



Trabajo Fin de Grado

"LA TEORÍA DE LA GRADUACIÓN DE LAS
SANCIÓN EN RELACIÓN CON LAS CAUSAS
LEGALES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO
(ARTICULO 54.2 ET)".

LAURA VELASCO MUÑOZ

DIRECTOR: D. MANUEL ALVAREZ ALCOLEA.

FACULTAD DE DERECHO ZARAGOZA
CURSO 2014-2015.

0.- INDICE:

1.- INTRODUCCIÓN:	PÁG. 2-4.
2.- ASPECTOS GENERALES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO:	
2.1.- VINCULACIÓN DEL TRABAJADOR CON EL EMPRESARIO EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL:.....	PÁG. 5-7.
2.2.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESPIDO DISCIPLINARIO:	PÁG. 7-10.
2.3.- ELEMENTOS DE GRAVEDAD Y CULPABILIDAD COMO REQUISITOS EXIGIBLES EN EL INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR:	PAG. 10-14.
3.- LA IMPORTANCIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS:	PÁG. 14-15.
4.- LAS CAUSAS TIPIFICADAS QUE MOTIVAN LA IMPOSICIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO:	
A) LAS FALTAS REITERADAS E INJUSTIFICADAS DE ASISTENCIA O PUNTUALIDAD AL TRABAJO:	PÁG. 15-18.
B) LA INDISCIPLINA O DESOBEDIENCIA E EL TRABAJO:	PÁG. 19-23.
C) LAS OFENSAS VERBALES O FÍSICAS AL EMPRESARIO O A LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN LA EMPRESA O A LOS FAMILIARES QUE CONVIVAN CON ELLOS:	PÁG. 23-26.
D) LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL ASÍ COMO EL ABUSO DE CONFIANZA EN EL DESEMPEÑO DEL TRABAJO:	PÁG. 26-27.
E) LA DISMINUCIÓN CONTINUADA Y VOLUNTARIA EN EL RENDIMIENTO DE TRABAJO NORMAL O PACTADO:	PÁG. 27-29.
F) LA EMBRIAGUEZ HABITUAL O TOXICOMANÍA SI REPERCUTEN NEGATIVAMENTE EN EL TRABAJO:	PÁG. 29-31.
G) EL ACOSO POR RAZÓN DE ORIGEN RACIAL O ÉTNICO, RELIGIÓN O CONVICCIONES, DISCAPACIDAD, EDAD U ORIENTACIÓN SEXUAL Y EL ACOSO SEXUAL O POR RAZÓN DE SEXO AL EMPRESARIO O A LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN LA EMPRESA:	PÁG. 31-32.
5.- VALORACIÓN FINAL:	PÁG. 33-35.
6.- BIBLIOGRAFÍA:	PÁG. 36-37.

TEORÍA DE LA GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES EN RELACIÓN CON LAS CAUSAS LEGALES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO (ARTÍCULO 54.2 ET)

1.- INTRODUCCIÓN:

La doctrina o teoría gradualista surge como reacción ante los excesos del poder disciplinario del empresario y de su facultad, legalmente reconocida, de imponer sanciones que, en ocasiones, se imponen de manera arbitraria y desproporcionada. Dicha teoría se configura como una garantía del trabajador, a través de la cual se fijan unos parámetros, estableciendo la necesaria aplicación de una ponderación entre los elementos objetivos y subjetivos del supuesto fáctico en cuestión, con el objeto de analizar si la consecuencia aplicada por el empresario, ante un incumplimiento contractual del trabajador, en base a su facultad o potestad sancionadora, es ajustada o no a los hechos cometidos por el trabajador, es decir, si la sanción aplicada es desproporcionada o no en relación con la infracción cometida.

El empresario puede "sacarse de encima" a un trabajador mediante el despido disciplinario o a través de otras figuras jurídicas similares, de tal manera que el empresario puede utilizar de manera errónea o intencionada la institución del despido para echar al trabajador. Esto se hace imputándole faltas que el trabajador nunca ha cometido o graduando una falta leve en una muy grave, estableciéndole a ésta la sanción máxima.

Según la teoría gradualista, no a toda falta puede imponerse la calificación de muy grave, sino que debe realizarse una valoración de las circunstancias que concurren en el supuesto en cuestión a través de una tarea individualizadora. La teoría gradualista es expresión del principio de proporcionalidad que debe existir entre la infracción del trabajador y la sanción impuesta por el empresario, por ello, dicha teoría y este principio van de la mano a la hora de graduar las infracciones y sus correlativas sanciones, principio de proporcionalidad que se configura como uno de los elementos o pilares principales de otras ramas del Derecho, como puede ser del Derecho Penal o del Derecho Administrativo.

La valoración de las faltas será siempre revisable por los Juzgados y Tribunales, pues según el Artículo 58.2 ET: *"La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente"*, por tanto, un exceso en la calificación de la falta, teniendo en cuenta las circunstancias singulares, como puede ser la ausencia de intencionalidad, la falta de información empresarial, el error, la justificación de la falta... evidencian la mala fe por parte de la empresa y, en consecuencia, procede la calificación del despido como improcedente. En consecuencia, se extrae de dicho precepto legal que "la última palabra" la tienen los Juzgados y Tribunales del orden social, los cuales podrán imponer una sanción diferente si estiman que, a partir del análisis de los elementos objetivos y subjetivos del caso concreto, la consecuencia aplicada por el empresario es excesiva e incluso otorgarán la posibilidad al empresario para que imponga otro tipo de sanción que resulte más adecuada (Art. 115.1. c) LPL). En consecuencia, se puede deducir que ello se configura como otra garantía de protección de los derechos del trabajador, pues, la gran mayoría de las veces, el trabajador es la parte de la relación jurídica más débil y desprotegida.

Desde antaño, los Juzgados y Tribunales han venido aplicando dicha teoría gradualista contra los excesos empresariales. A este respecto cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo: STS 8598/1988 de 17 de noviembre de 1988, estableciendo que: *"Con arreglo a esta teoría (gradualista) es obligado el examen individualizado de cada caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de existencia de provocación previa,... de tal manera que sólo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido, que es también la más grave prevista en la escala de las que pueden ser impuestas por la comisión de faltas en el trabajo"*.

Dicha teoría obedece a la idea de que cuando el empleador se dispone sancionar a un empleado debe observar un grado de proporcionalidad entre los hechos acaecidos, examinando la gravedad de los mismos y las circunstancias que rodean al incumplimiento del trabajador, con la escala de sanciones que ofrece nuestra normativa laboral de aplicación. De modo que a menor incumplimiento o menor gravedad del mismo, sanción más leve a imponer.

La teoría gradualista es y ha sido uno de los mayores debates de la parcela práctica del Derecho del Trabajo. No exenta de críticas, detractores y admiradores, se presenta como un debate necesario en el ejercicio del poder disciplinario ejecutado por el empresario. Pues no en vano, no todo incumplimiento puede merecer el mismo reproche, ya que no se respetaría la ecuanimidad mínima exigible derivada del comportamiento humano en la figura del trabajador en el momento de ser sancionado.

En relación con la doctrina gradualista y la exigencia de realización de una tarea individualizadora por su juzgador (empresario y, en último caso, los Juzgados y Tribunales) de los elementos objetivos y subjetivos del hecho en cuestión, cabe decir que supuestos fácticos similares pueden o no tener la misma consecuencia jurídica, pues a la hora de analizar la gravedad de la conducta enjuiciada, determinados elementos o circunstancias pueden atenuar o agravar la misma. Por ello, resulta difícil encontrar una identidad fáctica entre varios supuestos pues, aunque en una primera consideración pudieran parecer iguales, un examen más detenido muestra que se producen también elementos circunstanciales de diferenciación. Por tanto, para llevar a cabo esta tarea individualizadora, valorando tanto los elementos concurrentes como los agentes externos del hecho enjuiciado, hay que realizar lo que la doctrina jurídica denomina "juicios empíricos de valoración de la conducta humana" y, en consecuencia, no se podría apelar a la unificación de doctrina para la resolución de cada caso concreto porque *"en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general lo uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación"* (STS 4546/1997, de 5 de Noviembre de 1998). Así, en la misma tesitura, la STS 801/2006, de 26 de Abril de 2007 con cita de la STS 5165/2004, de 8 de Junio de 2006 establece que: *"esa exigencia legal de igualdad sustancial de los hechos (Art. 217 LPL) restringe acusadamente la viabilidad del recurso de unificación de doctrina en aquellos tipos de*

controversias como los despidos, en que la decisión judicial se sustenta en una valoración individualizada de las circunstancias de hecho, dada la dificultad que supone encontrar términos homogéneos de comparación. Más concretamente, en relación con los despidos disciplinarios, la Sala ha declarado que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el Art. 54 ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables que normalmente no permiten la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico, pues para llegar a la conclusión de que un incumplimiento contractual es grave y culpable se debe, como regla, valorar todas las circunstancias concurrentes no sólo en lo afectante al hecho cometido, sino también a lo relativo a la conducta y persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece".

2.- ASPECTOS GENERALES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO:

2.1.- VINCULACIÓN DEL TRABAJADOR CON EL EMPRESARIO EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL:

El trabajador y el empresario se encuentran vinculados por un contrato de trabajo, del que se derivan obligaciones recíprocas, obligaciones que se establecen en el momento de la celebración del acto jurídico, pero tales obligaciones son de trato sucesivo, pues serán configuradas a lo largo de la vida laboral.

El trabajador, una vez celebrado el contrato de trabajo, ingresa dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, así se desprende del Art. 1.1 ET y, por tanto, dicha relación jurídica será de carácter dependiente, dependencia entendida ésta como el ingreso del trabajador en un ámbito organicista, rector y disciplinario. En consecuencia, en el desarrollo de la relación de trabajo, se configuran como deberes laborales básicos del trabajador los de cumplir tanto "*con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de buena fe y diligencia*" (Art. 5.a) ET), como "*las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*" (Art. 5. c) ET); igualmente están configuradas estatutariamente como obligaciones del trabajador la de "*realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue*" (Art. 20.1 ET), debiendo "*al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe*" (Art. 20.2 ET), proclamándose, de forma indirecta, el correlativo derecho del empresario, con la exclusiva finalidad de verificar el cumplimiento de tales deberes y obligaciones laborales, a poder "*adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control...*" (Art. 20.3 ET).

Por tanto, se tipifican legalmente tanto las obligaciones básicas a cumplir por el trabajador en el curso de la relación laboral, como las facultades del empresario de establecer órdenes o instrucciones al trabajador, con el objeto de encomendar tareas, pero siempre dentro de su ejercicio regular, como la de ejercer un cierto grado de control sobre las mismas y, correlativamente, la facultad de imponer sanciones ante los posibles incumplimientos contractuales del trabajador. Igualmente la norma estatutaria regula las facultades o potestades empresariales sancionadoras, ateniéndose a la tipificación y graduación legal o convencional de

las correspondientes faltas y sanciones, pues según el Art. 58. 1 ET: "*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*", la que podrá ejercitarse exclusivamente dentro de los plazos de prescripción legalmente establecidos, pues "*las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días; y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido*" (Art. 60.2 ET), ajustándose a los procedimientos legal o convencionalmente previstos (Art. 55.1 ET y Arts. 108.1 y 114.2 LPL).

Importante decir que estas facultades empresariales están sujetas al control judicial, pues "la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente" (Art. 58. 2 ET), que afecta incluso a su graduación, ya que cuando la falta cometida no haya sido adecuadamente calificada "*el Juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta*" (Art. 115.1.c) LPL), debiendo ser instado ante los Tribunales dentro de los plazos de caducidad que para el ejercicio de las acciones de este tipo se han fijado legalmente, caducidad que se fija en veinte días a contar a partir del día siguiente de la producción del incumplimiento.

Una vez analizada la vinculación laboral que une al empresario con su trabajador, así como los deberes básicos del trabajador como los derechos del empresario, ambos surgidos por la celebración de un contrato laboral, cabe hablar de la interrupción o extinción de dicha vinculación jurídica puede verse producida de conformidad con los procedimientos legales previstos, interrupción que se concede a ambas partes de la relación laboral. Si la libre voluntad de las partes es condición *sine qua non* para el nacimiento de una relación laboral (pues, como he dicho anteriormente, las obligaciones que se desprenden del contrato de trabajo son de trato sucesivo), la ausencia sobrevenida de dicha voluntad debe de impedir la continuidad de la relación. Por ello, el régimen jurídico extintivo previsto por la regulación estatutaria admite la finalización del contrato de trabajo por mutuo acuerdo. No obstante, tal grado de consenso será complicado alcanzar en los supuestos en que la voluntad extintiva corresponde únicamente a una de las partes de la relación laboral. Si la voluntad extintiva la ejerce el trabajador, éste lo hará en base al principio de libertad personal pues el compromiso laboral es estrictamente personal puesto que únicamente a éste, en persona, corresponde ejecutar la prestación laboral comprometida. La pérdida del deseo de continuar la relación laboral, que puede sobrevenir en cualquier momento, debe determinar también la finalización de ésta.

