectos, el TSJ de la Comunidad de Madrid¹¹¹ estableció que,

“hay supuestos en que la embriaguez, sin necesidad de que sea habitual, puede integrar un incumplimiento contractual del trabajador susceptible de despido, (falta muy grave) atendiendo a la actividad desarrollada y las consecuencias que de ella se hayan derivado o pudieran derivarse, al constituir ello transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

En el mismo sentido, la STSJ Castilla y León de 19 de diciembre¹¹²,

“Por lo que se refiere a la característica de habitualidad que el artículo 54.2 f) del Estatuto de los Trabajadores exige para la tipificación de la falta laboral susceptible de sanción de despido, ha de entenderse que la misma se refiere en general a la embriaguez como perturbadora del correcto desarrollo de la prestación laboral, pero no impide que la conducta aislada consistente en el trabajo en condiciones de intoxicación etílica o por otras sustancias pueda configurar un ilícito de gravedad suficiente para justificar un despido (...). Esto sucede cuando la situación de embriaguez o toxicomanía se produzcan en situaciones concretas que pongan en especial riesgo la vida y la integridad física de los trabajadores de la empresa o de terceros, comprometiendo incluso con ello la posible responsabilidad patrimonial de la empresa, o incluso en determinados supuestos cualificados de peligro para los bienes materiales, puesto que en tales supuestos no estamos ante una mera falta de producción o disminución del rendimiento, sino ante la generación de un riesgo grave que toda empresa está obligada a evitar adoptando cuantas medidas sean precisas para ello”.

En referencia a la repercusión negativa en el trabajo, tanto la embriaguez como la toxicomanía han de incidir negativamente en el trabajador, extendiéndose a su actuación en la empresa y, por tanto, ha de ser grave. El empresario asume la responsabilidad de probar estos efectos. “Tal repercusión negativa, puede exteriorizarse a través de faltas al trabajo, de disminución en el rendimiento o de defectuoso cumplimiento, o cuando se cometen errores frecuentes en el

¹⁰⁹ BIDÓN Y VIGIL, p. 277.

¹¹⁰ BOE, núm. 256, de 24 de octubre de 2017.

¹¹¹ STSJ Comunidad de Madrid (Sala de lo Social) 66/2012, de 27 de enero, RJ 2012/117586.

¹¹² S. 2158/2005, RJ 2005/3375. El Tribunal determinó que “un supuesto claro de este tenor es el caso del trabajador que, teniendo funciones que implican la conducción de vehículos, las desarrolla bajo los efectos del alcohol o de otros tóxicos, poniendo en peligro cierto su propia vida, los bienes cuya custodia tiene encomendada (el camión y su carga) y la vida e integridad física de otros usuarios de las vías públicas, con la consiguiente responsabilidad empresarial en el caso de materialización de los daños, siempre y cuando el grado de afectación revista entidad suficiente para ello”.

desempeño de sus funciones”¹¹³. Así, pese a que el trabajador consuma estupefacientes en su ámbito privado, mientras no tenga consecuencias en su rendimiento laboral, no es motivo de despido.

El TSJ de Galicia¹¹⁴ ilustra la idea anterior, diciendo

“la repercusión negativa en el trabajo se produce cuando se realiza menos trabajo del encomendado o cuando se lleva a cabo una ejecución defectuosa del mismo, o también en función del riesgo creado por la conducta teniendo en cuenta el trabajo que se tiene que realizar (...). Y el carácter habitual de la embriaguez también concurre al estar acreditada una continuidad en la práctica de la misma (...) aunque se hubiese producido con intervalos más o menos regulares, al comportar un cierto enraizamiento en la vida del individuo, lo que pone de manifiesto que no se trataba de una conducta esporádica, puntual o aislada”.

También mantiene la misma opinión el TSJ del País Vasco¹¹⁵, en un caso en el que se suscita un despido disciplinario a un trabajador de un taller de coches por su embriaguez habitual. Tanto compañeros de trabajo como la empresa testifican de tal embriaguez,

“la empresa le entregó una carta donde se le requería a que se limitara a realizar funciones de su categoría profesional, no llevando los vehículos reparados al lavacoche para su posterior entrega a clientes, debido a que en infinidad de ocasiones sus superiores han percibido que llegaba a su puesto de trabajo con signos de embriaguez, ya que en caso de conducir un coche podría poner en grave peligro su integridad y la de sus compañeros de trabajo”.

Sin embargo, lo llamativo de este caso es que “no se ha negado por el trabajador los hechos que se le imputan (...), ni la situación de embriaguez en que ha ido en varias ocasiones a trabajar. Lo que alega es que no se ha probado que dicha embriaguez repercuta negativamente en el trabajo”. El Tribunal estima procedente el despido por todos los hechos evidentes del incumplimiento, por ejemplo, el que

“la empresa le ha prohibido expresamente por escrito que conduzca vehículos, lo que supone una evidente repercusión en su trabajo pues no olvidemos que el actor trabaja en un taller y por lo tanto es habitual que los trabajadores deban conducir y mover los vehículos que se van reparando. La propia Mutua ha aconsejado que no conduzca debido a su estado de embriaguez”.

Finalmente, el TSJ de la Comunidad de Madrid¹¹⁶, declaró procedente el despido disciplinario a un conductor de un tractocamión, con semirremolque articulado, por haber producido un accidente debido a los efectos de las drogas que había consumido, con justificación en la norma convencional aplicable, donde se establecía como falta muy grave “la embriaguez o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo. En el caso de conductores, bastará solo la superación de la tasa de alcoholemia fijada reglamentariamente en cada momento durante el trabajo, así como la conducción bajo los efectos de las drogas, sustancias alucinógenas o estupefacientes”.

¹¹³ BIDÓN Y VIGIL, p. 276.

¹¹⁴ STSJ Galicia (Sala de lo Social) 5064/2013, de 8 de noviembre RJ 2014/100. Supuesto de un trabajador de cocina con embriaguez habitual durante un año; se crea una situación de riesgo por el manejo del instrumental de cocina (cuchillos, fuego, etc.) y se percibe una disminución de su rendimiento laboral. El Tribunal dijo: en tales circunstancias, la conducta del actor debe entenderse correctamente subsumida en el art. 54. 2 f) del ET, que establece como incumplimiento grave y culpable determinante de despido, "la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo", supuestos que en este caso se dan (...).

¹¹⁵ STSJ País Vasco (Sala de lo Social) 2456/2018, de 11 de diciembre, RJ 2019/54119.

¹¹⁶ STSJ Comunidad de Madrid (Sala de lo Social) 395/2018, de 11 de abril, RJ 395/2018.

Así, doctrinalmente, esta causa ha sido calificada “como un defecto de conducta, o incluso como una infracción de los deberes del trabajador, causando el mismo con esta actitud, una situación de desorganización o indisciplina”¹¹⁷.

2.3.7. Acoso al empresario o a las personas que trabajan en la empresa por determinados motivos

Esta causa se encuentra regulada en el art. 54.2 g) TRET y hace referencia al último incumplimiento contractual que puede ser motivo de despido disciplinario: el acoso. Sin embargo, dicha causa no siempre ha estado recogida en el texto estatutario, sino que fue introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre¹¹⁸ y, más tardíamente, su contenido se modificó con adaptación a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, relativa a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Así, actualmente, el precepto legal establece como causa justa de despido disciplinario “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”¹¹⁹.

El principal fundamento de esta causa reside en el papel que ostenta el empresario de garantizar y velar por el derecho a la integridad física y moral de sus trabajadores y, además, asegurar una buena convivencia y disciplina en toda la empresa. De esta forma, se concretan los derechos fundamentales de integridad (art. 15 CE) y dignidad (art. 10 CE) en el ámbito laboral.

El contenido del art. 54.2 g) puede fraccionarse en dos; por un lado, el elemento objetivo, integrado por el acoso moral y sexual y, por otro lado, el componente subjetivo, referente a las personas protegidas ante una conducta de este tipo.

En primer lugar, haciendo citación a GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ¹²⁰, el acoso moral o *mobbing* “puede ser definido como situación en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar del trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación y perturbar el ejercicio de sus funciones para lograr finalmente que esta persona abandone su lugar de trabajo”.

No obstante, esta conducta debe reunir ciertos requisitos para poder considerarla acoso moral. Así, según el TSJ de Cataluña¹²¹,

“conforme a los estudios doctrinales y a la jurisprudencia más reiterada, constituyen elementos básicos de dicha conducta los siguientes: a) la intención de dañar ya sea del empresario o de los directivos, ya sea de los compañeros de trabajo; b) la producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales; c) el carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático del hostigamiento”.

En la misma línea, el TSJ de Cantabria¹²² establece,

¹¹⁷BIDÓN Y VIGIL p. 280.

¹¹⁸ De medidas fiscales, administrativas y del orden social.

¹¹⁹ Art. 54.2 g) TRET.

¹²⁰ GORELLI y GÓMEZ, p. 181 y 183. STSJ Cataluña de 5 de marzo de 2007, RJ 2007/273955; STSJ Cataluña de 20 de marzo de 2007, RJ 2007/2387.

¹²¹ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 3155/2011, de 5 mayo, RJ 2011/1775.

¹²² STSJ Cantabria (Sala de lo Social) 74/2019, de 30 de enero, RJ 2019/53883.