Cuando la decisión unilateral corresponde al empresario, la posibilidad de recurrir al principio de libertad personal queda sustancialmente reducida, por lo que el régimen jurídico de la extinción de la relación laboral por decisión unilateral del empresario debe de responder a otros principios (ej. principio de estabilidad en el empleo). La aplicación de las normas de Derecho Común hace de la extinción del contrato por voluntad del empresario una institución causal, condicionando la eficacia de ésta a la concurrencia de una circunstancia obstativa a la continuación del contrato que dé fundamento jurídico a la voluntad resolutoria del empresario. Consecuentemente, cuando dicha decisión obedezca a la mera discreción de éste, el ordenamiento debe reaccionar contra la voluntad del empresario siempre y cuando dicha voluntad adolezca de carácter abusivo con el objeto de proteger a la parte más "débil" de la relación jurídica, que es el trabajador.

Ante la necesidad de proteger la posición del trabajador, el ordenamiento jurídico limita formal y materialmente las posibilidad de afectar lícitamente la estabilidad de la relación laboral; límites entre los que el Tribunal Constitucional destaca la necesidad de someter la decisión empresarial a un control de causalidad, exigencia que hace derivar directamente del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo (Art. 35 CE). En palabras del Tribunal Constitucional: *"la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tutitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (Art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones el contenido de esa relación mutua"* (STC 123/1992, 98/1993, 20/1994).

La exigencia de causalidad en el despido nos remite a otros dos principios que conectan con la especial naturaleza de la relación de trabajo. La organización empresarial en la que se inserta el trabajador exige que la relación contractual se base sobre la buena fe de ambas partes. El mantenimiento de esta relación de mutua confianza se convierte en condición necesaria para la continuidad del contrato de trabajo. Pero exigir que el contrato de trabajo se desarrolle bajo el principio de buena fe supone también reconocer la inviabilidad de la relación laboral cuando el trabajador hace un uso desviado de la confianza, principio que actúa como límite del anteriormente citado. Por ello, la estabilidad en el empleo no es valor absoluto, la continuidad de la relación laboral queda condicionada por un principio tan resbaladizo como el de fiduciariedad. Pero el hecho de que la relación entre el trabajador y empresario requiera la existencia de una relación de confianza mutua, no implica el reconocimiento al empresario de una facultad resolutoria basada únicamente en la pérdida de tal elemento. La posibilidad de extinción sólo quedará abierta cuando pueda conectarse la ruptura de aquella confianza con abusos o incumplimientos imputables al trabajador. Sólo como excepción a este principio general, la finalización del contrato por la mera pérdida de la confianza empresarial queda reservada únicamente al ámbito de las relaciones laborales de carácter especial (ej. la relación laboral especial del personal de alta dirección o la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, en ambos casos, su regulación legal concede el derecho a los empresarios de dar por terminada la relación laboral sin alegar causa alguna, institución que el legislador en ambos casos denomina desestimiento).

2.2.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESPIDO DISCIPLINARIO:

El despido se configura como una institución jurídica a través de la cual se extingue el contrato de trabajo con la consecuente cesación definitiva de sus efectos jurídicos, por tanto, es una figura jurídica de carácter definitivo, tanto para las obligaciones principales como de las accesorias, salvo la excepción como de la prohibición de competencia en el caso de que se hubiera pactado. El despido, como facultad unilateral y facultativa empresarial, tiene diversas modalidades: despido disciplinario (Art. 49.1.1 y 54 ET), despido por causas objetivas legalmente procedentes (Art. 49.1.1, 52 y 53 ET), el despido colectivo (Art. 49.1.i) y 51 ET y el despido por fuerza mayor (Art. 49.1. h) ET). En este caso, nos interesa el despido disciplinario.

El despido disciplinario se conceptúa como una decisión extintiva de la relación laboral de carácter unilateral del empresario, despido que deberá sustentarse en una de las causas del Art. 54.2 ET, que deberá tener su

origen en un incumplimiento de lo convenido con el empresario, de carácter grave e imputable a la persona del trabajador. Como resolución contractual, la decisión de despedir corresponde al empresario y, por tanto, no opera de manera automática. Constatada la causa habilitante, el empresario podrá o no hacer uso de la facultad que le reconoce el ordenamiento jurídico pues, como cabe deducir del Art. 58 ET: "*corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones*".

La calificación de estos despidos como disciplinarios, pone en conexión esta figura con el ejercicio de los poderes de dirección y control de la actividad laboral reconocidos al empresario por el Art. 20 ET y, en concreto, con el ejercicio de las facultades punitivas que el Art. 58 ET reconoce al empresario, ya que el trabajador, cuando se vincula con un empresario mediante una relación laboral, éste ingresa en el ámbito organicista, rector y disciplinario de aquél (Art. 1.1 ET) y, por tanto, quedará sometido a las exigencias de su empresario quedando en sus manos la facultad de sancionar todos aquellos incumplimientos, en base a una causa legal, justa y proporcional a la infracción cometida.

La facultad extintiva que reconoce el ET en su Art. 54 también puede conectarse con las previsiones contenidas en el Art. 1124 Cc, para quien, con carácter general, la facultad de resolver las obligaciones contractuales se entiende implícita, cuando uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Así parece también haberlo entendido la jurisprudencia al afirmar que "*aunque ciertamente el despido disciplinario es una extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario, esta decisión es una decisión causal, precedida de un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador, de tal manera que el despido viene a considerarse como un supuesto específico de la condición resolutoria prevista en el Art. 1124 Cc, para las obligaciones reciprocas, así pues, en el supuesto de despido disciplinario, no puede decirse que exista una renuncia libre al contrato, pues junto al ejercicio de la facultad disciplinaria que el mismo implica, se ha dado un previo incumplimiento del contrato por parte del trabajador*".

Además, cabe decir que el incumplimiento que determina la decisión empresarial debe producirse en el ámbito de la relación de trabajo puesto que el empresario no puede ejercer su poder disciplinario por hechos que pertenecen a la vida privada del trabajador. Sin embargo, no puede deducirse que la actuación del trabajador deba tener lugar durante el horario de trabajo, pues aunque la obligación principal del trabajador deba realizarse en este periodo, el contrato de trabajo puede exigir también a éste determinados comportamientos que cobran sentido una vez finalizada la jornada de trabajo, o cuando ésta se encuentra suspendida (ej. exclusividad, prohibición de concurrencia, incapacidad temporal,...). Excepcionalmente, determinadas conductas pertenecientes al ámbito privado del trabajador, y siempre que afecten a la adecuada ejecución de la prestación laboral, pueden justificar la decisión del empresario.

En cuanto al régimen jurídico, en la actualidad, el marco legal vigente queda sometido al cumplimiento de las normas de Derecho Internacional y Comunitario. Hay que recordar que los Tratados Internacionales, tanto unilaterales y multilaterales, como la normativa comunitaria, según el principio de jerarquía normativa, se encontrarían entre la Constitución española, entendida ésta como la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, y las normas legales y reglamentarias. En cuanto a la Constitución, hay que destacar

el Art. 35, que contempla el derecho al trabajo de todos los españoles; el Art. 37, que garantiza el derecho a la negociación colectiva y reconoce la fuerza vinculante de los convenios colectivos; y el Art. 38 que reconoce el principio de libertad empresarial anteriormente mencionado.

En cuanto a la normativa comunitaria, hay que destacar el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo número 158, ratificado por España el 18 de Febrero de 1985, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. El Art. 4 de dicho Convenio exige al empresario justificar su decisión con base a causa relacionada con las conductas del trabajador o con el funcionamiento de la empresa. Los preceptos consecutivos enumeran una serie de situaciones que en ningún supuesto podrán servir como conducta habilitante para fundamentar su decisión extintiva, entre las que cabe mencionar las relacionadas con la actividad sindical o representativa del trabajador, con la prestación de reclamaciones judiciales o administrativas o con las ausencias por maternidad, accidente o enfermedad y todas aquellas que pueden constituir discriminaciones por motivo de raza, color, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, embarazo, religión, opiniones políticas, nacionalidad y origen social.

Por otra parte, el Art. 7 del mismo texto legal exige que a los Estados la fijación de procedimientos que permitan al trabajador, antes de que la relación de trabajo sea dada por terminada, formular cuantas alegaciones considere necesarias en defensa de las imputaciones realizadas contra él, lo que supone la obligación empresarial de poner en conocimiento del trabajador los hechos que determinan la decisión extintiva.

Finalmente, el Art. 8 impone a los ordenamientos jurídicos de los Estados la obligación de poner a disposición del trabajador los recursos precisos que permitan la revisión de la decisión empresarial por los tribunales judiciales o arbitrales competentes, incumbiendo al empresario la carga de probar la veracidad de las causas justificativas alegadas.

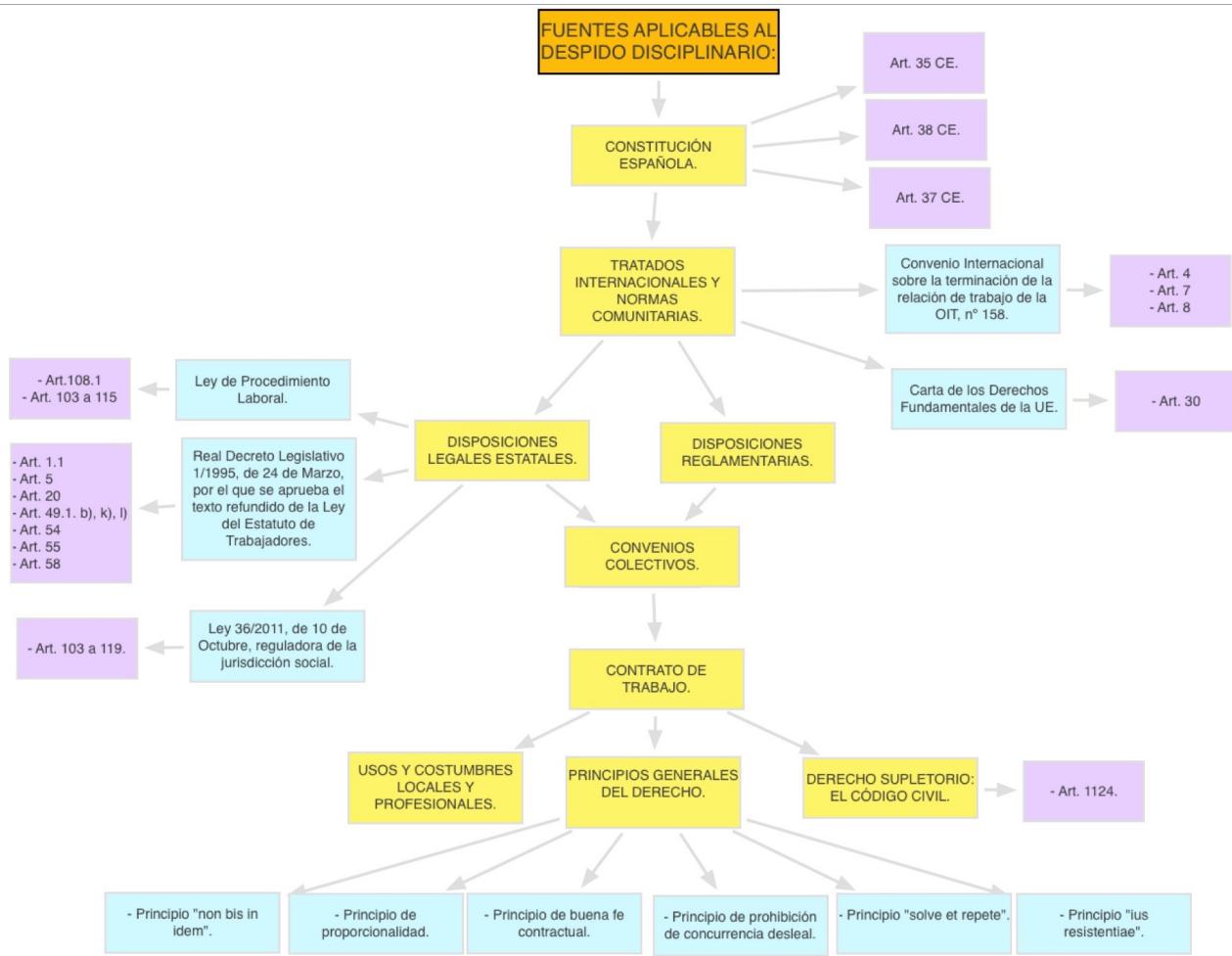
Además, cabe mencionar el Art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el cual reconoce el derecho de los trabajadores europeos a la "*protección en caso de despidos injustificados*", con lo que consagra como principio general del Derecho Social Comunitario la causalidad del despido.