“Cabe recalcar que no es suficiente con la existencia de un acto aislado de carácter abusivo, aunque sea grave y lesivo de la dignidad del trabajador, pues ni siquiera, con todo lo repudiable que pueda ser, manifestaciones de maltrato esporádico, de sometimiento a inadecuadas condiciones laborales o de otro tipo de violencias en el desarrollo de la relación de trabajo son equiparables al propio y verdadero acoso moral (...)” La reiteración o continuidad sigue siendo definitiva para definir el acoso, de manera que las conductas aisladas o esporádicas, por graves que sean, no merecen la calificación de acoso”.

Por este motivo, tal y como indica el TSJ de Cataluña¹²³,

“Dicha conducta o comportamiento debe distinguirse de otras situaciones que no son equiparables, como pueden ser el ejercicio normal o arbitrario de sus facultades de dirección por parte del empresario en beneficio de la propia empresa, el estrés laboral o la sensación subjetiva que pueda tener el propio trabajador sobre la falta de reconocimiento de sus aptitudes o la frustración de sus expectativas laborales”.

El acoso moral, así como lo clarifica la ley, puede ser por razón del origen racial o étnico de la persona; por tener (o no) una determinada religión o creencias; por tener una discapacidad; por cuestiones de edad; por orientación sexual o razón de sexo.

A estos efectos, un supuesto de acoso moral por razón de sexo es el contemplado por el TSJ de Cantabria¹²⁴, donde se declara que,

“El empresario está obligado a no acosar y también a proteger a los trabajadores del acoso de terceras personas en el marco de la relación laboral, adoptando medidas preventivas y, ya producido el acoso, reparadoras. En caso de incumplimiento se despliega un abanico de responsabilidades empresariales, de entre ellas destaca la infracción muy grave que recoge el art. 8.13 bis LISOS para los supuestos de acoso discriminatorios -incluido el acoso por razón de sexo, con independencia de quien sea el sujeto activo del mismo”.

Cuando se produce una situación de este tipo, las principales actuaciones que se manifiestan son: “criticar y difundir rumores contra su persona, retirada del saludo y aislamiento social, control exhaustivo y asfixiante del rendimiento, con imputación de culpabilidad en el defectuoso funcionamiento de la empresa o del departamento, etc.”¹²⁵.

Por tanto, el acoso moral constituye una causa de extinción del contrato de trabajo desde la mencionada reforma legal y la transposición de Directivas comunitarias al ordenamiento jurídico español respecto a esta materia.

En segundo lugar, “el acoso sexual quedará conformado por toda clase de comentarios o acciones tendentes a acosar a la víctima con una clara finalidad de contenido sexual, por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras”¹²⁶. Además, estos actos no deben ser aceptados por la persona receptora y, sobretodo, deben crear una atmósfera laboral insostenible, tal y como lo determina el TSJ de Cataluña¹²⁷,

¹²³ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 2207/2007, de 20 de marzo, RJ 2007/2387.

¹²⁴ STSJ Cantabria (Sala de lo Social) 74/2019, de 30 de enero, RJ 2019/53883. Una trabajadora de un restaurante es insultada, despreciada, etc. por el encargado durante varias ocasiones. El Tribunal interpretó que “sí existe un acoso laboral con manifiesto desprecio de la condición sexual de la actora, agravada por la presencia del resto de personal cuando tales conductas se realizaron (...). Se justifica entonces, dada la exhaustiva sentencia, y por la mera valoración de los hechos, una actitud que afecta a la dignidad profesional de la actora, que equivale al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona, como mujer, y como profesional. Es decir, se le sitúa en una posición que, por las circunstancias que se dan en ella, provoca un menoscabo en dicho respeto”.

¹²⁵ GORELLI y GÓMEZ, p. 185.

¹²⁶ GORELLI y GÓMEZ, p. 186.

¹²⁷ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 6318/2018, de 30 de noviembre, RJ 2019/87265.

“constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada”.

Ante la dificultad de saber si una conducta puede calificarse de acoso sexual, según GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ¹²⁸ hay una serie de elementos que pueden permitir conocerlo: “que se trate de manifestaciones de claro contenido sexual o libidinoso (físicas o de palabra); que se produzcan en el lugar de trabajo; que se dé un comportamiento no deseado (...); que el mismo revista gravedad suficiente, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental del trabajador/a”.

De esta manera lo determina el TSJ de Galicia¹²⁹ al decir “

“Para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable deben concurrir los siguientes requisitos: a) Una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras; b) Que dicho comportamiento se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinatario, quedando fuera de tal concepto las acciones fruto de una relación libremente asumida, consentidas o, al menos, toleradas; c) Que dicha actuación sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato (...). En el caso enjuiciado, el comportamiento del trabajador que ahora recurre solo puede ser calificado como de acoso sexual atendiendo a la doctrina antes expuesta”.

Por último, además de todos los requisitos que deben darse para poder considerar una conducta como acoso sexual, es importante determinar si la persona que lo realiza está en una posición jerárquicamente superior a quien lo padece, ya que puede agravar la situación. Sirva como paradigma un supuesto resuelto por el TSJ de las Islas Canarias¹³⁰, que abarca un caso de acoso sexual de una trabajadora por parte de su superior jerárquico.

En relación con el aspecto subjetivo, el TRET es muy específico y solo hace referencia a los trabajadores de la empresa o al propio empresario, pero nada se dice de sus familiares; en el supuesto de acoso a un familiar cabría acudir a la vía penal, ante la falta de protección de la legislación laboral.

Resumiendo, en palabras de BARBANCHO TOVILLAS¹³¹, “la realización de ofensas de naturaleza sexual en el trabajo por parte de los trabajadores (...) constituye causa justa de despido; se considera como infracción laboral muy grave del empresario; la persona que las ha sufrido puede reclamar indemnización (...); y, por último, pueden constituir delito”.

Actualmente, la mayoría de los convenios colectivos incorporan un protocolo de actuación para supuestos en que se dé acoso laboral, ya sea moral o sexual. A modo ejemplificativo “la Resolución de 2 de agosto de 2018, de la Dirección general de Trabajo, por la que se registra y publica el Protocolo para la prevención y actuación en los casos de acoso del Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas”¹³².

¹²⁸ GORELLI y GÓMEZ, p. 188.

¹²⁹ STSJ Galicia (Sala de lo Social) de 8 de noviembre, RJ 2019/18468. Caso de una trabajadora de la empresa el Corte Inglés que sufre acoso sexual por parte de su superior.

¹³⁰ STSJ Islas Canarias (Sala de lo Social) 246/2018, de 6 de marzo, RJ 2019/253.

¹³¹ BARBANCHO, p. 30.8.

¹³² BOE, núm. 208, de 28 de agosto de 2018.

3. REQUISITOS FORMALES

El despido disciplinario, para que sea considerado legal, además de reunir los requisitos establecidos en el art. 54 TRET, debe cumplir con una serie de formalidades. De esta manera, la decisión unilateral del empresario de dar por finalizada la relación laboral de un trabajador, deberá manifestarse de conformidad con las exigencias establecidas en el art. 55.1 TRET, sin perjuicio de otras especificidades formales que puedan acordarse por convenio colectivo. En palabras de MATORRAS DÍAZ-CANEJA¹³³, “la legislación laboral establece determinados límites en lo que al modo de exteriorización de la voluntad de despedir se refiere y, más en general, en lo que concierne al procedimiento a seguir para ejercitar el poder disciplinario”.

3.1. La carta de despido

Tal y como establece el primer párrafo del art. 55.1 TRET, “el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”, así como “la sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan”¹³⁴. A consecuencia, la notificación escrita o carta de despido deviene la principal obligación a cumplir por parte del empresario, puesto que tiene naturaleza ordinaria y es de aplicación a todo despido disciplinario, sin excepción alguna. Sin embargo, “las exigencias formales [de la carta de despido] no tienen carácter constitutivo, por lo que hay despido con independencia de que se cumplan o no las mismas”¹³⁵, sin perjuicio de las posibles consecuencias que puedan producirse a efectos de calificar judicialmente el despido.

El objetivo de la comunicación por escrito del despido es proporcionar al trabajador el conocimiento de los motivos que han ocasionado la extinción de su relación laboral y permitir que pueda defenderse ante los tribunales en el caso de querer impugnar el despido. Todo ello, como indica BARBANCHO TOVILLAS¹³⁶, “en cumplimiento de lo previsto en los arts. 7 y 8 del Convenio núm. 158 OIT – relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador –; el art. 153.1 d) del Tratado de Funcionamiento de la UE reconoce la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato de trabajo y el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE el derecho de los trabajadores a la protección frente al despido injustificado”.

Ahora bien, según GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ¹³⁷, “la jurisprudencia establece una segunda finalidad que tiene una especial repercusión procesal: (...) el empresario, ante la demanda de despido, en juicio [no puede alegar] incumplimientos diferentes a los reflejados en la carta de despido”. A estos efectos, así lo establece el art. 105.2 LRJS, diciendo: “para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido”.

En atención con lo dicho anteriormente, es preciso analizar cada una de las exigencias que requiere la carta de despido:

¹³³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A: *El Despido Disciplinario: Forma, Lugar, Tiempo, Calificación y Efectos*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 17.

¹³⁴ Art. 58.2 TRET.

¹³⁵ GORELLI y GÓMEZ, p. 230.

¹³⁶ BARBANCHO, p. 30.9.

¹³⁷ GORELLI y GÓMEZ, p. 199.

- a) **Carácter recepticio:** el despido disciplinario es concebido como un acto de índole recepticia; es decir, la notificación de despido debe ser entregada al trabajador afectado, ya que, en caso contrario, una simple comunicación sin existencia de una obligada entrega efectiva al despedido impediría su defensa ante las acusaciones del empresario y, asimismo, de tener acceso a la tutela judicial.

Dicha comunicación, “que puede realizarse por el propio empresario, por representante legal de la empresa o por apoderado”¹³⁸, no requiere un procedimiento especial, sino que es suficiente con tener la certeza de que el método utilizado pueda verificar que el trabajador ha recibido la carta de despido. Sin embargo, desde la perspectiva empresarial, normalmente se preferirá un medio que permita evidenciar que el trabajador ha sido comunicado fehacientemente; de esta manera, ante una posible demanda contra el despido, el empresario debe tener pruebas evidentes que ha notificado al trabajador sobre la finalización de su contrato laboral. Además, “no es suficiente simplemente con intentar la comunicación (...), sino que debe realizarse un intento serio por entregar la carta de despido”¹³⁹. A estos efectos, el TSJ Asturias determinó, “la notificación se produce cuando la empresa ha puesto todos los medios a su alcance para hacer llegar la notificación al trabajador despedido”¹⁴⁰.

La jurisprudencia ha admitido numerosos recursos escritos para facilitar esta comunicación, entre ellos, el burofax, la entrega por correo certificado o, entre muchos otros, la notificación directa y personal.

No obstante, el carácter recepticio de la carta de despido no impide “que [su] entrega se realice a una persona diferente del trabajador. Así, por ejemplo, se admite que la entrega se realice a la persona que estaba en el domicilio del trabajador”¹⁴¹.

Desde el punto de vista del trabajador, ante la notificación de una carta de despido, pueden adoptarse dos posturas muy distintas: en primer lugar, comunicar la recepción de la carta, de modo que se de por finalizada la obligación empresarial de dar a conocer al afectado su despido. O, en segundo lugar, negarse a aceptar o rechazar la notificación escrita. En este último caso, así como en los supuestos en los que la comunicación no es posible por causas imputables al propio trabajador (por ejemplo, no informar del cambio de domicilio a la empresa), la comunicación del despido se entiende apta, sin concurrir responsabilidad alguna del empresario.

En conclusión, el hecho de que la carta de despido sea recepticia implica que, de un modo u otro, deba llegar al conocimiento del trabajador afectado.

- b) **Notificación escrita:** de acuerdo con el precepto legal del art. 55.1 TRET, “el despido debe ser notificado por escrito al trabajador”. Así, no se acepta ningún otro tipo de comunicación que no sea la escrita, “por lo que no es válido el despido verbal o tácito”¹⁴². Así, el carácter escrito de la carta de despido radica, por un lado, en la importancia de

¹³⁸ BARBANCHO, p. 30.9.

¹³⁹ GORELLI y GÓMEZ, p. 204.

¹⁴⁰ STSJ Asturias (Sala de lo Social) 2128/2016 de 11 de octubre, RJ 2016/242360.

¹⁴¹ GORELLI y GÓMEZ, p. 205.

¹⁴² BARBANCHO, p. 30.9.

plasmar en ésta las razones por las que el empresario decide despedir al trabajador, además de incluir el momento a partir del cual tendrá efectos el despido y, por otro, en los efectos procesales, es decir, como ya se ha mencionado anteriormente, ante la interposición de una demanda por parte del trabajador al empresario con motivo del despido, la parte empresarial no puede alegar conductas diferentes a las que se han recogido en la carta de despido, ya que, en caso contrario, se produciría una situación de indefensión y desigualdad entre ambas partes.

De esta forma, la carta de despido es la exteriorización escrita de la voluntad de extinguir, autónomamente, la relación laboral por parte del empresario.

- c) Hechos que justifican el despido: la carta de despido, “además de [contener] una manifestación clara y contundente de la voluntad empresarial de despedir al trabajador, poniendo fin definitivamente a la relación laboral”¹⁴³, debe comprender los incumplimientos, de forma clara y concisa, que se imputan al trabajador. De tal forma, se garantiza que el trabajador tenga un conocimiento evidente y adecuado de los motivos que el empresario considera oportunos para proceder a despedirle disciplinariamente y, así, tener la oportunidad de rebatir contra la decisión empresarial. Esta exigencia no se cumple cuando la notificación solo adjunta causas genéricas y poco determinadas. A estos efectos, el TSJ Asturias¹⁴⁴ determinó,

“la carta de despido debe proporcionar al trabajador la información específica de los hechos motivadores de la decisión extintiva que sea suficiente para permitir al despido conocer las circunstancias fácticas determinantes del despido y preparar los medios de defensa que permitan desvirtuar las afirmaciones de la empresa. (...) El art. 55.1 TRET no exige una descripción pormenorizada o exhaustiva de los hechos determinantes del despido, sino de los importantes para proporcionar al trabajador la información precisa a fin de poder valorar el despido y, en su caso, preparar su reacción frente al mismo”.

En la misma línea se ha manifestado el TSJ Galicia¹⁴⁵ diciendo,

“la finalidad de la carta no se cumple cuando la comunicación sólo contiene imputaciones genéricas que perturban la defensa del trabajador y atentan contra el principio de igualdad de partes al constituir, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador”.

Por tanto, en palabras de GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ¹⁴⁶, “es suficiente una carta de despido en la que se identifican adecuadamente los incumplimientos, siendo a veces necesario (dependiendo de la causa esgrimida por la empresa) la concreción cronológica, así como detalles cuantitativos”.

En definitiva, la redacción de los hechos en la carta no debe ser extremadamente detallada, cayendo en el error de matizar aspectos irrelevantes, pero tampoco debe ser ambigua o con falta de contenido, impidiendo así el conocimiento pleno del trabajador de las justificaciones de su despido.

¹⁴³ MATORRAS, p. 19.

¹⁴⁴ STSJ Asturias (Sala de lo Social) 2815/2014, de 30 de diciembre, RJ 2015/30471.

¹⁴⁵ STSJ Galicia (Sala de lo Social) 4376/2014, de 17 de setiembre, RJ 2014/2693.

¹⁴⁶ GORELLI y GÓMEZ, p. 216.

- d) Fecha de efectos del despido: finalmente, la notificación por escrito debe contener el día en que tendrá efectos el despido, no necesariamente debe coincidir con la fecha de la comunicación, sino que puede ser a posteriori. Ahora bien, en el caso de que la fecha de la carta sea anterior al día del conocimiento de ésta por parte del trabajador, no es válido. Pero, “si cuando llega la fecha de efectos del despido el trabajador continúa prestando servicios para su empresario, se entiende que no ha existido despido”¹⁴⁷.

Esta exigencia temporal tiene su fundamento en el art. 59.3 TRET, el cual establece que “el ejercicio de la acción contra el despido (...) caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido”. Por este motivo, si el trabajador no demanda durante este breve plazo de tiempo, pierde toda posibilidad de enfrentarse a la extinción de su contrato de trabajo que considera inapropiada o ilegal. Así, “la comunicación permite fijar el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de despido, que coincidirá con el día siguiente a aquel en el que se haya previsto surta efectos el despido”¹⁴⁸.

Es importante destacar que es el empresario quién determina, según su criterio y sin ningún tipo de restricción, cuando van a surgir los efectos de la extinción contractual.

Además, la fecha de efectos del despido no debe confundirse con el día en que tuvieron lugar los hechos imputados al trabajador. La primera es relativa al día en que el contrato laboral deja de estar vigente y, a consecuencia, el trabajador pierde su trabajo; mientras que la segunda se refiere cuando se produjeron los actos objeto del despido.

De acuerdo con GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ¹⁴⁹, “no es necesaria una fecha concreta en el texto de la carta de despido, sino que es suficiente que de la carta se deduzca el momento en que el despido produce efectos. En este sentido, se admite la licitud de cartas de despido en las que no se establece una fecha concreta, sino que se concreta el momento de extinción de otra manera: estableciendo que el despido producirá efectos el día de la recepción de la carta de despido”. Así, cualquier forma de delimitar la fecha de los efectos del despido es válida, siempre que su deducción y comprensión sea apropiada para el trabajador.

Concluyendo, el requisito de incluir la fecha de efectos del despido en la comunicación escrita es para facilitar al trabajador el conocimiento del inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de reclamación contra el despido.

3.2. Requisitos formales previstos por convenio colectivo

Siguiendo con el contenido del art. 55.1 TRET, en su párrafo segundo determina que “por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido”. Por consiguiente, el empresario, además de estar sujeto al cumplimiento de las obligaciones formales establecidas por ley, como es la carta de despido, está obligado a respetar y ejecutar los requisitos formales pactados a través de la negociación colectiva.

¹⁴⁷ BARBANCHO, p. 30.9.

¹⁴⁸ MATORRAS, p. 21.

¹⁴⁹ GORELLI y GÓMEZ, p. 223.

Con palabras de GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ¹⁵⁰, “el convenio colectivo al tener eficacia normativa puede establecer este tipo de regulación, por lo que será de obligado cumplimiento para los empresarios afectados por el convenio en cuestión”. A estos efectos, sirva como paradigma un caso del TSJ de Andalucía¹⁵¹, conforme la cual “la procedencia del despido disciplinario exige inexcusablemente que se observen los requisitos formales que impone tanto el Estatuto de los Trabajadores, como el convenio colectivo aplicable a la relación laboral”.