Por lo que respecta a la regulación estatal, el Estatuto de los Trabajadores emplea los Art. 49 a 58 en la regulación de la extinción de trabajo, de los cuales corresponden al despido disciplinario los ART. 54, 55 y 58 inclusive, incluyendo el concepto, las causas habilitantes, el procedimiento y los efectos del despido.

Asimismo, no cabe obviar la Ley de Procedimiento Laboral, pues resulta de aplicación en dicha materia los Art. 103 a 113 y 116 a 124, así como el Art. 138 se ocupa de establecer los cauces procesales precisos para atender las correspondientes reclamaciones en supuestos de despido.

También destacar la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos, los cuales nos servirán para concretar la tipificación concreta de las faltas, desde el punto de vista de su reiteración así como de su correlativa sanción. Posteriormente, deberemos atender al contrato de trabajo (voluntad de las partes), pues en él se plasman todos los elementos o aspectos que concretan el contenido de la prestación de trabajo. Y, por último, deberemos atender a los usos, costumbres, principios generales del derecho y al derecho supletorio.

Señalar, que la jurisprudencia y la doctrina jurídica son instrumentos muy útiles pues, aunque no son fuentes legales del Derecho, constituyen importantes elementos de interpretación de la normativa aplicable.



2.3- ELEMENTOS DE GRAVEDAD Y CULPABILIDAD COMO REQUISITOS EXIGIBLES EN EL INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR:

Antes de proceder al análisis de cada causa legal que fundamenta el despido disciplinario, debemos examinar las notas exigibles para proceder al mismo, de gravedad y culpabilidad, pues, como dice el Artículo 54.1 ET: *"El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante el despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador"*.

En primer lugar, debemos examinar si en el supuesto fáctico en concreto concurre el elemento o requisito de culpabilidad, pues si el mismo no queda constatado o probado, ya no sería necesario o relevante proceder al examen del elemento o requisito de gravedad, pues la culpabilidad se manifiesta a través de actos realizados *"a título de dolo o negligencia inexcusable, siendo por ello excluibles todos los casos en los que falte el conjunto de condiciones psíquicas que constituyen el presupuesto de la imputabilidad, o sea, la capacidad de entendimiento y la libertad de acción"*, siendo también evaluable si la reacción del autor se produce en respuesta a una provocación suficiente, o el autor se encontraba en situación de extrema tensión, situaciones que podrían explicar la reacción del autor (STS de 11 de Mayo de 1990). Por tanto, la culpabilidad no solo se refleja ante una conducta dolosa del trabajador sino también ante una conducta negligente del mismo,

siempre y cuando dicha negligencia sea grave e inexcusable, debiendo valorarse la trascendencia y la gravedad de las mismas, así como sus consecuencias (STS de 30 de Abril de 1991).

En cuanto a la culpabilidad, debemos decir que las conductas infractoras deberán ser imputables al trabajador, pues el despido no podrá fundamentarse en incumplimientos en que la voluntad, dolosa o negligente, de éste no se haga presente. El despido debe ser una respuesta empresarial a conductas atribuibles al trabajador; en ningún supuesto puede soportarse en hechos protagonizados por otras personas, por más que éstas pertenezcan al círculo íntimo del trabajador ya que, de ser así, constituiría una presunción contraria a la de inocencia que goza el interesado, aplicable al igual que en el Derecho Penal, del que es una ramificación la materia disciplinaria laboral (STSJ del País Vasco, de 11 de Febrero de 1992).

No obstante, hay que tener en cuenta que la nota de culpabilidad del incumplimiento contractual debe concurrir acumulativamente con la de gravedad.

La negligencia se agrava especialmente, cuando el trabajador afectado tiene una especial cualificación profesional, imponiéndose pues una diligencia exigible con mayor rigor de acuerdo con la responsabilidad de su cargo desempeñado y confianza depositada en quien los ocupa (STSJ de Madrid 8 de Febrero de 2000). Así, por ejemplo, es causa de despido disciplinario la conducta de un técnico profesional operativo, al que se le encarga inspeccionar un inmueble para detectar una fuga de gas de la que se había dado aviso telefónico por los vecinos y que omite inspeccionar una parte de la instalación, dada que no obró "según la diligencia mínima adecuada a la calificación profesional del actor y que, por tanto, le era exigible" (STSJ Cataluña de 21 de Noviembre de 1994).

No obstante, no cualquier defecto en la prestación de trabajo puede calificarse como incumplimiento del deber de diligencia susceptible de justificar la sanción por despido, sino solamente aquellos que por la reiteración de la conducta negligente o dolosa, o por los elementos de cualificación vinculados normalmente al resultado de una imprudencia inexcusable revistan una especial gravedad (STS de 28 de Junio de 1988, STSJ Cantabria de 20 de Agosto de 2001).

La exigencia de culpabilidad deja fuera del supuesto regulado en el art. 54 ET los casos en que la voluntad del trabajador puede estar mediatizada por casos de enfermedad mental, pues el incumplimiento contractual ha de ser enjuiciado no sólo atendiendo al elemento objetivo sino valorando al mismo tiempo las circunstancias personales y subjetivas que concurren en su comisión. En concreto, la jurisprudencia niega la culpabilidad del autor de episodios violentos bajo situaciones de "inestabilidad depresiva", "crisis de ansiedad" y "deficiencia psíquica" (STS de 14 de Octubre de 1987), *"pues es sabido que los procesos depresivos que meran los impulsos e intereses vitales se traducen en una incapacidad para la comunicación, recluyendo a quien lo padece en un hermetismo que crea desconfianza frente a los otros, y que frecuentemente desencadena episodios de violenta agresividad y a los que su autor se ve abocado más por su patología que en ejercicio de su libertad"* (STS de 10 de Diciembre de 1991). Aunque la jurisprudencia no se muestra unánime en situaciones similares, en algunos supuestos el hecho de que el trabajador no haya sido declarado judicialmente inhábil sirve de justificación para declarar la adecuación a derecho del despido, pero

debe tenerse en cuenta que el empresario siempre podrá rescindir el contrato de trabajo por causas objetivas, instando la declaración de incapacidad permanente del trabajador, pues el propio Estatuto de los Trabajadores previene la extinción de la relación laboral por razones que no siendo imputables al trabajador le tornan inepto para el desempeño de su trabajo.

Comprobada la culpabilidad del trabajador, resta conocer si la conducta imputable al mismo resulta suficientemente grave. El despido, siendo considerado la sanción más grave en el Derecho del Trabajo, obliga a interpretar las previsiones del Art. 54 ET de manera restrictiva, debiendo reservarse para los supuestos más graves. Por ello, debe tenerse presente la posibilidad de imponer sanciones menores frente a incumplimientos contractuales de menor gravedad. La lectura restrictiva de las previsiones contenidas en el Art. 54 ET se refuerza con los paralelismos que nuestra jurisprudencia ha realizado entre el Derecho Penal y el ordenamiento jurídico disciplinario laboral, que consideran a este último una modalidad de aquél, obligando al órgano juzgador a tener en cuenta los principios generales que informan el ordenamiento penal; entre otros, el de la interpretación favorable al trabajador sancionado (STS de 4 de Octubre de 1983).

Por otra parte, no puede perderse de vista que por tratarse de un poder sancionador privado, su ejercicio no queda sometido a exigencias tan estrictas como las que derivan del reconocimiento de los principios de tipicidad y de legalidad que se desprenden del Art. 25 CE.

No obstante, el concepto de gravedad a la hora de determinar si ésta es suficiente, es un concepto jurídico indeterminado cuya determinación es culminada generalmente por los convenios colectivos; sin embargo, se dan casos en lo que ello no es posible, por tanto, imprescindiblemente, la naturaleza sancionatoria del despido exige una adecuada relación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano, que permita afirmar la proporcionalidad de la medida con relación a la gravedad de la conducta incumplidora. Pero en esta relación, el elemento subjetivo cobra un valor central, por ello, resultará tremadamente complicado encontrar dos supuestos similares, por más que la negociación colectiva pueda establecer una tipificación más o menos completa de faltas y sanciones en un ámbito determinado.

Por tanto, en cada supuesto, la valoración particularizada de los hechos que motivan la decisión empresarial, debe realizarse ponderando todos los aspectos concurrentes, tanto los de carácter subjetivo como objetivo, teniendo en cuenta los antecedentes y las circunstancias coetáneas de una relación laboral que se ha desarrollado durante un periodo temporal determinado, partiendo de la idea cardinal de que el contrato de trabajo sujeta a las partes al mutuo deber de acomodar su comportamiento a las exigencias derivadas del principio único de buena fe, que es el elemento normativo delimitador del contenido obligacional derivado del contrato de trabajo y que impone una conducta arreglada a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro, conforme evidencian los Art. 5.a) y 20.2 ET.

Otros elementos de valoración que tienen en cuenta los Juzgados y Tribunales son, por ejemplo, la antigüedad del trabajador, el perjuicio económico sufrido en la empresa imputable a la conducta del trabajador, la reiteración de las conductas, la existencia de otras sanciones anteriores por los mismos hechos

o por otros distintos, sin perder de vista que la tolerancia no engendra derecho, pero también decir que no queda justificada la sanción de despido apoyado en actos realizados en el clima de tolerancia y dentro del margen de la misma (STS de 24 de Septiembre de 1990).

No obstante, no sólo deben tenerse en cuenta estos dos elementos, pues debe de realizarse una valoración completa, teniendo en cuenta los elementos subjetivos y los elementos objetivos del relato fáctico en cuestión. Así, la STS de 2 de abril de 1992 indica que *"las infracciones que tipifica el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, para erigirse en causa que justifiquen sanción por despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado art. 54.2, si bien manifiestan un incumplimiento contractual, no denotan abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente"*.

En consecuencia, para considerar que la gravedad del incumplimiento contractual justifica la decisión extintiva del empresario, debe atenderse no solo al dato objetivo del incumplimiento producido, sino también a las circunstancias en que se produzca, el ámbito o medio de trabajo, el puesto de trabajo y la cualificación, profesión u oficio del afectado, conforme a la teoría gradualista. Como he mencionado anteriormente, esta teoría consiste en la búsqueda de la necesaria proporción ante la infracción y la sanción, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, para valorar la gravedad de la conducta sancionada con el despido, así como otras circunstancias que permiten matizar el enjuiciamiento, como la antigüedad del trabajador en la empresa, conducta anterior del mismo y sanciones anteriores, perjuicio económico o de otra índole producido, etc. pues solo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción.

También hay que tener en cuenta que, en algunos casos, la descripción legal de la conducta sancionable mediante el despido exige que concurran determinadas circunstancias agravantes, como puede ser la reiteración (así, por ejemplo, en el caso de las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo), la continuidad (así, por ejemplo, en el caso de la disminución en el rendimiento) o la habitualidad (así, por ejemplo, en el caso de la embriaguez que repercute negativamente en el trabajo).

A modo de ejemplo, se entendió excesiva la imposición de la sanción de despido no dándose los requisitos de gravedad y culpabilidad:

- Cuando la responsabilidad del trabajador estaba condicionada por padecer oligofrenia o fuertes depresiones (STS de 14 de Octubre de 1987, STSJ de Cataluña de 10 de Mayo de 2007).
- Cuando retiene indebidamente en su poder 270 euros de una factura, pero no los devuelve antes de tener conocimiento que estaba despedido (ST SJ de Castilla-La Mancha de 11 de Diciembre de 2012).

- Ausentarse 20 minutos para participar en una concentración delante del hospital (STSJ Castilla-La Mancha de 25 de Septiembre de 2012).