Así, los convenios colectivos pueden introducir exigencias formales nuevas o complementarias a las garantías básicas que establece la ley, con el fin de dificultar al empresario la acción de despedir disciplinariamente; además, pueden atañer al total de la plantilla de trabajadores de la empresa o, específicamente, a los representantes laborales de los trabajadores. Ahora bien, las formalidades pactadas por negociación colectiva deben respetar, en todo caso, las contempladas en el TRET, que tampoco son sustituibles por convenio colectivo. Entre las distintas posibilidades de ampliaciones formales por convenio colectivo destacan: “audiencia previa al interesado, notificación simultánea a los representantes legales, extensión de la obligación de tramitar expediente contradictorio o procedimiento sumario para los despidos de los trabajadores que no ocupen cargos representativos, etc.”¹⁵².

Por ejemplo, el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio)¹⁵³, regula en su art. 61: “las sanciones se comunicarán motivadamente y por escrito a la persona interesada para su conocimiento y efectos, dándose notificación a la representación unitaria del personal en las graves y muy graves”. Y añade: “para la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves, el personal afectado tendrá derecho a formular alegaciones por escrito en un plazo de 5 días naturales”.

Siguiendo la misma línea, el Convenio colectivo general de la industria química¹⁵⁴, que establece, en su art. 66 a), “la sanción de las faltas leves y graves requerirá comunicación escrita motivada al trabajador y la de las faltas muy graves exigirá tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado de conformidad con el procedimiento que se indica a continuación”. Además, también se indica que “en cualquier caso, la empresa dará cuenta a los representantes de los trabajadores al mismo tiempo que el propio afectado, así como a los delegados sindicales del sindicato al que perteneciera el trabajador cuando el dato de la afiliación sea conocido por la empresa”.

O también, el VII Convenio colectivo de la empresa Decathlon España S.A.¹⁵⁵, en el art. 53 requiere que “en caso de sanción de carácter muy grave o despido a un trabajador/a, y antes de que esto se produzca de forma efectiva, el comité de empresa, delegado/a de personal o delegado/a sindical, deberá ser informado/a. En cualquier caso, el/la trabajador/a podrá solicitar la presencia del comité de empresa o delegado/a de personal”.

A estos efectos, hay que recordar que por imperativo legal “el empresario debe informar a los representantes de los trabajadores de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves, como

¹⁵⁰ GORELLI y GÓMEZ, p. 264.

¹⁵¹ STSJ Andalucía (Sala de lo Social) 1495/2015, de 3 de junio, RJ 2015/12595.

¹⁵² MATORRAS, p. 42.

¹⁵³ BOE núm. 229 de 21 de setiembre de 2018.

¹⁵⁴ BOE núm. 191 de 8 de agosto de 2018.

¹⁵⁵ BOE núm. 73 de 27 de marzo de 2017.

el despido disciplinario (art. 64.4 c) TRET). Se trata de simple información y no de notificación”¹⁵⁶.

Por tanto, en la práctica, muchos convenios colectivos amplían notoriamente las garantías legales de los trabajadores ante una situación de despido.

Ahora bien, el hecho de que el convenio colectivo tenga carácter de norma significa que “el trámite formal pactado se convierte en obligatorio, de manera que su falta determina el incumplimiento de obligaciones formales y las consecuencias propias del despido disciplinario con falta de forma”¹⁵⁷. Así lo ha corroborado la doctrina del TS diciendo: “una vez fijadas estas exigencias [en el convenio colectivo] devienen tan obligatorias como las contempladas en el precitado artículo 55.1 TRET, acarreado su incumplimiento idénticas consecuencias”¹⁵⁸.

Asimismo, se ha pronunciado el TSJ de Canarias¹⁵⁹ y, de manera análoga, el TS ¹⁶⁰ o el TSJ de Andalucía¹⁶¹ han declarado la improcedencia del despido por incumplimiento de los requisitos formales convenidos en el Convenio colectivo.

Por último, en opinión de GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ¹⁶², “sólo el convenio colectivo estatutario puede establecer este tipo de requisitos formales, ya que sólo el puede tener eficacia normativa y subjetiva general. Por el contrario, el convenio colectivo extraestatutario tiene una eficacia meramente obligacional y subjetiva limitada”.

3.3. Supuestos especiales

Nuestro ordenamiento jurídico laboral prevé, junto con las formalidades ordinarias y genéricas del despido disciplinario, que son de aplicación a todos los trabajadores, algunos requisitos adicionales y exclusivos para determinados grupos o asociaciones de trabajadores.

3.3.1. Representantes legales de los trabajadores

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 55.1 TRET, “cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese”. Es decir, el empresario, si va a despedir a un trabajador que ostenta el cargo de representante de los trabajadores o delegado sindical, no puede notificarle directamente el despido, sino que previamente debe cumplir el requisito de abrir la tramitación de un expediente contradictorio.

¹⁵⁶ BARBANCHO, p. 30.11.

¹⁵⁷ GORELLI y GÓMEZ, p. 265.

¹⁵⁸ STS (Sala de lo Social) de 15 de mayo de 2012, RJ 2012/6512.

¹⁵⁹ STSJ Canarias (Sala de lo Social) 1409/2008, de 27 de octubre, RJ 2009/49887. El Tribunal afirmó que “los convenios colectivos que establecen exigencias formales para el despido vienen extendiendo habitualmente a todos los trabajadores las garantías de los representantes unitarios o sindicales, exigiendo la incoación del correspondiente despido disciplinario contradictorio que permita que el trabajador sea oído antes de ser despedido. Cuando por convenio colectivo se establezcan requisitos formales adicionales para el despido disciplinario y éstos no sean observados, se ha de declarar necesariamente la improcedencia del despido y no su nulidad, ya que el art. 55 párrafo 4º del TRET establece expresamente que el despido será improcedente cuando su forma no se ajusta a lo regulado en el apartado primero del propio artículo, que admite que por convenio colectivo puedan establecerse otras exigencias formales”.

¹⁶⁰ STS (Sala de lo Social) 355/2018, de 3 de abril, RJ 2018/1524.

¹⁶¹ STSJ (Sala de lo Social) Andalucía 3107/2011, de 17 de noviembre, RJ 2011/3035.

¹⁶² GORELLI y GÓMEZ, p. 275.

Esta garantía también se encuentra recogida en el art. 68 a) TRET, que dispone: “los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, salvo lo dispuesto en los convenios colectivos, las siguientes garantías, [entre ellas] la 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”. Asimismo, el art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical¹⁶³ (en adelante LOLS) recoge, en relación con los delegados sindicales, el derecho a tener “las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación”. Ahora bien, mediante convenio colectivo pueden establecerse más garantías en torno a la protección de estos sujetos.

En palabras de BARBANCHO TOVILLAS¹⁶⁴, “la finalidad de este expediente es la protección de la función representativa y garantizar la adecuada defensa del trabajador-representante”. De esta manera, no solo se protege a los representantes frente al poder disciplinario empresarial, sino también “supone facilitar el desarrollo de la actividad representativa, lo cual repercute positivamente sobre los trabajadores representados”¹⁶⁵.

En relación con el ámbito subjetivo, los representantes de los trabajadores que están amparados bajo esta garantía de protección son: “los representantes unitarios (delegados de personal y miembros del comité de empresa); los delegados sindicales que no sean representantes unitarios; los delegados de prevención y los trabajadores designados para realizar actividades de prevención o para formar parte de los servicios de prevención; los miembros de los comités de empresa de dimensión comunitaria; (...) los trabajadores que habían sido representantes, durante el año siguiente a la expiración de sus mandatos (art. 68 c), en relación con el art. 68. a), (...) y, por último, (...) a los representantes electos antes de tomar posesión de sus cargos y a los candidatos proclamados para la elección en tanto dure el proceso electoral”¹⁶⁶. Por consiguiente, como indica MATORRAS DÍAZ-CANEJA¹⁶⁷, “se trata (...) de una garantía aplicable exclusivamente a los trabajadores que asuman funciones de representación colectiva, así como a los responsables de prevención, sin que deba hacerse extensiva a la totalidad de los trabajadores, salvo que el convenio colectivo así lo disponga”¹⁶⁸.

No obstante, la ley no regula con detalle el proceso a seguir para la tramitación de un expediente contradictorio, sino que se limita a indicar solo dos requisitos necesarios: “la audiencia del interesado y del resto de miembros de la representación a la que pertenezca el trabajador objeto del despido”¹⁶⁹. Por ello, los convenios colectivos desempeñan un papel fundamental en esta materia, ya que pueden aclarar y precisar dicho procedimiento. A estos efectos, sirva como ejemplo, en primer lugar, un supuesto del TSJ de la Rioja¹⁷⁰, cuyo fallo declaró la improcedencia

¹⁶³ De 2 de agosto de 1985.

¹⁶⁴ BARBANCHO, p. 30.10.

¹⁶⁵ GORELLI y GÓMEZ, p. 233.

¹⁶⁶ BARBANCHO, p. 30.10.

¹⁶⁷ MATORRAS, p. 34.

¹⁶⁸ STS (Sala de lo Social) de 20 de marzo de 1989, RJ 1989/1886.

¹⁶⁹ BARBANCHO, p. 30.10.

¹⁷⁰ STSJ La Rioja (Sala de lo Social) 254/2002, de 15 de octubre, RJ 2002/3243. El Tribunal determinó que: “resulta patente de ello el incumplimiento por parte de la demandada de tramitar, en los términos que establece el art. 25.3 del Convenio Colectivo, en relación con el art. 55.1 TRET, el correspondiente expediente contradictorio al actor – delegado de personal de los trabajadores (...) – antes de proceder a su despido. Tales incumplimientos, que obviamente generan indefensión al expedientado, son los siguientes: a) No existe una orden escrita del jefe de la empresa, con la designación del Instructor y del secretario (...). d) Se notifica la incoación del expediente al actor el 5 de febrero de 2002, éste

del despido a un delegado de personal de los trabajadores, por incumplimiento del convenio colectivo en torno al procedimiento disciplinario a seguir con los representantes de los trabajadores. Y, en segundo lugar, el Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas¹⁷¹, que establece en su art. 72.2:

“En los casos en que se imponga una sanción por falta grave o muy grave, a los representantes legales de los trabajadores, que se encuentren en el desempeño de sus cargos, o aquellos respecto a los que no hubiera transcurrido un año desde la extinción de su mandato, será preceptiva la incoación de un expediente, que se ajustará a las siguientes normas: a) La empresa notificará al trabajador la apertura del expediente, comunicándole simultáneamente el pliego de cargos en el que se contengan los hechos en que se basa el expediente. b) En el mismo escrito de apertura del expediente, se designará por la empresa un secretario y un instructor del expediente, imparciales. c) La empresa dará traslado de este escrito al interesado para que, en el plazo de diez días, exponga las alegaciones y proponga la práctica de las pruebas que estime pertinentes. Asimismo, este escrito será notificado a la representación legal de los trabajadores para que en el plazo de cinco días realice, en su caso, las alegaciones que considere oportunas. d) Finalizada la incoación del expediente, la empresa notificará al trabajador, por escrito, la sanción impuesta, fecha desde la que surtirá efecto y los hechos en que se funde. e) En los supuestos de afiliación a alguna de las Centrales Sindicales legalmente constituidas, tendrá que ser previamente oído el Delegado Sindical, siempre que lo haya en el centro de trabajo y la Empresa tenga conocimiento cierto de tal afiliación. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos implicará la nulidad de la sanción impuesta”.

En el caso de que el convenio colectivo no regule el proceso a seguir para realizar el expediente contradictorio, “a efectos de dar por cumplido este trámite bastaría iniciar un procedimiento en el que el trabajador pueda acceder al conocimiento de los hechos que se le imputan, tenga oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga dentro de un plazo razonable y se dé audiencia a los restantes miembros de la representación a la que pertenezca”¹⁷².

Ahora bien, como señala BARBANCHO TOVILLAS¹⁷³, “la doctrina jurisprudencial viene exigiendo que el expediente, aunque no se requiere el nombramiento de instructor y secretario para su tramitación, debe permitir conocer los cargos, que exista contradicción (...), que permita la defensa del trabajador-representante y que tenga una duración razonable y proporcionada, sin que se exija la práctica de pruebas ni la existencia de un periodo probatorio, ya que el expediente no es equivalente a un antejuicio ni tiene naturaleza procesal, aunque pueda constituir prueba documental en el procedimiento judicial (art. 106.2 LRJS)”.

En definitiva, mediante el expediente contradictorio, el empresario comunica al trabajador-representante una serie de hechos que se le imputan, con el objetivo de que éste pueda oponerse y rebatir las acusaciones empresariales. Además, estos cargos expedientados sirven, posteriormente, para delimitar el contenido de la ulterior carta de despido, ya que, en caso de alegar circunstancias distintas, se entiende incumplida esta obligación formal.

El último requisito en torno al expediente contradictorio, que plasma la legislación laboral, es el deber de dar audiencia a los demás miembros de la representación. La parte empresarial ha de convocar y escuchar al resto de representantes, debido a que, en caso contrario, se estaría incumpliendo un requisito formal y el futuro despido sería objeto de calificación improcedente. Sin embargo, puede ocurrir que los representantes se nieguen a realizar esta fase de audiencia; en

formula alegaciones el siguiente día 7, y el día 8 del mismo mes se le comunica el despido habiendo hecho caso omiso de su solicitud de que se le trasladase copia íntegra del expediente y de la documentación correspondiente a las pruebas en que aquél se basaba, para poder articular su defensa”.

¹⁷¹ BOE núm. 86, de 10 de abril de 2019.

¹⁷² MATORRAS, p. 37.

¹⁷³ BARBANCHO, p. 30.10.

este caso, el expediente no se tiene por viciado, sino que el requisito de oír a los demás miembros del órgano de representación se entiende satisfecho por parte del empresario.

Finalmente, la ejecución del expediente contradictorio conlleva una serie de efectos jurídicos. Entre ellos destacan: “la paralización del cómputo de los plazos de prescripción de las faltas (art. 60 TRET); la relación laboral sigue vigente y debe surtir, en principio, sus plenos efectos; los representantes de los trabajadores podrán continuar desarrollando sus funciones representativas; etc.”¹⁷⁴.

3.3.2. Trabajadores afiliados a un sindicato

El segundo supuesto especial es aquel regulado en el art. 55.1 *in fine* TRET, según el cual “si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato”. Ahora bien, cabe añadir que el art. 10.3.3º LOLS establece, para los delegados sindicales, el derecho de “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 estos últimos”.

Por ejemplo, así lo plasma el Convenio colectivo general del sector de la construcción¹⁷⁵ en su art. 102 diciendo “en aquellos supuestos en los que la empresa pretenda imponer una sanción a aquellos trabajadores de los que tenga constancia que están afiliados a un sindicato, deberá, con carácter previo a la imposición de tal medida, dar audiencia a los delegados sindicales, si los hubiere”.

De esta manera, con la fase de audiencia previa, se quiere “otorgar una protección adicional al trabajador sindicado para que no se vea restringido, limitado o coartado en el pleno ejercicio de su derecho de libertad sindical”¹⁷⁶. Así, mediante esta protección adicional, “se pretende resolver una de las preocupaciones habituales que tienen los trabajadores a la hora de decidir afiliarse o no a un sindicato: las posibles represalias en caso de conocimiento de este hecho”¹⁷⁷. A estos efectos, el TS¹⁷⁸ ha indicado que

“la razón de ser de este trámite de audiencia previa es la convivencia apreciada por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario, a cuyo riesgo de abuso pueden ser más vulnerables, por medio de una defensa sindical preventiva del trabajador afiliado”.

Es de suma importancia que este deber de audiencia sea previo al despido, ya que, en caso contrario, el empresario incurriría en un defecto formal; pero, puede suceder que, una vez notificados los delegados sindicales por parte del empresario del trámite de audiencia, decidan no intervenir. Ante ello, se entiende que el requisito de dar audiencia ha sido satisfecho por la parte empresarial y no existe ningún vicio en el procedimiento. Además, el empresario tiene la libre voluntad de elegir si el trabajador afiliado debe estar presente durante la audiencia con los delegados sindicales o no es necesario. No obstante, la intervención de los delegados está limitada

¹⁷⁴ MATORRAS, p. 40 y 41.

¹⁷⁵ BOE núm. 232 de 16 de septiembre de 2017.

¹⁷⁶ BARBANCHO, p. 30.10.

¹⁷⁷ GORELLI y GÓMEZ, p. 250.

¹⁷⁸ STS (Sala de lo Social) de 12 de julio de 2006, RJ 2006/6309.

a dicha audiencia, ya que, posteriormente, no se les obliga a entregar ningún documento informativo.

Sin embargo, como señalan GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ¹⁷⁹, “por un simple principio de seguridad, entendemos que siempre que el trabajador esté afiliado en el momento en que se a proceder al despido, será necesaria la audiencia”.

La norma indica, claramente, que esta fase de audiencia previa a los delegados sindicales solo procede en aquellos supuestos en los que el empresario tiene constancia manifiesta de que, el trabajador afectado por el posible despido disciplinario esté afiliado a un sindicato. Además, tal y como indica BARBANCHO TOVILLAS¹⁸⁰, “esta audiencia previa procede siempre y cuando: (...) exista sección sindical del sindicato al que está afiliado el trabajador; que ésta tenga derecho a designar delegados sindicales de conformidad con el art. 10.1 y 2 LOLS; y se haya acreditado al empresario la constitución de sección sindical y la designación de delegado sindical que la represente”. Así, sirva como paradigma lo que estableció el TSJ del País Vasco¹⁸¹: “la única comunicación entregada a la empresa relativa a la constitución de la sección sindical se alude a la convocatoria para el nombramiento de un delegado sindical del que no se tiene posterior conocimiento. (...) En consecuencia, no puede entenderse incumplido el trámite de audiencia previa”.

Además, hay que tener en cuenta dos aspectos fundamentales: en primer lugar, durante el tiempo de realización de esta fase de audiencia a los delegados sindicales, el plazo de preinscripción de las faltas cometidas se interrumpe, así como en el supuesto de los representantes de los trabajadores. En segundo lugar, “si el trabajador afiliado es, a su vez, representante de los trabajadores, además de la audiencia previa de los delegados sindicales de su sección sindical, se tiene que realizar el expediente contradictorio”¹⁸².

En conclusión, sobre este aspecto se han pronunciado, entre otros, el TSJ de Galicia¹⁸³ o, el TSJ de Cataluña¹⁸⁴.

¹⁷⁹ GORELLI y GÓMEZ, p. 256.

¹⁸⁰ BARBANCHO, p. 30.10.

¹⁸¹ STSJ País Vasco (Sala de lo Social) 548/2014, de 18 de marzo, RJ 2014/189560.

¹⁸² BARBANCHO, p. 30.10.