Por el contrario, se considera insuficiente para minorar la sanción salvo en supuestos límite, las características de la personalidad (ej. carácter fuerte, bipolaridad, persona tendente a comportamientos agresivos,...), no siendo consideradas exculpatorias porque si no impiden al trabajador desarrollar normalmente sus funciones, ni ostentar los derechos que para él se derivan del contrato de trabajo, mal pueden servirle para eximirse de las obligaciones derivadas del mismo contrato de trabajo (STS 27 de Octubre de 1987). Así, por ejemplo, se dan los requisitos de gravedad y culpabilidad:

- La remisión , a pesar del estado psíquico de una trabajadora en baja y con medicación psiquiátrica, a toda la plantilla de un correo electrónico a altas horas de la mañana con críticas e imputaciones a su superior jerárquico (STSJ de Madrid de 9 de Julio de 2007).
- Llevarse el dinero percibido a su domicilio, no estando autorizada para ello, reintegrándolo sólo cuando se le pide por parte de la empresa (STSJ de Las Palmas de 29 de Junio de 2012).
- La conducta del trabajador de decidir unilateralmente el periodo de disfrute de las vacaciones, ausentándose del trabajo sin previo acuerdo con la empresa (STSJ de Asturias de 2 de Noviembre del 2012).
- Publicar en la página web un relato parcial y sesgado de una realidad percibida de forma marcadamente subjetiva con el único objeto de perjudicar, lesionar, agraviar, o deshonrar a la empleadora, en un medio de divulgación y difusión pública, de amplio espectro, cual es Internet, y en seno de una asociación profesional de trascendencia incuestionable y amplia repercusión (STSJ de Madrid de 26 de Septiembre de 2012).

3.- LA IMPORTANCIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS:

Los convenios colectivos pueden precisar esos conceptos jurídicos indeterminados, tipificando como faltas laborales muy graves, susceptibles de ser sancionadas con el despido disciplinario, tipos de conductas más precisas, que siempre han de encontrar un encaje entre las causas legales (Artículo 54.2 ET). Los cuadros de faltas laborales previstos en los convenios colectivos suelen calificar las mismas en leves, graves y muy graves, mereciendo ordinariamente las últimas la sanción por despido.

Los vacíos convencionales no impiden que las empresas acuerden el despido de un trabajador aplicando directamente esta norma. Sin embargo, hay que diferenciar los supuestos de vacío o laguna convencional, de aquellos otros en los que la voluntad de las partes negociadoras haya sido la de no sancionar una determinada conducta o la de sancionar la misma con una consecuencia de menor gravedad que el despido, en cuyo caso ha de respetarse las previsiones del convenio colectivo, de manera que no es posible legalmente aplicar la sanción de despido, por impedirlo el convenio colectivo, aunque sí hubiera sido posible si se tratase de

aplicar exclusivamente aquélla. Ante la ausencia en el cuadro de faltas laborales del convenio colectivo de una determinada conducta que pudiera ser merecedora del despido, no es fácil interpretar si estamos ante una laguna del convenio que haya de suplirse por la aplicación directa de este precepto o ante una voluntad de los negociadores de no sancionar esa conducta.

Los convenios colectivos no pueden lícitamente configurar como faltas muy graves, susceptibles de ser sancionadas mediante el despido, conductas del trabajador que no tendrían la consideración de causas de despido según las expresadas legalmente.

4.- CAUSAS TIPIFICADAS QUE MOTIVAN LA IMPOSICIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO:

A) LAS FALTAS REPETIDAS E INJUSTIFICADAS DE ASISTENCIA O PUNTUALIDAD AL TRABAJO.

Artículo 54.2.a) ET:

2. Se consideran incumplimientos contractuales:

- a) *Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.*

En este primer supuesto tipificado se contemplan dos incumplimientos: por un lado, la ausencia total y, por otro lado, la falta de puntualidad o "ausencia parcial". Ambos implican la ausencia en el puesto de trabajo durante el horario de trabajo en cumplimiento de la jornada pactada.

La falta de asistencia es la incomparecencia al trabajo durante una o varias jornadas. La falta de puntualidad no abarca la totalidad de la jornada, pero se puede producir por llegar tarde al trabajo, marcharse antes de lo debido o ausentarse injustificadamente durante la jornada. Por tanto, los parámetros esenciales a tener en cuenta en la configuración de este tipo son la jornada y el horario de trabajo (y calendario en su caso) ya que las faltas de asistencia o de puntualidad se relacionan necesariamente con el tiempo de trabajo comprometido y, principalmente, con su distribución y su cómputo. De esta forma, el TS en la sentencia de 19 de Octubre de 1990 relaciona el Art. 54.2.a) con el Art. 34.3 ET al disponer cuándo se entiende cumplido el tiempo de trabajo comprometido y, por tanto, el incumplimiento se reflejará en la falta de disponibilidad del trabajador para cumplir su deber de prestación de servicios dentro de un marco de distribución y determinación del tiempo de trabajo preestablecido por ambas partes en el contrato de trabajo.

No obstante, pueden surgir problemas respecto a aquellas formas de trabajo donde el horario de trabajo es flexible o donde lo exigido no es cumplimiento de un tiempo de trabajo comprometido sino una determinada actividad o un determinado resultado. En estos supuestos, la jurisprudencia es reiterativa en su fundamento pues afirma la *"inexistencia de la infracción disciplinaria imputable al actor recurrente, por cuanto las reales inasistencias o impuntualidades atribuidas al trabajador aparecen legitimadas en mérito a aquel específico régimen de prestación de trabajo [...] pues impide dotar de trascendencia disciplinaria a las pretendidas faltas ya que no tenía la obligación de cumplir estrictamente el horario laboral, sino de realizar el encargo o tarea que la empresa le había asignado"*.

En conclusión, este problema estaría ya solventado, pues la relación entre jornada y horario (y calendario en su caso) con las faltas de asistencia y puntualidad son más que evidentes, de tal forma que difícilmente se puede admitir la existencia de las mismas cuando de forma expresa o implícita no hay exigencia de cumplimiento del horario de trabajo.

Como caso asimilable a la falta de asistencia que debe insertarse en este apartado cabe mencionar la situación de abandono, asimilable a la dimisión tácita (Artículo 49.1.d) ET) y, para ello, se requiere una actuación por parte del trabajador tácita o expresa, clara, consciente, firme y terminante, que demuestre una clara voluntad de dar por terminada la relación contractual que le une con el empresario (STS de 3 de junio de 1988), por tanto, si queda probada que no hubo voluntad resolutoria inequívoca, prosperará el incumplimiento contractual fundamentado en una falta de asistencia para declarar el despido como procedente, siempre que tal sea reiterada e injustificada (STSJ Andalucía de 30 de Enero de 2003).

Una vez probada la culpabilidad del trabajador, debe examinarse la gravedad de los hechos en cuestión y dicho tipo exige reiteración e injustificación de las faltas.

En cuanto a la reiteración, para algunos autores, como Montoya Melgar, consideran que la consecución de dos faltas constituye reiteración suficiente para fundamentar el despido pero, para otros, como García Murcia, se remiten a la norma sectorial aplicable y finalmente, para otros como Ortiz Lallana, la reiteración constituye un concepto jurídico indeterminado por lo que para cuya precisión habrá que acudir a las previsiones reglamentarias y convencionales. No obstante, para la mayoría de la doctrina jurídica, para concretar la gravedad de las faltas deberemos atender a lo pactado en el contrato de trabajo, en su defecto, deberemos atender a las previsiones que contengan los convenios colectivos aplicables pues suelen concretar el número de ellas sobre un período de tiempo determinado. Algunos convenios suelen tomar como referencia el mes o los treinta días, tanto en la repetición de la inasistencia como de la falta de puntualidad. No obstante, la reiteración no implica más que la exigencia de comisión de una o varias faltas de puntualidad o asistencia antecedentes, que no supone sancionar la misma falta dos veces y, por tanto, no habrá concurrencia del principio "*non bis in idem*", sino una agravación de la conducta digna de tener en cuenta y que no exige que las faltas previas hayan sido sancionadas.

Gran parte de la doctrina considera que no sería de aplicación aquí teoría de las faltas continuadas, dado que el Art. 54.2 a) no parece recoger una infracción incluible dentro de esta categoría pues, se produce una infracción continuada cuando existe una pluralidad de hechos constitutivos dotados de unidad de propósito que corresponden al mismo tipo de infracción. En el caso del Art. 54.2 a) no se da tal unidad de propósito sino simplemente nos encontramos ante la reiteración de un mismo tipo de incumplimientos, además de que queda a la posibilidad de la empresa sancionar aisladamente cada incumplimiento contractual consistente en la falta de asistencia o de puntualidad.

En cuanto a la injustificación, tal elemento tiene relación con la culpabilidad del trabajador pues éstas serán justificadas si los hechos precedentes de las mismas son independientes de la voluntad del trabajador, cuando hay una realidad impeditiva de comparecencia en el trabajo (ej. consecuencias del inicio de una enfermedad). En esta línea, Ortiz Lallana afirma que la justificación de la ausencia o impuntualidad requiere la concurrencia de una causa impeditiva de la culpabilidad. A sensu contrario, son injustificadas aquellas para

las que no existe un precepto legal reglamentario o circunstancia de indudable valor, moral o social que disculpe la inasistencia o impuntualidad.

En consecuencia, los requisitos de gravedad y culpabilidad exigidos por el precepto legal han de referirse a la reiteración en el incumplimiento (gravedad) y a la injustificación de la inasistencia o de la impuntualidad (culpabilidad), además de tenerse en cuenta otras circunstancias.

Todo ello debe ponerse en relación con la mencionada "teoría de la graduación de las sanciones" la cual implica el necesario establecimiento de una adecuada proporción y correspondencia entre las conductas infractoras y sus correlativas sanciones, pues el despido debe ser la última medida "castigadora" que debería imponerse al trabajador. Por ello, debe realizarse una apreciación conjunta y valorativa de todos los elementos subjetivos y objetivos concurrentes en cada supuesto fáctico y, por tanto, el hecho infractor, la persona humana y la merecedora sanción.

En conclusión, una vez constatada la culpabilidad imputable al trabajador, la primera fuente a la que debemos acudir para concretar la gravedad de la infracción, con el objeto de poder fundamentar su sanción en el despido disciplinario y que la misma proceda como tal, son a los convenios colectivos, los cuales especifican cuándo se entiende que hay falta de asistencia o puntualidad, en este caso, como causa justa de despido disciplinario. Así, a modo divulgativo, podemos contemplar unos ejemplos de Convenios colectivos en los cuales se recogen el número de faltas, tanto de asistencia y de puntualidad, así como el período de tiempo en que se deben dar las mismas para considerarlas como faltas muy graves:

Convenio Colecctivo	Artículo	Como falta muy grave de asistencia...	Como falta muy grave de puntualidad...	Sanciones por falta muy grave
Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad, de 23 de Diciembre de 2014 (BOE-A-2015-255).	Artículos 55 y 56.	<i>"Tres o más faltas injustificadas de asistencia al trabajo en el periodo de un mes, más de seis en el periodo de cuatro meses o más de doce en el periodo de un año, siempre que hayan sido sancionadas independientemente".</i>	<i>"Más de doce faltas no justificadas de puntualidad cometidas en el periodo de seis meses o treinta en un año, aunque hayan sido sancionadas independientemente".</i>	a) <i>"Suspensión de empleo y sueldo de dieciséis días a dos meses. Inhabilitación para el ascenso durante tres años. Despido".</i> b) c)
Convenio Colectivo estatal de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, de 27 de Enero de 2014 (BOE-A-2013-9028).	Artículos 94.3 y 96. 3º.	<i>"Más de 3 faltas injustificadas de asistencia al trabajo cometidas en un plazo de 30 días".</i>	<i>"Más de 9 faltas injustificadas de puntualidad cometidas en un plazo de 30 días".</i>	<i>"Suspensión de empleo y sueldo de 15 a 30 días, con o sin apercibimiento de despido; despido".</i>

Convenio Colecctivo	Artículo	Como falta muy grave de asistencia...	Como falta muy grave de puntualidad...	Sanciones por falta muy grave
Convenio Colectivo estatal de grandes almacenes, de 8 de Abril de 2013 (BOE-A-2013-4278).	Artículos 53.1, 54.1 y .18 y 56.3º.	<i>"La ausencia al trabajo sin la debida autorización o causa justificada de más de un día al mes".</i>	<i>Artículo 53: "Se considera falta grave: 1. La suma de faltas de puntualidad en la asistencia al trabajo, cuando excede de treinta minutos en un mes".</i> <i>Artículo 54: "Se considera falta muy grave: 18. La reincidencia de falta grave, aunque sea de distinta naturaleza, siempre que se cometiera dentro de los seis meses siguientes de haberse producido la primera".</i>	<i>"Desde la suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días hasta la rescisión del contrato de trabajo en los supuestos en que la falta fuera calificada en su grado máximo".</i>
Convenio Colectivo estatal de la prensa diaria, de 18 de Septiembre de 2013 (BOE-A-10299).	Artículo 61.3 y 62.	<i>"La inasistencia injustificada al trabajo durante tres días consecutivos o cinco alternos en el periodo de un mes".</i>	<i>"La impuntualidad no justificada en la entrada o en la salida del trabajo en diez ocasiones durante seis meses o en veinte durante un año debidamente advertida".</i>	<i>"Suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días o la rescisión del contrato de trabajo con pérdida de todos sus derechos en la empresa".</i>
Convenio Colectivo estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal , de 25 de Abril de 2012 (BOE-A-2012-6592).	Artículos 59.c) y 60.	<i>"La falta de asistencia al trabajo no justificada durante más de 3 días en un periodo de 30 días".</i>	<i>"Las faltas reiteradas de puntualidad al inicio de la jornada, no justificadas, durante más de 10 días en un periodo de 30 días naturales o durante más de 30 días durante un periodo de 90 días".</i>	<i>"Suspensión de empleo y sueldo de 30 a 90 días. Despido".</i>

No obstante, habrá que atender también a los supuestos específicos, como los actos consentidos por tolerancia del empresario, y también a los casos asimilables como es la situación de abandono que, respecto a la misma, no podremos fundamentar la causa de despido si existe una voluntad expresa o tácita del trabajador de romper el nexo contractual que le une con su empresario pues, en ese caso, la relación contractual se rompería por voluntad unilateral del trabajador. Hacer hincapié en la importancia de la teoría gradualista para valorar las sanciones a imponer ante un incumplimiento grave y culpable del trabajador, pues es importante realizar un análisis individualizado, valorando conjuntamente los elementos objetivos y subjetivos del supuesto fáctico y, al mismo tiempo, hacer presente en la misma el factor humano, para que el despido sea aplicado como causa justa ante tal infracción.