¹⁸³ STSJ Galicia (Sala de lo Social) 2185/2015 de 17 de abril, RJ 2015/1111. El Tribunal estableció que “del tenor literal de los arts. 10.3.3 LOLS y 55.1.IV TRET (...) la función institucional del trámite preceptivo de audiencia a los delegados sindicales del despido o sanción de un trabajador sindicado no es la notificación de un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución, sino la comunicación de un proyecto de sanción o despido en cuya decisión en firme puede influir la información proporcionada por el delegado sindical al empresario sobre determinados aspectos o particularidades de la conducta y de la situación del trabajador afectado. (...) La finalidad del trámite previo de audiencia al despido del trabajador afiliado no se cumple si los hechos se ponen en conocimiento del delegado sindical el día precedente al despido, pues con tan breve y corto plazo es previsible que no pueda realizar una real defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado para poder dar lugar a un posible cambio en la decisión tomada por parte empresarial. (...) En definitiva, la exigencia de tal cumplimiento no es un mero trámite sino una obligación con trascendencia en los efectos posteriores del despido, cuyo incumplimiento deriva en la improcedencia”.

¹⁸⁴ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 3582/2017 de 2 de junio, RJ 2017/1803. El Tribunal dijo: “Como señala la STS 12-7-2006 (RJ 2006, 6309), (...) la razón de ser de este trámite de audiencia previa es la conveniencia apreciada por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario, a cuyo riesgo de abuso pueden ser más vulnerables, por medio de una defensa sindical preventiva del trabajador afiliado; y que es de apreciar un paralelismo entre esta garantía del trabajador afiliado y la garantía legal del expediente contradictorio de los representantes de los trabajadores (art. 68.a ET), pues en ambos supuestos se trata de una protección reforzada de determinados trabajadores por razones sindicales, de garantías legales que no tienen en principio un límite de vencimiento temporal preestablecido y que se articulan para una defensa preventiva de los intereses del trabajador que puede dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario, debiendo invertirse en el mismo un plazo «razonable», pues se trata de un «trámite destinado a influir de manera preventiva en

3.4. Defectos de forma y nuevo despido

El TRET, en su art. 55.2, prevé la posibilidad de formular un nuevo despido en el supuesto de que el primero se haya realizado sin contemplar todos los requisitos formales que la propia ley o la norma convencional aplicable establecen. Dicho artículo establece: “si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior [art. 55.1 TRET], el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo sabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social”.

A consecuencia de ello, como indica BARBANCHO TOVILLAS¹⁸⁵, “aun cuando el despido es un acto formal, los defectos de forma no invalidan el despido, en la medida que no comportan la nulidad del mismo, sino su improcedencia; de ahí que los requisitos formales – especialmente la carta de despido – no se entienden *ad solemnitatem*”.

La oportunidad de efectuar un nuevo despido, con atención a las omisiones formales del primero (no produce ningún efecto), permite eludir el proceso judicial de calificación improcedente del despido, de acuerdo con el art. 55.4 TRET. Así, no se trata de subsanar los defectos formales de la primera comunicación de despido disciplinario, sino que se trata de un despido completamente nuevo, sin importar el anterior. Ahora bien, en torno a las causas o motivos alegados en el primer intento de despido, la doctrina¹⁸⁶ ha admitido que puedan variar o alterarse, e incluso introducirse hechos nuevos no mencionados en el despido anterior, debido a que es un despido nuevo sin ningún acto previo que lo condicione. Este segundo despido, “solo surtirá efectos desde su fecha”¹⁸⁷, “momento en el que empezará a contar el plazo de caducidad de la acción para impugnar el despido”¹⁸⁸.

El plazo legal que dispone el empresario para elaborar el nuevo despido es de 20 días naturales, “a contar desde el siguiente al del primer despido”¹⁸⁹. A estos efectos, el TS¹⁹⁰ afirmó que,

“el cómputo del plazo de los veinte días del art. 55.2 TRET ha de hacerse conforme a las previsiones generales del cómputo civil de los plazos señalados por días, y por lo tanto, computando todos los transcurridos desde la fecha del despido hasta la fecha en que se produjo la subsanación. Se trata por lo tanto de un plazo de caducidad puesto que tiene establecido un límite insuperable de veinte días que no es posible sobrepasar ni subsanar (...). Dicho plazo es civil y por lo tanto debe computarse sin el descuento de los días inhábiles”.

No obstante, no hay que confundir dicho plazo con el tiempo que ostenta el trabajador para ejercitar su acción contra el despido, en virtud del art. 59.3 TRET.

la decisión disciplinaria proyectada, y sin cuyo cumplimiento el despido disciplinario es declarado improcedente, de acuerdo con el art. 55.4 del ET”.

¹⁸⁵ BARBANCHO, p. 30.12.

¹⁸⁶ GORELLI y GÓMEZ, p. 280 y BARBANCHO, p. 30.12.

¹⁸⁷ Art. 55.2 TRET.

¹⁸⁸ BARBANCHO, p. 30.12.

¹⁸⁹ Art. 55.2 TRET.

¹⁹⁰ STS (Sala de lo Social) de 10 de noviembre de 2004, RJ 2004/8010.

Ahora bien, tal y como indica MATORRAS DÍAZ-CANEJA¹⁹¹, “debe tenerse presente que, si las faltas imputadas no habían prescrito en el momento de intentarse el primer despido, no se entiende prescrita la falta tampoco al formalizarse el nuevo despido”¹⁹².

Sin embargo, este plazo de 20 días para volver a efectuar otro despido queda sujeto a la acción de demandar que ostenta el trabajador. Es decir, en palabras de GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ¹⁹³, “una vez que el trabajador ha presentado la demanda ya no es posible la rectificación de los vicios formales por el empresario, debiendo esperarse hasta el momento de la sentencia. Una vez que esta se dicte, y se haya declarado la improcedencia del despido por vicios de carácter formal, se podrá volver a despedirse al trabajador corrigiendo los errores formales, [regulado] en el art. 110.4 LRJS”.

Por último, durante el período de tiempo que transcurre entre el primer despido y el nuevo, la relación laboral del trabajador se mantiene vigente, debido a que la primera notificación de extinción del contrato de trabajo no surge efectos por falta de formalidades. Por consiguiente, el empresario deviene obligado a abonar los salarios que el trabajador ha dejado de recibir durante esta fase intermedia, además de mantenerlo de alta en la Seguridad Social.

En resumen, la STSJ Castilla-La Mancha¹⁹⁴ plasma todo el contenido explicado anteriormente.

4. EFECTOS

El acto unilateral del empresario de despedir al trabajador conlleva una serie de consecuencias jurídicas en el marco de la relación individual y de la Seguridad Social.

El despido disciplinario, “como modalidad de despido que es, extingue por sí mismo el contrato de trabajo, por lo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación laboral”¹⁹⁵. Es importante destacar que esta resolución contractual se produce de forma directa, “esté o no viciado [el despido] por ausencia de causa justa que lo motive o de los requisitos esenciales de forma impuestos por el ordenamiento, puesto que la decisión empresarial está dotada de ejecutividad por sí misma, cualquiera que sea la calificación jurídica que reciba en el marco del proceso por despido si el trabajador decidiera impugnarlo con posterioridad”¹⁹⁶. De esta manera, la relación laboral entre el trabajador y el empresario deja de existir y, a consecuencia de ello, las obligaciones y los derechos existentes entre ambas partes se consideran extinguidos, sin perjuicio de aquello que hubiera podido pactarse de forma expresa y manifiesta para la fase postcontractual.

En palabras de BARBANCHO TOVILLAS, “el despido disciplinario extingue el contrato de trabajo a partir de su fecha de efectos, por lo que a efectos extintivos tiene efectos constitutivos,

¹⁹¹ MATORRAS, p. 62.

¹⁹² STSJ Galicia (Sala de lo Social) de 5 de diciembre de 1997, RJ 1997/4044.

¹⁹³ GORELLI y GÓMEZ, p. 281.

¹⁹⁴ STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) 146/2016, de 4 de febrero, RJ 2016/269. El Tribunal dijo: “el art. 55.2 del TRET exige una triple garantía para no perjudicar los derechos de defensa del trabajador: 1) el segundo despido sólo surte efectos desde su fecha y no comporta subsanación del primero; 2) el nuevo despido debe efectuarse en el plazo de 20 días, a contar desde el siguiente al del primer despido, plazo que debe computarse con arreglo a las normas del Código Civil, sin exclusión de los días inhábiles; y 3) al realizar el segundo despido, el empresario debe poner a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social”.

¹⁹⁵ BARBANCHO, p. 30.13.

¹⁹⁶ MATORRAS, p. 69 *ex* STS (Sala de lo Social) de 16 de enero de 2009, RJ 2009, 397; STS (Sala de lo Social) de 12 de febrero de 2007, RJ 2007/1770 y STS (Sala de lo Social) de 31 de enero de 2007, RJ 2007, 3325.

ya que es el empresario quien extingue el contrato sin que dependa de autorización o convalidación”¹⁹⁷. Así lo establece el art. 55.7 TRET al decir “el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo”. Sin embargo, puede ocurrir que, una vez comunicado y tramitado el despido al trabajador, el empresario quiera rectificar su decisión; ante esta situación, es el propio trabajador quien debe decidir aceptar la reanudación o no de la relación laboral, ya que el empleado no puede verse sometido a la autónoma voluntad empresarial de dejar sin efecto alguno la extinción contractual y, por consiguiente, verse obligado a continuar con la relación de trabajo, en teoría, ya finalizada.