B) LA INDISCIPLINA O DESOBEDIENCIA EN EL TRABAJO.

Artículo 54.2.b) ET:

2. Se consideran incumplimientos contractuales:

b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.

Con esta causa legal, el Estatuto de Trabajadores autoriza al empresario a tomar la decisión de extinguir el contrato de trabajo fundado en despido disciplinario ante el incumplimiento grave y culpable del trabajador que incurrió en indisciplina o desobediencia en el trabajo.

La sanción que contempla dicho precepto legal está ligada con el llamado "deber de obediencia" del trabajador, el cual se recoge en el Art. 5. c) ET que recoge, entre otras obligaciones del trabajador, la de "*cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*" y la de "*realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien delegue*", según contempla el Art. 20. 1 ET. Por tanto, el deber de obediencia tiene que ver con las exigencias del poder de dirección del empresario y del control de la actividad laboral por parte de éste, pues es consecuencia de la posición de subordinación o dependencia que soporta el trabajador, vinculado por la relación contractual a un empresario que en el "*ámbito de organización y dirección de su empresa*" ejerce ese poder de dirección, tal como se deduce de las notas de laboralidad del Art. 1.1 ET.

La desobediencia e indisciplina hacen referencia a dos modalidades de incumplimiento contractuales.

Conceptualmente, según la Real Academia Española, la indisciplina se define como la "*inobservancia de las leyes y/u ordenamientos de una profesión o instituto*"; y la desobediencia se define como "*el incumplimiento del precepto superior, especialmente en las órdenes regulares*". Comparando ambos conceptos, parece que el término de indisciplina tiene un marco o significado mucho más amplio ya que en dicho concepto podría quedar englobado cualquier tipo de conducta irregular del trabajador, mientras que la obediencia se identifica con el estricto cumplimiento de órdenes que recibe el trabajador del empresario.

Por indisciplina se entiende tanto la actitud de rebeldía abierta y enfrentada contra órdenes recibidas del empresario en el ejercicio regular de sus atribuciones directivas, así como el acto de incumplimiento, consciente y querido de las obligaciones laborales del trabajador. Sin embargo, la desobediencia ha de darse frente a las órdenes del superior que tenga competencia para ello, siempre y cuando dichas órdenes hayan sido dictadas de manera clara y correctas, dentro del ámbito de la empresa y en el área de sus facultades regulares.

A pesar de que trato de establecer un marco delimitador entre ambos conceptos, ambas son causas legitimadoras de despido disciplinario y, por ello, la jurisprudencia en pocas ocasiones se ha preocupado de precisar la distinción entre ambos conceptos. No obstante, hay jurisprudencia consolidada que se ocupa de este aspecto como son la STS de 28 de Diciembre de 1965 y la STS de 20 de Mayo de 1980.

De acuerdo con la jurisprudencia consolidada al respecto, "*Para que pueda sancionarse la desobediencia o indisciplina del trabajador con la sanción más grave, que es el despido disciplinario, ha de revestir las siguientes características: a) Gravedad, pues es preciso que la negativa del trabajador a obedecer sea clara y en abierta contradicción con la orden empresarial, que muestre una actitud de resistencia decidida, persistente y reiterada; b) Culpabilidad, en cuanto que ha de ser imputable directamente al trabajador, que voluntaria y conscientemente se niega a cumplir la orden empresarial; c) Trascendente, que no necesariamente ha de suponer un perjuicio material para la empresa, sino que también puede afectar al prestigio de la empresa o al interés de terceros clientes de la empresa; d) Falta de justificación, como ausencia de concurrencia de circunstancias que atemperen o atenúen la conducta del trabajador; e) En todo caso, debe de aplicarse la doctrina gradualista, lo que obliga a que se adopte la decisión atendiendo a las*

circunstancias concurrentes, individualizando el examen de la conducta para aplicar la sanción de una forma profesional y adecuada al hecho" (STSJ de Albacete, de 4 de Diciembre de 2014).

En este mismo sentido, para que la desobediencia pueda ser sancionada con el despido "ha de ser grave, culpable, trascendente o notoriamente relevante o injustificada" (STS de 4 de febrero de 1988 y de 24 de febrero de 1990); esto es, *ha de tratarse de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no encierra una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en lo que concurra una causa de justificación, pueda ser sancionado con la extinción del contrato de trabajo (STS de 23 de enero de 1991).*

La doctrina anterior determina que en principio el trabajador ha de cumplir la orden empresarial aunque la considere inadecuada, sin perjuicio de impugnarla por los medios legales precedentes, al no poder erigirse en definidor de sus propias obligaciones contractuales, únicamente puede negarse a cumplir sin incurrir en desobediencia cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso del derecho o ante contra la dignidad del propio trabajador (STS de 28 de Noviembre de 1989, 28 de Diciembre de 1989), o si la orden es claramente antijurídica (STS de 15 de Marzo de 1991), o si existe peligro grave e inminente. " (STSJ de Albacete de 4 de Diciembre de 2014).

La STS de 19 de Febrero de 1990 expresa que: "en todo caso, su valoración, a tales fines, ha de hacerse con criterio individualizador y gradualista: a) individualizador, en cuanto se ha de conocer la singularidad de cada caso, valorando las circunstancias concurrentes y sus peculiaridades con especial relevancia del factor humano o persona; y b) gradualista, porque, precisamente a través del análisis individualizado de cada caso, ha de pretenderse lograr una plena coherencia y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción".

No obstante, una misma conducta puede resultar incardinable bajo ambos vocablos, ya que toda desobediencia implica indisciplina, pero no toda indisciplina presupone una previa desobediencia.

A pesar de esta discusión dogmática, lo cierto es que estos dos conceptos serán causa de despido si se acredita su gravedad, trascendencia e injustificación. Por ello, lo que importa aquí no es calificar el supuesto en cuestión de desobediencia o indisciplina sino analizar si tal conducta es grave, culpable y reiterada para declarar la procedencia del despido.

Por indisciplina se entiende no solo la actitud de rebeldía abierta, enfrentada contra órdenes recibidas del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, sino también, el acto de incumplimiento consciente y querido de las obligaciones que el contrato de trabajo entraña para el trabajador.

La desobediencia ha de darse, por tanto, frente a las órdenes del superior, que tenga competencia para ello y han de ser claras y concretas, dentro del ámbito de la empresa y en el área de sus facultades.

El principio que se hace presente en este apartado es el principio de "*solve et repete*", el cual significa obedecer y luego reclamar. En principio, toda orden empresarial dirigida al ámbito laboral y adoptada por persona competente goza de presunción de legitimidad y ha de ser cumplida por el trabajador; si bien, esta regla general quiebra, legitimando la resistencia del trabajador (*ius resistentiae*), cuando la orden es manifiestamente irregular, implique riesgo, resulte vejatoria o constituya abuso de confianza.

La jurisprudencia parte del principio de presunción de legitimidad de las órdenes emanadas por el empresario o persona competente y su eventual incumplimiento puede ser causa potencial de despido. El fundamento último del deber de obediencia del trabajador se encuentra en que el contrato individual es un contrato de ejecución continuada o de trato sucesivo y en que las prestaciones no son determinables plenamente *ab initio* de la vida laboral, sino que deben ser concretadas a lo largo de su vigencia.

El límite de la facultad empresarial radica en que el empresario ejerza regularmente su poder de dirección, e incluso, cuando estas órdenes son improcedentes hay que obedecer primero y posteriormente reclamar ante la dirección de la empresa y, en su caso, ante la jurisdicción social. Así, el TC en la sentencia de 21 de Marzo

de 1974 expresaba que: "*no corresponde al operario determinar en cada caso si las órdenes laborales que recibe son adecuadas o no, ya que ello equivaldría erigirse en definidor de su pleno derecho, por lo que los acuerdos relativos a la organización del trabajo, emanados del empresario deben ser cumplidos, sin perjuicio del derecho que asiste al trabajador para formular la oportuna reclamación antes los organismos competentes*", y éste constituiría el fundamento jurídico del deber de obediencia.

Una vez analizados el significados de ambos conceptos, pasaré a explicar los requisitos básicos de la falta laboral en cuestión. Se debe partir de que toda desobediencia o indisciplina no conlleva aparejada la sanción máxima de despido, pues para ello debe concurrir una triple exigencia legal:

- a) Injustificación o ausencia de causa, en la medida en que el ejercicio regular del poder de dirección por parte del empresario constituya la esfera de actuación propia de la obediencia (Art. 5.c) y 20.2 ET);
- b) Gravedad, la cual deberá ser considerada teniendo en cuenta diversas circunstancias.
- c) Culpabilidad, es decir, desobediencia culpable y consciente.

Así, según la jurisprudencia consolidada del TS, la desobediencia e indisciplina sancionable con el despido del trabajador requiere que la orden dada esté dentro del círculo de atribuciones del empresario y que el incumplimiento de la misma sea grave, culpable, trascendente o notoriamente relevante e injustificado, pues si encierra una causa de justificación ha de merecer un trato más suave y benigno que el de la imposición de la sanción más grave. Por ello, la desobediencia y la indisciplina admite matices y graduaciones al efecto de aplicar la sanción de despido o no, debiéndose reservarse ésta para los incumplimientos dotados de una especial significación por su carácter, grave, trascendente e injustificada. Además, "para que la desobediencia opere como causa de despido, es necesario que se trate de una conducta grave, trascendente e injustificada y no una mera desobediencia que no conlleve una actitud exageradamente indisciplinada".

En cuanto a la desobediencia injustificada, en primer lugar, recordar que el trabajador, ante todo, debe obedecer, pues a ello obliga el más elemental concepto de disciplina y admitir lo contrario supondría gran quebranto al poder y facultades del empresario en el modo de organizar el trabajo. A sensu contrario, si el empresario o sus representantes desempeñan ese ejercicio regular, impartiendo instrucciones u órdenes manifiestamente ilegales, peligrosas o inconvenientes, el trabajador no se verá obligado a seguirlas. Aquí, nos encontraríamos ante dos posibilidades:

- a) o bien se parte de un principio de presunción de la legitimidad de las órdenes emanadas del empresario, que exige el cumplimiento de las mismas por parte del trabajador, sin perjuicio de efectuar con posterioridad la reclamación oportuna (principio de *solve et repete*);
- b) o bien se deja en manos del propio trabajador el juicio de la legalidad sobre la orden empresarial, ello se conoce como el principio de *ius resistentiae* del trabajador. En principio, toda orden empresarial dirigida al ámbito laboral goza de presunción de legitimidad y ha de ser cumplida por el trabajador. Sólo es posible el *ius resistentiae* del trabajador ante una orden manifiestamente ilegal, aunque la jurisprudencia se inclina por la presunción de legitimidad, pues considera que deben ser los Tribunales los que deberán pronunciarse sobre el carácter de tal orden.

En consecuencia, la jurisprudencia consolidada establece que solo se podrá incumplir una orden empresarial y, por tanto, hacer uso del principio de *ius resistentiae*, cuando las mismas constituyan un ilícito laboral (STS de 15 de marzo de 1991), cuando la orden vulnere las reglas profesionales cuyo incumplimiento puede provocar descrédito profesional, por tanto, la llamada desobediencia técnica (STS 25 de abril de 1991), cuando nos encontramos ante una orden que encierre un manifiesto y objetivo abuso de derecho (STS de 28 de noviembre de 1989), cuando la orden sea discriminatoria y cuando la orden sea de carácter abusiva (STS de 31 de marzo de 1987).

La corriente jurisprudencial que considera que la regla general en materia de obediencia es de que las órdenes han de presumirse lícitas y, por tanto, deben ser obedecidas, supone la aceptación de la doctrina llamada "obediencia justa". No obstante, esta doctrina poco a poco se ha ido abandonando, cada vez son más frecuentes las sentencias que analizan si la orden empresarial entra dentro del ámbito de las facultades directivas del empresario, pues sólo en este caso el trabajador tiene la obligación de obedecer (Art. 5. c) ET).

En cuanto a la desobediencia e indisciplina grave, la STSJ de Aragón de 26 de enero de 1994 establece que: *"La falta tiene que ser grave, de manera que produzca perjuicio notorio a la empresa o quebranto manifiesto de la disciplina. Además, ha de carecer de toda justificación, de manera que la culpabilidad no quede atenuada por circunstancias concurrentes, y éstas no puedan estar basadas en actuaciones que anteriormente hubieran sido toleradas por la empresa"*.

Según el TS, la gravedad de la desobediencia por parte del trabajador tiene dos modos de manifestarse:

- a) Por un lado, no basta una desobediencia simple o aislada, que en tal caso no puede tener un castigo tan riguroso, sólo reservado para manifestaciones de forma clara y terminante;
- b) Por otro lado, la desobediencia que ha de ser trascendente, pues el hecho de que no cause perjuicio alguno a la empresa tampoco puede sancionarse con la máxima gravedad.

Los Tribunales, antes de entrar a valorar la respuesta del trabajador a la orden empresarial, se detienen a analizar si ésta ha sido recibida de forma clara y concreta, pues si no consta la existencia de requerimiento claro y expreso, el trabajador no puede incurrir en desobediencia. Esta circunstancia se conoce como la "voluntad inequívoca" de desobedecer la orden recibida, la cual se manifiesta a través del mantenimiento de su actitud de forma decidida y persistente o con reiteración. Por tanto, la reiteración en el incumplimiento sólo se exige cuando se trata de una orden específica y concreta "de hacer" dirigida a un determinado trabajador, no cuando la desobediencia se refiere a una norma general.

El concepto de gravedad va de la mano de la llamada "desobediencia trascendente", pues para que ésta sea sancionada con la máxima gravedad debe causar un perjuicio a la empresa. El daño no ha de ser necesariamente material, concreto o cuantificable en dinero, sino que también puede afectar al buen nombre de la empresa y a su organización, no teniendo por qué ser la empresa la única perjudicada, ya que los restantes trabajadores o terceras personas también pueden verse dañadas. Además, también deben de tenerse en cuenta las circunstancias agravantes que rodean tal incumplimiento como, por ejemplo, que la desobediencia y rebeldía tengan trascendencia pública, con mal ejemplo a otros compañeros; que el sujeto ostente el cargo de representante sindical; la categoría profesional y el cargo ocupado; la antigüedad en la empresa; la desobediencia a ejecutar un trabajo urgente o indispensable; ... pues si se dan alguna de estas circunstancias o similares, no cabe duda de que el incumplimiento revistirá de una notoria trascendencia para decretar la procedencia de despido. No obstante, la jurisprudencia, ante cualquier incumplimiento, tiene en cuenta el factor humano o, dicho de otro modo, se hace preciso una apreciación conjunta y valorativa, con criterios restrictivos, de todas las circunstancias concurrentes en la conducta observada por el trabajador. Por ello, también aquí se hace presente la doctrina gradualista en la apreciación de la indisciplina o desobediencia, la cual parte de la necesidad de una plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, pues, para aplicar el despido considerado como pena máxima del Derecho del Trabajo, se hace necesaria aplicar una proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido, su subsunción en la concreta infracción y la sanción y, por tanto, llevando a cabo una tarea individualizadora.

En cuanto a la culpabilidad en el comportamiento implica la intención dolosa o culpable, con plena conciencia de desobedecer, de afectar al elemento espiritual del contrato. El incumplimiento culpable se perfecciona cuando las consecuencias de las conductas desobedientes son imputables al propio trabajador, ya

sea en virtud de dolo, es decir, voluntad inequívoca en el trabajador de no cumplir la orden, o de negligencia, y, en tales casos, se considera que esa conducta es claramente culpable. El elemento que tipifica la desobediencia e indisciplina culposa se consuma con una actitud de incumplimiento mantenida, de forma decidida y persistente o con reiteración, o consistente en una negativa o resistencia terminante al cumplimiento de tales órdenes emanadas del empresario en el ejercicio regular y normal de sus facultades de dirección.

No obstante, el TS en la sentencia de 28 de mayo de 1990 establece que: *"la gravedad y la culpabilidad han de ser apreciadas con un criterio restrictivo, resultando preciso igualmente valorar las circunstancias concurrentes en cada supuesto fáctico, llevando cabo una tarea individualizadora de recíprocamente comportamiento de una y otra parte"*. Por tanto, la culpabilidad se manifiesta cuando el animus o voluntas del trabajador de desobedecer es consciente, voluntaria e intencionada.

Así mismo, como en la anterior causa legal de despido, deberemos tener en cuenta el contenido del convenio colectivo a aplicar en cada caso concreto, pues éste será el que precise qué conductas pueden conllevar a la procedencia del despido así como la reiteración de las mismas.

C) LAS OFENSAS VERBALES O FÍSICAS AL EMPRESARIO O A LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN LA EMPRESA O A LOS FAMILIARES QUE CONVIVAN CON ELLOS.

Artículo 54.2.c) ET:

2. Se consideran incumplimientos contractuales:

c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.

El concepto de "ofensas" es bastante amplio, en él se incluye no sólo las agresiones físicas o las manifestaciones con un contenido más o menos ofensivo o injurioso sino también otros comportamientos como las amenazas, coacciones o el acoso sexual.

En el caso de las ofensas físicas, la jurisprudencia hace enorme hincapié en las repercusiones que este tipo de ofensas tienen sobre la convivencia pacífica y necesaria en el seno de la empresa y contra la dignidad de la persona ofendida. De esta incidencia especial deriva una casi automática imputación a la conducta enjuiciada de la gravedad necesaria para despedir.

Debo resaltar la total independencia entre la sanción socio-laboral aplicable y las posibles denuncias penales por el mismo comportamiento. Es admisible la sanción disciplinaria pese a existir una sentencia absolutoria en el ámbito penal (STS de 21 de Octubre de 1998, de 27 de mayo de 1999).

Además, la única eximente que aparece contemplada en la doctrina del TS es la de la existencia previa de una "provocación adecuada", pues hace posible atenuar la gravedad de la conducta y aplicar el principio de proporcionalidad a fin de estimar que no es merecedora de la sanción máxima de despido. No encaja en dicho concepto la simple discusión previa, puesto que la provocación que disculpa o atenúa el uso de la violencia física es también esa violencia física o el intento de utilizarla (STSJ de Cataluña de 4 de mayo de 2001 y de Cataluña del 12 de febrero de 2001). También podría considerarse que disminuye la gravedad la presencia de agresiones recíprocas en una riña aceptada por ambos, aunque en este caso se plantea un problema ulterior que es el relativo a la inadecuación de despedir sólo a uno de los sujetos (STSJ de Canarias de 26 de julio de 2002).

Se da más importancia al comportamiento en sí, la violencia o la fuerza que lo rodea, que a las lesiones causadas que pueden no revestir excesiva gravedad. Como ha señalado la jurisprudencia *"la ofensa física ni*

"se identifica con el contacto físico, ni la ausencia de tal contacto excluye la ofensa" (STSJ de Aragón de 22 de Septiembre de 1993), o *"agredir entre otras acepciones supone acometer a alguien para hacerle daño y también insultar o amenazar a otro"* (STSJ de Asturias de 17 de marzo de 2000).

En cuanto a las ofensas verbales, la doctrina laboral entiende por tal "la expresión oral o escrita que comporta un injusto ataque a la persona (o entidad empresarial) con atentado al honor o vejación en su dignidad personal (incluso profesional), presuponiendo en todo caso la existencia de una acción ejercitada en deshonra, descrédito o menoscenso".

Los problemas jurídicos a la hora de delimitar esta conducta no vienen sólo de los incontables supuestos que pueden incardinarse en este aserto legal sino también de la necesidad de desvincular tal comportamiento del legítimo ejercicio del derecho de crítica. Por ello, ha de tenerse en cuenta que, en ocasiones, va hacerse preciso entrar a analizar si el comportamiento del trabajador está amparado por aquellos derechos (derecho de información y libertad de expresión) y, más en concreto, en la libertad de crítica garantizada en el Art. 20.1 CE.. Sólo descartado este punto podremos entrar a valorar las circunstancias concretas a fin de determinar la gravedad de la conducta y si es merecedora de la máxima sanción. En este aspecto, la jurisprudencia establece que el trabajador, en el marco del contrato de trabajo, ostenta los mencionados derechos, de los que no puede verse sin más despojado por el mero hecho de su vinculación laboral con el empresario, pues tales son irrenunciables. No obstante, tales derechos son limitados por otros derechos constitucionalmente protegidos y por los límites que emanan del mismo contrato de trabajo. De una parte, el derecho al honor representa el principal límite a la libertad de expresión (Art. 20.4 CE). El TC ha ido flexibilizando su inicial postura denominada por la doctrina de "exclusión", la cual consiste en estimar que si existía vulneración del honor, la libertad de expresión no podía entrar en juego y quedaba excluida, hasta llegar a la exigencia del órgano judicial de la realización de una adecuada y casuística ponderación entre los derechos en conflictos pero sin llegar a su jerarquización, con el fin de buscar un equilibrio entre ellos y establecer la prevalencia de uno sobre el otro.

Por otra parte, los límites de la libertad de expresión han de determinarse en función del análisis de las expresiones utilizadas, la finalidad y los medios empleados, de modo que solo resulten sancionables las conductas que impliquen un exceso en el ejercicio de aquel derecho y lo sean en proporción a la entidad del mismo. Por tanto, el ejercicio legítimo de tal derecho quedaría delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, innecesarias para la exposición de las opiniones o, dicho de otro modo, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión *"no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho a crítica y que son indudablemente atentativos contra la honorabilidad del sujeto pasivo"* (STC 153/2000 de 12 de junio).

Una vez determinada que la conducta del trabajador no está amparada por el ejercicio legítimo del derecho de crítica ni por la libertad de expresión, debemos analizar el perceptivo enjuiciamiento acerca de si la conducta del trabajador reúne los requisitos de culpabilidad y gravedad para admitir la procedencia del despido. En este aspecto, TS vuelve a abordar el enjuiciamiento del despido de forma gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción. Así, se va a proceder a exponer este aspecto en tres apartados a través de los cuales se exponen las circunstancias que pueden conllevar a la atenuación o agravación de la conducta del trabajador:

- a) En cuanto a las expresiones empleadas, es el primer elemento que debemos analizar, pues de éstas puede derivar el claro *animus* de ofender a otra persona, pero también es indispensable analizar el contexto en que las mismas se manifiestan. El *"animus injuriandi"* se considera inexistente en presencia de manifestaciones realizadas con un objetivo claramente prefijado (STS de 18 de mayo de 1990).
- b) En cuanto al tiempo y circunstancias concurrentes, es el segundo aspecto que debemos analizar a fin de modular la trascendencia de las propias manifestaciones, por ejemplo, que hayan sido expresadas en el

curso de una discusión (STSJ de Extremadura de 10 de abril de 2002), la existencia de una provocación previa por parte del sujeto pasivo que recibe tales manifestaciones o de situaciones conflictivas previas en la empresa, pues *"una misma palabra, gesto o acto puede revestir la máxima gravedad en una situación y carecer absolutamente de ella en otras"* (STS de 18 de Febrero de 1990). Además, otros factores a tener en cuenta serán la antigüedad, profesión, cargo ocupado,...