Así, “dada la naturaleza extintiva del acto empresarial de despido”¹⁹⁸, además de extinguir el contrato laboral, produce una serie de efectos: en primer lugar, en virtud del art. 55.7 TRET, el trabajador queda en una situación “sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación”, a diferencia, por ejemplo, del despido objetivo (art. 53.1 b) TRET). En segundo lugar, de acuerdo con el art. 49.2 TRET “el empresario, con ocasión de la extinción del contrato, (...) deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas”, así como “dar[lo] de baja en la Seguridad Social y dejar de cotizar por [él], y entregarle el certificado de empresa”¹⁹⁹. En tercer lugar, el trabajador permanece en una situación legal de desempleo, en base al art. 267.1 a) 3º del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²⁰⁰ (en adelante TRLGSS); ahora bien, tal y como lo determina el art. 266 TRLGSS, “para tener derecho a las prestaciones por desempleo” el trabajador deberá reunir los requisitos que en él se encuentran tasados. Por último, se permite al empresario poder “reclamar al trabajador una indemnización por daños y perjuicios, en la medida que el despido disciplinario se fundamenta en un incumplimiento contractual del trabajador”²⁰¹.

Ante esta situación de despido, el trabajador tiene dos opciones. De un lado, no impugnar el acto extintivo, por lo que se entiende que acepta la voluntad empresarial de extinguir la relación laboral y, a consecuencia de ello, el despido produce sus plenos efectos, indicados anteriormente. De otro lado, interponer una reclamación judicial contra el despido. En este caso, el trabajador debe valerse de la acción de despido, teniendo en cuenta el plazo de caducidad de 20 días hábiles que establece el art. 59.3 TRET. No obstante, previamente al proceso judicial, debe haberse intentado una conciliación o mediación (art. 63 LRJS), “iniciándose [así] el proceso de despido disciplinario regulado en los arts. 103 a 113 LRJS”²⁰². Además, según el art. 268.4 TRLGSS *in fine*, “el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación [por desempleo]”.

Finalmente, el despido impugnado podrá ser calificado por el juez como procedente, improcedente o nulo, de acuerdo con los arts. 55.3 TRET y el art. 108.1 LRJS.

¹⁹⁷ BARBANCHO, p. 30.13.

¹⁹⁸ STS (Sala de lo Social) de 20 de junio de 2000, RJ 2000/7172.

¹⁹⁹ BARBANCHO, p. 30.13.

²⁰⁰ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

²⁰¹ BARBANCHO, p. 30.13.

²⁰² BARBANCHO, p. 30.13.

CONCLUSIONES

- I. La extinción de la relación de trabajo por voluntad unilateral del empresario constituye el despido. Dentro de esta institución jurídica del despido existen diversas modalidades, entre las que se encuentra el despido disciplinario, basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.
- II. El despido disciplinario responde a la voluntad autónoma del empresario de dar por finalizada la relación contractual ante una justa causa que tenga gran trascendencia laboral y, a consecuencia de ello, originar una serie de consecuencias jurídicas en el marco de la relación laboral individual y de la Seguridad Social. Esta facultad empresarial de resolver el contrato autónomamente viene otorgada por el propio TRET, cuando reconoce y atribuye al empresario el poder disciplinario. No obstante, dicha decisión puede ser objeto de un control judicial posterior por parte de los tribunales laborales, con el objetivo de asegurar la correcta justificación de esta sanción disciplinaria y, así, evitar posibles abusos de la potestad empresarial de despedir.
- III. Constituyendo la sanción más grave que se puede imponer a un trabajador, el despido disciplinario debe venir suscitado por alguna de las causas tasadas legalmente. Este listado de conductas, consideradas incumplimientos contractuales, forman una lista cerrada; por consiguiente, cualquier actuación que se considere motivo de despedir disciplinariamente debe encajar dentro de alguna de éstas. Sin embargo, el TRET es muy genérico al definir cada una de las causas que justifican este tipo de despido, razón por la cual tienen un papel muy relevante de concreción los convenios colectivos, establecidos mediante la negociación colectiva, y la jurisprudencia.
- IV. En base al análisis de la casuística jurisprudencial, a la vez muy amplia y diversa, cada tribunal que conoce de un despido disciplinario debe aplicar la teoría gradualista en cada caso concreto. Es decir, no se pueden establecer unos criterios doctrinales generales y uniformes en virtud de estas causas de despido, ya que deben valorarse, de forma individual, las circunstancias objetivas y subjetivas de cada proceso. Por esta razón, son más abundantes las resoluciones de los TSJ, ya que, difícilmente, el TS podrá realizar una unificación de doctrina en este ámbito.
- V. Consecuencia de este análisis casuístico se puede concluir que la causa que más abunda y una de las mayoritariamente alegadas por los empresarios a la hora de despedir es la transgresión de la buena fe contractual. El TRET no especifica que comportamientos deben incluirse dentro de esta conducta, sin embargo, es la más genérica y en la que se pueden englobar todo tipo de acciones que no encajen en los demás supuestos tasados. Por esta razón, cada tribunal interpreta y analiza las consecuencias que han originado despedir por este motivo, determinando si verdaderamente se está incurriendo en esta causa o no.

- VI. Especialmente, en algún supuesto de despido disciplinario se ha podido contemplar y analizar el ejercicio abusivo de la potestad disciplinaria (no siempre siendo así) que ostenta el empresario, reafirmando la necesidad de que los trabajadores tengan la oportunidad de impugnar su despido ante la jurisdicción social, debido a la falta de cumplimiento de las directrices establecidas en los convenios colectivos aplicables. Es decir, a tenor de la jurisprudencia citada, un despido disciplinario por causa de indisciplina o desobediencia no es procedente si este motivo solo está contemplado en el convenio colectivo como falta grave y no muy grave, recordando que la sanción de despido solo puede imponerse en aquellos casos en los que la falta tenga la consideración de muy grave. De esta forma, el empresario no solo está sujeto al TRET, sino también queda sujeto al contenido pactado mediante la negociación colectiva, que es básico para el buen funcionamiento de los trabajadores y la empresa. A consecuencia de ello, la práctica laboral confirma que, en algunas ocasiones, la parte empresarial se excede de su capacidad para extinguir la relación contractual, situando al trabajador en una posición inferior y, por tanto, haciendo imprescindible la revisión *a posteriori* de la decisión empresarial por parte de los jueces y tribunales.
- VII. A la exigencia legal de cumplir estrictamente una serie de requisitos para considerar un comportamiento como objeto de despido disciplinario, se le superponen unas formalidades que deben ser cumplidas por la parte empresarial. El elemento formal más importante es la carta de despido, de la cual se desprenden los hechos que justifican el final de la relación de trabajo, así como a partir de qué día empieza a surgir efectos dicha decisión de despedir. Además, se configura como el documento básico para una posterior impugnación del despido por parte del trabajador. No obstante, las formalidades exigidas a la hora de despedir son distintas y más severas si el trabajador está afiliado a un sindicato o forma parte de los representantes legales de los trabajadores. También la negociación colectiva adquiere un papel relevante en la concreción de los requisitos que debe seguir el empresario para configurar un despido conforme a derecho.
- VIII. Por todo ello, se confirma que el despido disciplinario es la sanción más grave que un empresario puede aplicar a un trabajador y siempre va ligada a aquellas conductas que tengan una naturaleza muy gravosa. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico español exige el cumplimiento de tantos requisitos, ya sean en atención a la conducta del trabajador como en los aspectos formales, a fin de proteger al trabajador frente a la potestad disciplinaria del empresario.

BIBLIOGRAFÍA

- **Libros/manuales**

ALONSO OLEA, Manuel. *El despido: un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*. 1ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

BARBANCHO TOVILLAS, Fernando., “Lección 30. La extinción del contrato de trabajo (I)”, *Derecho del trabajo* [en línea]. 10ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. [consulta: marzo, abril y mayo de 2019]. ISBN 9788490594759. Disponible en: <http://cataleg.ub.edu/record=b2160191~S1*cat>

BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, José Ignacio. *El despido disciplinario y sus causas: (análisis de la jurisprudencia)*. 1ª ed. Granada: Comares, 2001. ISBN 8484442098.

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. *La causalidad del despido disciplinario*. 1ª ed. Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2009. ISBN 9788447033256.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás. *El despido disciplinario*. 1ª ed. Madrid: Difusión Jurídica, 2008. ISBN 9788496705593.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana. *El Despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*. 1ª ed. Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2009. ISBN 9788499033426.

RUBIO DE MEDINA, Mª Dolores. *El despido disciplinario*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2000. ISBN 84-7676-626-2.

- **Bases de datos**

Aranzadi Instituciones (Thomson Reuters). Búsqueda de jurisprudencia [en línea]. <<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stnew=true&stid=jurisprudencia>> [Consulta: marzo, abril y mayo 2019].

Vlex España. Búsqueda de jurisprudencia [en línea]. < <https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#ES>> [Consulta: marzo, abril y mayo 2019].

ANEXOS

Anexo 1: Convenios colectivos

XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas para los años 2010 a 2014. (BOE [en línea], núm. 242, 09-10-2013, pág. 82593).

<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-10522>> [Consulta: 6 de abril de 2019].

VII Convenio colectivo de la empresa Decathlon España S.A para los años 2017 a 2019. (BOE [en línea], núm. 73, 27-03-2017, pág. 22888).

<https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-3318> [Consulta: 9 abril de 2019].

Convenio colectivo general del sector de la construcción para los años 2017 a 2021. (BOE [en línea], núm. 232, 16-09-2017, pág. 94090).

<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-10951>> [Consulta: 10 abril de 2019].