- c) En cuanto a los medios empleados, este parámetro suele utilizarse para valorar la intención del trabajador, en especial al nivel de difusión pretendida y al grado de reflexión con el que se ha procedido al realizar tal conducta enjuiciada. La doctrina del TS suele atenuar la gravedad de la manifestaciones cuando éstas hayan sido vertidas sin publicidad (STS de 16 de mayo de 1991), esto es, realizadas en el ámbito privado. A sensu contrario, actuará como agravante el hecho de que las manifestaciones se realicen en presencia de terceras personas, clientes o público en general, puesto que esta circunstancia se considera indicativa del ánimo de injuriar o causar mayores daños a la empresa o al sujeto destinatario de las manifestaciones. También se agravará la conducta si las expresiones se manifiestan haciendo uso de cualquier medio de comunicación. En el caso de que las manifestaciones se realicen por escrito, ello también supondrá un agravante en el enjuiciamiento de la conducta pues la reflexión o premeditación es previa a lo que se expresa y *"evidencia [...] no responder a una reacción repentina e inopinada, en que es más fácil un exceso verbal, sino que precedida fue de la debida serenidad y discernimiento, con conciencia así de lo escrito en el fondo y en la forma"* (STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2001).

En cuanto a los destinatarios de las ofensas el precepto establece: *"Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos"*, por tanto, del mismo se observa que el legislador ha legislado de modo amplio a los sujetos pasivos de tales ofensas, incluyendo no sólo al empresario, sino también a las personas que lo representen y a los superiores jerárquicos del trabajador, así como las personas que trabajan en la empresa (ej. personal de la empresa, contratistas o subcontratistas, trabajadores cedidos a través de contratos de puesta a disposición,...), además de los clientes, suministradores y otros similares. En relación con los familiares, no se establece ningún tipo de límite de parentesco, aunque si se exige como requisito la convivencia.

La finalidad de la norma es la protección de la necesaria convivencia pacífica en el ámbito laboral y el respeto de la dignidad e integridad de los trabajadores, de ahí la justificación de que el legislador haya previsto de forma extensiva los destinatarios de tales ofensas.

El único límite que puede encontrarse, si utilizamos los criterios interpretativos de la hermenéutica, es que el precepto protege a tales sujetos si las ofensas son manifestadas en el ámbito de la empresa, por tanto, si las agresiones se producen en los extramuros de la misma, habrá que estar al criterio de su clara conexión con el trabajo.

En cuanto a la autoría de las ofensas, el problema radica cuando las ofensas provienen de un tercero incluido en el "círculo de actuación" del trabajador. Los Tribunales han entendido que el sujeto activo también puede ser los familiares o acompañantes del trabajador, puesto que *"de otro modo la falta podría cometer con total impunidad haciendo actuar a una persona no vinculada a la empresa para que obre en nombre del trabajador"* (STSJ Cataluña de 8 de abril de 2003). Por tanto, es admisible la imputación del incumplimiento al trabajador aunque el autor material sea persona distinta y ajena a la relación laboral, aunque cercana al círculo del trabajador. El problema radica en la determinación de una posible coautoría, participación necesaria, colaboración o incluso inducción. No obstante, en este tema, los Tribunales predicen la llamada "doctrina de la corresponsabilidad" en los supuestos en que el propio trabajador introduce a la otra persona en la empresa y no impide la violencia física ejercida por el tercero, manteniendo una actitud pasiva o incluso alentadora o colaboradora, existiendo lo que la doctrina ha denominado como "unidad de propósito" con el autor material de los hechos. Decir, por último, que la práctica judicial habitual, ante las posibles

ofensas manifestadas por un tercero, es imputar al trabajador como inductor del tercero, no obstante, el mayor de los problemas radicará en la prueba de tal comportamiento del trabajador sobre el tercero.

D) LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL, ASÍ COMO EL ABUSO DE CONFIANZA EN EL DESEMPEÑO DEL TRABAJO.

Artículo 54.2.a) ET:

2. *Se consideran incumplimientos contractuales:*

d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no sólo 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 la 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 el empresario y el trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual.

La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y la lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe.

La convalidación de la decisión extintiva por el incumplimiento del trabajador de las exigencias de la buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones laborales requiere, al igual que en los restantes supuestos, la gravedad de la falta, acumulada a la culpabilidad del trabajador. La buena fe exige un elemento intencional subjetivo por parte del trabajador pero esto no significa que el trabajador desee de manera intencionada el resultado de su acción, sino que basta con que omita en el cumplimiento de sus obligaciones la diligencia debida, aún cuando no se represente o prevea el resultado de su conducta. Por ello no es preciso que la conducta haya sido dolosa, puesto que la culpa puede provenir también de la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones. La negligencia, imprudencia o descuido del trabajador puede llegar a constituir incumplimiento contractual grave y culpable, siendo posible convalidar la procedencia del despido.

Asimismo, la inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, o la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solo o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados.

Además, los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas.

Es habitual imputar transgresión de la buena fe contractual cuando se trata de tipificar conductas del trabajador que se estiman merecedoras de la sanción de despido pero que no tienen encaje en las restantes causas del listado del Art. 54.2 ET. Incluso supuestos que parecerían estar tipificados en alguno de ellos se traen a este ámbito cuando por no encajar totalmente en esos tipos, pero se estiman merecedoras de sanción, como puede ser el abandono del puesto de trabajo, pero sin reiteración o la embriaguez del trabajador en el trabajo cualificada por la situación de riesgo generada, pero sin habitualidad. Por ello, la casuística acerca de la transgresión de la buena fe contractual analizada por los Tribunales en sus sentencias es muy abundante, lo que obliga, para su estudio, a estructurarla a través de los supuestos más frecuentes:

- Abuso de confianza y deslealtad.
- Extralimitación de las funciones.
- Falsedades.
- Apropiaciones.
- Uso indebido del ordenador y del internet.
- Coacciones al empresario.
- Concurrencia desleal.
- Actividades incompatibles con la incapacidad temporal.
- Incompatibilidades.
- Negligencia en el desempeño de las funciones encomendadas por la empresa.

No hay que olvidar que en dicho supuesto de transgresión de la buena fe también debe de estar presente en su valoración la aplicación de la doctrina gradualista pues, con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la gravedad con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de despido, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho Laboral, debe de efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer 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, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado.

E) LA DISMINUCIÓN CONTINUADA Y VOLUNTARIA EN EL RENDIMIENTO DE TRABAJO NORMAL O PACTADO.

Artículo 54.2.a) ET:

2. *Se consideran incumplimientos contractuales:*

e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado.

El incumplimiento sancionado con el despido es la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. Así pues, el bien jurídico protegido es, por una parte, el cumplimiento del contrato de trabajo, conforme a las reglas de la buena fe y diligencia debida, y de otra, la contribución a la mejora de la productividad. De manera que si no se logra la mejora de la productividad por la voluntaria dedicación del esfuerzo, se está produciendo el incumplimiento aquí tipificado, siempre y cuando tal sea voluntario y

continuado, pues cuando se acredite algún motivo serio de justificación ajeno a la voluntad del trabajador no procederá alegar tal incumplimiento legal y, por consiguiente, no prosperará la sanción de despido.

El precepto aquí analizado se refiere al rendimiento normal y pactado y, respecto al rendimiento pactado, dicho rendimiento pactado en el contrato de trabajo será válido siempre y cuando éste no sea abusivo, siendo válido pactar un número mínimo de ventas, entendiéndose que los términos "rendimiento normal y pactado" equivalen a un rendimiento debido, pudiendo pactarse o concretarse en convenio colectivo, contrato de trabajo, por los usos y costumbres, así como por las órdenes e instrucciones del empresario, siempre que se impartan en el ejercicio regular de sus funciones.

La disminución en el rendimiento de trabajo normal o pactado ha de acumular asimismo las notas de gravedad y de culpabilidad y, por tanto, la culpabilidad se reflejará en los elementos de voluntariedad o de intencionalidad del sujeto, y la gravedad vendrá reflejada por la reiteración o continuidad del bajo rendimiento.

En cuanto al incumplimiento voluntario y culpable, para que prospere la sanción de despido, debe acreditarse que el trabajador obtuvo un bajo rendimiento voluntariamente, es decir, que el trabajador, al no poner la diligencia debida en el desempeño de su trabajo, obtuvo una disminución de la productividad, pues, según jurisprudencia consolidada, se establece una presunción "*iuris tantum*" de la voluntariedad, la cual quedará desvirtuada en el supuesto en que se pruebe la existencia de una causa justificativa y ajena a la voluntad del trabajador, pues, a pesar del esfuerzo y diligencia prestada en el desempeño de sus funciones, el trabajador no pudo obtener el rendimiento normal y pactado por circunstancias externas, obstáculos que impidieron el correcto desarrollo de la prestación o por causas imputables al propio empresario.

En cuanto a la gravedad, ésta se determina principalmente por la continuidad en el tiempo de ese bajo rendimiento o por la reiteración, excluyéndose por tanto las disminuciones ocasionales o aisladas (STS de 13 de Febrero de 1990).

No obstante, ello no es suficiente, pues según la doctrina consolidada, la constatación de la disminución del rendimiento debe de hacerse a través de un elemento de comparación dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto a un nivel de productividad previamente delimitado por las partes (contrato de trabajo), o bien en función del que deba ser considerado debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo, pudiendo utilizarse parámetros delimitadores como el mismo rendimiento desempeñado previamente por el trabajador en cuestión, como el rendimiento de otros compañeros de trabajo con la misma categoría profesional o puesto de trabajo (STS de 25 de Enero de 1988).

Importante resaltar que recaerá sobre el empresario la carga probatoria de tal incumplimiento, pues deberá acreditar la continuidad en el bajo rendimiento, además de probar la inexistencia de causa justificativa ajena a la voluntad del trabajador que pueda justificar dicha disminución. Asimismo, el empresario no podrá alegar un bajo rendimiento genérico, sino que deberá probar un bajo rendimiento concreto, continuado en el tiempo, así como un rendimiento previo o de otros compañeros que sirva como elemento de comparación.

Por su parte, el trabajador, para desvirtuar la tarea probatoria del empresario, deberá demostrar que el bajo rendimiento se ha producido por causas justificativas que no dependen de su voluntad como, por ejemplo, baja productividad acaecida por la situación de crisis económica, etc.

En este aspecto, encontramos división de criterio entre la doctrina científica y la jurisprudencia, respecto a la utilización de criterios objetivos, criterios subjetivos o ambos. En cuanto a la utilización de criterios objetivos, se refiere básicamente al criterio pactado, ya sea convencional o individualmente, o en los usos y costumbres del sector productivo o de la empresa. En cuanto a la utilización de criterios subjetivos, atiende esencialmente al rendimiento que el propio trabajador haya venido obteniendo con anterioridad al período

examinado, con independencia del pacto convencional, contractual o por los usos y costumbres del sector, considerándose que incurre en dicho incumplimiento si lo disminuye en dicho tramo de tiempo.

Desde mi punto de vista, aquí la teoría gradualista se hace presente o se manifiesta a través de esta tarea comparativa del rendimiento obtenido por el trabajador en cuestión con los obtenidos anteriormente o, incluso, con el resultado obtenido por otros compañeros de trabajo, pues con estos parámetros podremos graduar el tipo de sanción a imponer en relación con la infracción cometida, esto es, si tal disminución del rendimiento voluntario prolongado en un determinado espacio de tiempo es merecedor de la máxima sanción o podría ser más acorde o proporcional imponer otras medidas sancionadoras de carácter más leve.

No obstante, hay que precisar que:

- La comparación debe realizarse en términos o condiciones de homogeneidad, ya que de no hacerse así carecería de total valor.
- No procederá la sanción de despido si el período de comparación es limitado en el tiempo.
- Es necesario que el empresario acredite la voluntariedad y continuidad de tal aptitud.
- El empresario puede utilizar ambos medidores (objetivos y subjetivos), o bien únicamente criterios objetivos (ejemplo: agente de seguros que no alcanza el rendimiento pactado en su contrato o conductor de basura que no alcanza el rendimiento exigido objetivamente, disminuyéndolo en un 30%, pese a las advertencias realizadas,...), o únicamente criterios subjetivos, comparando el rendimiento habitual del trabajador y el obtenido por él mismo en un período previo o por el rendimiento obtenido por compañeros de trabajo de misma categoría profesional o puesto de trabajo.
- Además, prosperará la procedencia del despido, aunque el empresario no acredite el bajo rendimiento mediante elementos de comparación en aquellos supuestos en que éste revista de gran notoriedad o sea suficientemente evidente.

F) LA EMBRIAGUEZ HABITUAL O TOXICOMANÍA SI REPERCUTEN NEGATIVAMENTE EN EL TRABAJO.