IV Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas para los años 2017 a 2021. (BOE [en línea], núm. 256, 24-10-2017, pág. 102383).

<https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-12195> [Consulta: 8 de abril de 2019].

Convenio colectivo estatal del sector de la jardinería para los años 2017 a 2020. (BOE [en línea], núm. 36, 09-02-2018, pág. 16254).

<<https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/09/pdfs/BOE-A-2018-1788.pdf>> [Consulta: 30 de marzo de 2019].

IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasio para los años 2018 a 2019. (BOE [en línea], núm. 141, 29-05-2018, pág. 59991).

<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-7816>> [Consulta: 7 de abril de 2019].

XIX Convenio colectivo general de la industria química para los años 2018 a 2020. (BOE [en línea], núm. 191, 08-08-2018, pág. 80030).

<https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-11368> [Consulta: 30 de marzo de 2019].

IX Convenio colectivo entre Iberia, Líneas Aéreas de España, Sociedad Anónima Operadora, Sociedad Unipersonal y sus tripulantes pilotos para los años 2018 a 2021. (BOE [en línea], núm. 217, 07-09-2018, pág. 87498).

<<https://www.boe.es/boe/dias/2018/09/07/pdfs/BOE-A-2018-12251.pdf>> [Consulta: 31 de marzo de 2019].

VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio) para los años 2015 a 2018. (BOE [en línea], núm. 229, 21-09-2018, pág. 91393).

<https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-12821> [Consulta: 9 de abril de 2019].

Convenio colectivo de la empresa Médicos del Mundo S. L para los años 2019 a 2021. (BOE [en línea], núm. 34, 24-01-2019, pág. 12242).

< <https://www.boe.es/boe/dias/2019/02/08/pdfs/BOE-A-2019-1758.pdf>> [Consulta: 6 de abril de 2019].

Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, S.A para los años 2019 a 2023. (BOE [en línea], núm. 42, 04-02-2019, pág. 15600).

< <https://www.boe.es/boe/dias/2019/02/18/pdfs/BOE-A-2019-2204.pdf>> [Consulta: 5 de abril de 2019].

Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas para los años 2018 a 2020. (BOE [en línea], núm. 86, 10-04-2019, pág. 37306).

< <https://www.boe.es/boe/dias/2019/04/10/pdfs/BOE-A-2019-5401.pdf>> [Consulta: 8 de abril de 2019].

Anexo 2: Jurisprudencia y doctrina judicial

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 156/2019 (Sala de lo Social), de 22 de febrero de 2019 (RJ 2019/82039).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 00366/2019 (Sala de lo Social), de 21 de febrero de 2019 (RJ 2019/85531).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 74/2019 (Sala de lo Social), de 30 de enero de 2019 (RJ 2019/53883).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 111/2019 (Sala de lo Social), de 29 de enero de 2019 (RJ 2019/58969).

Sentencia del Tribunal Supremo 35/2019 (Sala de lo Social), de 22 de enero de 2019 (RJ 2019/552).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 6771/2018 (Sala de lo Social), de 20 de diciembre de 2018 (RJ 2019/62481).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2456/2018 (Sala de lo Social), de 11 de diciembre de 2018 (RJ 2019/54119).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 6318/2018 (Sala de lo Social), de 30 de noviembre de 2018 (RJ 2019/87265).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 3370/2018 (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2018 (RJ 2019/27449).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 3460/2019 (Sala de lo Social), de 26 de noviembre de 2018 (RJ 2019/62013).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4368/2018 (Sala de lo Social), de 21 de noviembre de 2018 (RJ 2019/34036).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social), de 8 de noviembre de 2018 (RJ 2019/1846).

Sentencia del Tribunal Supremo 775/2018 (Sala de lo Social), de 17 de julio de 2018 (RJ 2018/3835).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social), de 16 de julio de 2018 (RJ 2018/231731).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 1713/2018 (Sala de lo Social), de 29 de junio de 2018 (RJ 2018/234113).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2682/2018 (Sala de lo Social), de 4 de mayo de 2018 (RJ 2018/206774).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid 395/2018 (Sala de lo Social), de 11 de abril de 2018 (RJ 395/2018).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2014/2018 (Sala de lo Social), de 6 de abril de 2018 (RJ 2018/1370).

Sentencia del Tribunal Supremo 355/2018 (Sala de lo Social), de 3 de abril de 2018 (RJ 2018/1524).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 548/2014 (Sala de lo Social), de 18 de marzo de 2018 (RJ 2014/189560).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1784/2018 (Sala de lo Social), de 16 marzo de 2018 (RJ 2018/142575).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias 246/2018 (Sala de lo Social), de 6 de marzo de 2018 (RJ 2019/253).

Sentencia del Tribunal Supremo 699/2017 (Sala de lo Social), de 21 de septiembre de 2017 (RJ 2017/4310).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3582/2017 (Sala de lo Social), de 2 de junio de 2017 (RJ 2017/1803).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 360/2017 (Sala de lo Social), de 29 de marzo de 2017 (RJ 2017/1708).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 16/2017 (Sala de lo Social), de 9 de febrero de 2017 (RJ 2017/323).

Sentencia del Tribunal Supremo 111/2017 (Sala de lo Social), de 8 de febrero de 2017 (RJ 2017/886).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2038/2016 (Sala de lo Social), de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016/273368).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 2128/2016 (Sala de lo Social), de 11 de octubre de 2016 (RJ 2016/242360).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 350/2016 (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2016 (RJ 2016/1172).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 146/2016 (Sala de lo Social), de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016/269).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 14/2016 (Sala de lo Social), de 22 de enero de 2016 (RJ 2016/576).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4668/2015 (Sala de lo Social), de 9 de septiembre de 2015 (RJ 2015/1964).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 1495/2015 (Sala de lo Social), de 3 de junio de 2015 (RJ 2015/12595).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2185/2015 (Sala de lo Social), de 17 de abril de 2015 (RJ 2015/1111).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 757/2015 (Sala de lo Social), de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015/143788).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 2815/2014 (Sala de lo Social), de 30 de diciembre de 2014 (RJ 2015/30471).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4376/2014 (Sala de lo Social), de 17 de setiembre de 2014 (RJ 2014/2693).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid 536/2014 (Sala de lo Social), de 23 de junio de 2014 (RJ 2014/2576).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 14 de mayo de 2014 (RJ 2014/3864).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 919/2014 (Sala de lo Social), de 25 de abril de 2014 (RJ 2014/178826).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 16 de noviembre de 2013 (RJ 2013/347).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 5064/2013 (Sala de lo Social), de 8 de noviembre de 2013 (RJ 2014/100).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 1484/2013 (Sala de lo Social), de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013/333863).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4748/2013 (Sala de lo Social), de 4 de julio de 2013 (RJ 2013/340448).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 1333/2013 (Sala de lo Social), de 14 de junio de 2013 (RJ 2013/245751).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 44/2013 (Sala de lo Social), de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013/246).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad de Madrid 953/2012 (Sala de lo Social), de 18 de octubre de 2012 (RJ 2013/435).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 15 de mayo de 2012 (RJ 2012/651).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 2 de abril de 2012 (RJ 2012/4780).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid 66/2012 (Sala de lo Social), de 27 de enero de 2012 (RJ 2012/117586).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 3107/2011 (Sala de lo Social), de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2011/3035).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 19 de septiembre de 2011 (RJ 2012/687).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3155/2011 (Sala de lo Social), de 5 mayo de 2011 (RJ 2011/1775).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid 562/2010 (Sala de lo Social), 13 de septiembre de 2010 (RJ 2010/369000).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 19 de julio de 2010 (RJ 2010/7126).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 129/2010 (Sala de lo Social), de 02 de mayo de 2010 (RJ 2010/214917).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias 1409/2008 (Sala de lo Social), de 27 de octubre de 2008 (RJ 2009/49887).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2207/2007 (Sala de lo Social), de 20 de marzo de 2007 (RJ 2007/2387).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 12 de julio de 2006 (RJ 2006/6309).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 2158/2005 (Sala de lo Social), de 19 de diciembre de 2005 (RJ 2005/3375).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 11 de noviembre de 2004 (RJ 2005/4147).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8010).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 254/2002 (Sala de lo Social), de 15 de octubre de 2002 (RJ 2002/3243).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), de 8 de junio de 2001 (RJ 2001/3835).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 20 de junio de 2000 (RJ 2000/7172).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), de 5 de julio de 1999 (RJ 1999/3033).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social), de 5 de diciembre de 1997 (RJ 1997/4044).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 1992 (RTC 1992/30).

Sentencia del Tribunal Supremo 1405/1989 (Sala de lo Social), de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9254).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 20 de marzo de 1989 (RJ 1989/1886).

Anexo 3: Legislación

España. Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. (BOE [en línea], núm. 189, 08-08-1985, pág. 25119).

< <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-16660> > [Consulta: 27 de abril de 2019].

España. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. (BOE [en línea], núm. 269, 10-11-1995, pág. 32590).

< <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292> > [Consulta: 28 abril de 2019].

España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. (BOE [en línea], núm. 245, 11-10-2011, pág. 106584).

< <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936> > [Consulta: 29 de abril y 10 de mayo de 2019].

España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE [en línea], núm. 255, 24-10-2015, pág. 100224).

< <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430&p=20151024&tn=2> > [Consulta: marzo, abril y mayo de 2019].

España. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (BOE [en línea], núm. 261, 31-10-2015, pág. 103291).

< <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724> > [Consulta: 11 de abril de 2019].