Artículo 54.2.a) ET:

2. *Se consideran incumplimientos contractuales:*

f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

Es causa de despido disciplinario la conducta del trabajador consistente en la embriaguez o la toxicomanía, pero siempre que sea una conducta habitual y repercuta negativamente en el trabajo. La repercusión negativa en el trabajo puede darse bien porque 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, por ejemplo, por tratarse de un empleado cuyo trabajo implica ser transportado en helicóptero para actuar en las posibles emergencias para las que sea movilizada su brigada, normalmente en un incendio forestal (STS de 21 de Mayo de 2008), o empleado vinculado a la circulación de trenes (STSJ de Madrid de 14 de Febrero de 1990).

En cuanto a la embriaguez habitual, se ha pretendido atemperar equiparándola al alcoholismo, entendiéndose que éste era una enfermedad, que no podía tener proyección disciplinaria pero, debe decirse, que en el área del Derecho Laboral no es posible establecer una seria diferencia entre ambas situaciones a los efectos de la resolución justificada de un contrato de trabajo, ya que los dos implican perturbaciones sensibles en la producción, no existiendo, por tanto, causa de justificación (STS de 26 de Octubre de 1989) y, en consecuencias, ambas figuras se configuran como situaciones asimilables.

En cuanto a la toxicomanía, la Real Academia Española la define como el "*hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones agradables o que suprimen el dolor*", refiriéndose, por tanto, a los casos de drogodependencia, entre las que podría integrarse el alcoholismo. Sin embargo, para la toxicomanía no se recoge de forma expresa el requisito de habitualidad, no obstante, ésta al igual que con la embriaguez implican necesariamente un hábito, ya que el simple consumo de drogas, especialmente de "drogas blandas", cuando no es habitual, no puede considerarse propiamente una toxicomanía. Por consiguiente, el simple consumo de drogas, cuando no implique hábito patológico, como exigible a toda toxicomanía, debe quedar al margen del tipo examinado. Resaltar que la jurisprudencia, a la hora de analizar la punibilidad de la conducta del trabajador, no entra a delimitar o diferenciar el tipo de drogas, ya sea consumo de drogas "blandas o duras", sino que analiza si se dan los elementos del tipo en la referida conducta, habitualidad y repercusión negativa en el trabajo.

Por lo que se refiere al hábito de fumar tabaco, se viene a considerar que el incumplimiento de la prohibición de fumar tabaco en zonas no autorizadas en determinadas circunstancias puede justificar el despido, debiendo atenderse a las previsiones del convenio colectivo sobre faltas laborales y a las situaciones de especial riesgo. Esta cuestión tiene especial trascendencia a partir de la aprobación de la nueva normativa que prohíbe fumar en todos los centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre, de manera que una vulneración de dicha norma puede ser sancionada por el empresario en función de la gravedad de la conducta. Si bien, se declara lícita la decisión empresarial de prohibir fumar en todos los espacios de sus centros de trabajo, incluso al aire libre, sin que esté obligado, salvo pacto, a establecer zonas habilitadas para fumadores (STSJ de Cantabria de 5 de Diciembre de 2006).

En cuanto a los requisitos del tipo punible aquí examinado, para que la embriaguez y toxicomanía sean tributarias de la máxima sanción disciplinaria, el despido, han de acumular las notas de habitualidad y la repercusión negativa en el trabajo, ya que la ausencia de alguna de ellas atenuaría la facultad disciplinaria del empresario. Sin embargo, en determinadas profesiones, bien por su peligrosidad, como la marina mercante o el transporte público, bien por su especial relación con el público, como peluquerías o comercios, debe atemperarse lo expuesto anteriormente pues los incumplimientos examinados provocan ordinariamente repercusiones negativas en el trabajo.

Sin embargo, esta tesis debe aplicarse de forma restrictiva ya que las notas de habitualidad y de repercusión negativa en el trabajo han de acreditarse conjuntamente por cuanto así lo exige el precepto legal en cuestión, no pudiendo presumirse con carácter general que la demostración de una de ellas es suficiente para no probar la otra.

La habitualidad implica necesariamente un hábito en la conducta del trabajador, ya que de tratarse de una conducta puntual en el tiempo no alcanzaría las exigencias legales, exigiéndose una persistencia, un cierto enraizamiento en la vida del individuo, es decir, una continuidad en la práctica de que se trate. Por tanto, no es suficiente con su ocurrencia en contadas ocasiones para configurarla como causa de despido disciplinario (STS de 1 de Enero de 1988).

Junto con la habitualidad en el incumplimiento, debe concurrir acumuladamente la repercusión negativa en el trabajo, implicando que al empresario no le basta con acreditar la embriaguez habitual o toxicomanía del trabajador, sino que está obligado a demostrar, de forma fehaciente, que una u otra repercuten negativamente sobre el trabajo ya que de no hacerse así sería inviable la imposición de la sanción de despido. Además, no cabe admitir mecánicamente que la embriaguez habitual o toxicomanía repercutan negativamente en el trabajo al poner en entredicho la honorabilidad o el prestigio de la empresa, ya que la afectación en el prestigio de la empresa opera en supuestos muy particulares, y respecto de los que la actividad empresarial fuera inconciliable con la vida privada de sus empleados, o en que estos últimos estuvieran obligados a un determinado comportamiento, como en las empresas de tendencia, que incluyen en su ideario la prohibición

del consumo de alcohol y drogas. No dándose estas circunstancias particulares, corresponde probar, por tanto, al empresario tanto la habitualidad como la repercusión negativa en el trabajo de la conducta del trabajador en el punto de mira.

G) EL ACOSO POR RAZÓN DE ORIGEN RACIAL O ÉTNICO, RELIGIÓN O CONVICCIONES, DISCAPACIDAD, EDAD U ORIENTACIÓN SEXUAL Y EL ACOSO SEXUAL O POR RAZÓN DE SEXO AL EMPRESARIO O A LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN LA EMPRESA.

Artículo 54.2.a) ET:

2. Se consideran incumplimientos contractuales:

g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

En primer lugar, decir que, desde mi punto de vista, se puede observar o delimitar tres tipos de conductas diferentes en dicho precepto legal:

- El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.
- El acoso sexual.
- El acoso por razón de sexo.

En cuanto al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, se entiende por tal toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, religión o convicciones, la discapacidad, edad u orientación sexual de una persona, cuyo actor o sujeto activo tiene como objetivo atentar contra la dignidad de otra persona o sujeto pasivo y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Para que exista tal acoso es preciso que la conducta del acosador esté relacionada con alguno de estos factores, que han de concurrir en la víctima:

- a) Origen racial o étnico.
- b) Religión o convicciones.
- c) Discapacidad.
- d) Edad.
- e) Orientación sexual.

Es importante reseñar que, a diferencia de las definiciones habituales que se han dado del acoso moral o *mobbing*, definido por la Real Academia Española como "*Voz inglesa con que se designa el hostigamiento al que, de forma sistemática, se ve sometida una persona en el ámbito laboral, y que suele provocarle serios trastornos psicológicos*", en este caso, la norma no exige que las conductas sean reiteradas.

Señalar que, en la primera conducta delimitada, no se encuentra incluido en el concepto de acoso, por tanto, toda conducta de acoso moral o *mobbing*, sino solamente aquellas que están relacionadas con esos factores. Pero, las conductas de acoso que no encajan en este tipo legal concreto (Artículo 54.2 g)) pueden ser sancionadas, en muchas ocasiones, en virtud de otra causa del mismo artículo, como puede ser la de ofensas verbales o físicas o la de transgresión de la buena fe contractual, siempre que se cumplan los requisitos de dichos tipos infractores. Hay que tener en cuenta que mediante la L.O 5/2010 se ha tipificado en el Código

Penal en el Artículo 173 el acoso laboral jerárquico, independientemente de la causa motivadora del mismo, esto es, la conducta de quienes en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realice contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, suponga grave acoso contra la víctima.

En cuanto al acoso sexual, éste engloba cualquier tipo de comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. A modo de ejemplo, se produjo acoso sexual cuando un trabajador abrazaba y besaba continuamente a una trabajadora en contra de su voluntad (STSJ de Madrid de 7 de Marzo de 2006); o el trabajador que comienza empleando con una compañera términos como los de "cariño", "que guapa estas hoy" y similares y, finalmente, termina pidiéndole que le bese, cogiéndola por la cintura y estrechándola contra su cuerpo, reiterando esta actuación al día siguiente (STSJ de Extremadura de 21 de Febrero de 2008); o el director bancario que durante mucho tiempo se dirige con propuestas sexuales a una subordinada, exigiéndole conductas de tipo sexual (STSJ de Madrid de 23 de Febrero de 2010).

Por último, en cuanto a las conductas que constituyen acoso por razón de sexo, éstas engloban cualquier tipo de comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Los sujetos pasivos contemplados en la norma son, de un lado, el propio empresario pues ha de entenderse que se refiere a personas físicas, comprendiendo a aquellas que tienen la condición propia de empresario en la relación laboral, pero también a aquellas que ejercitan los poderes inherentes al mismo en una empresa; y, de otro lado, las demás personas que trabajan en la empresa, pues pueden entenderse comprendidas todas las personas que trabajan en los mismos lugares de trabajo que el acosador, aunque la vinculación jurídica no sea con el mismo empleador, además, tampoco se exige que el trabajo se preste en virtud de una relación laboral, por lo que podría incluirse los funcionarios, trabajadores autónomos, ... que trabajan en la empresa.

Los sujetos activos, es decir, el acosador, puede provenir de la propia estructura de la empresa, a través de los superiores jerárquicos del trabajador, que es lo que se conoce bajo la denominación de "acoso jerárquico", o de sus compañeros de trabajo, denominado ello como "acoso ambiental". La protección debida por el empresario frente al acoso se extiende a ambos tipos de acoso y, por tanto, debe abstenerse de conductas de acoso desde la dirección de la empresa y, por otra parte, debe prevenir y reprimir las conductas de acoso de unos trabajadores hacia otros.

Resaltar que, en esta causa legal, es dudoso determinar si cabe o no la aplicación de la teoría gradualista, de manera que no toda conducta haya de ser sancionada con el despido independientemente de su gravedad. Aun así, el tenor literal de la ley parece oponerse a tal posibilidad, en cuanto que confiere especial gravedad al acoso, hasta el punto de que un empresario puede llegar a ser sancionado con una infracción muy grave por no despedir a un trabajador acosador, lo que convierte la situación en especialmente delicada para el empresario, puesto que si éste practica el despido se arriesga a que el mismo pueda ser calificado como improcedente o nulo e incluso a cargar con las consecuencias económicas del mismo, mientras que si no lo hace podría ser sancionado.

5.- VALORACIÓN FINAL:

El objeto de dicho trabajo versa sobre el análisis de las causas legales del Art. 54.2 ET y la aplicación de la teoría o doctrina gradualista en relación con cada una de ellas, causas que recogen los supuestos de incumplimientos contractuales merecedores de la sanción de despido disciplinario.

La teoría o doctrina gradualista se ha hecho presente en reiterada y uniforme jurisprudencia consolidada, no sólo en el Derecho Laboral sino en otras ramas del Derecho, como en el Derecho Penal o en el Derecho Administrativo y, en el caso del Derecho Laboral, surge como instrumento o medio de protección contra los excesos o extralimitación del poder disciplinario del empresario legalmente reconocido, pues en la relación jurídica que une al empresario con el trabajador a través del contrato de trabajo, la parte más débil siempre suele ser el trabajador ya que éste se configura como una víctima ante la facultad sancionadora del empresario que, en ocasiones, puede resultar desproporcionada o arbitraria, ya fuere de manera intencionada o por desconocimiento de la normativa vigente.

Por ello, dicha teoría es expresión de uno de los principios básicos del Derecho que es el principio de proporcionalidad y, aplicado al régimen disciplinario, aboga por la correcta proporción entre el hecho cometido por el trabajador y su consecuencia jurídica, esto es, la aplicación de la adecuada proporción entre el incumplimiento contractual subsumible en un tipo concreto de infracción y su merecedora sanción.

Para llevar a cabo dicha proporcionalidad debemos realizar un análisis minucioso e individualizado de cada caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias que circunscriben el supuesto fáctico en cuestión, pues cualquier elemento puede ser de gran trascendencia para agravar o atenuar la conducta del trabajador.

De toda la jurisprudencia analizada, debo resaltar que se reitera la necesidad de realizar un análisis exhaustivo del incumplimiento y de todos los elementos objetivos y subjetivos que le rodean y, sobretodo, de manera individualizada pues, es poco frecuente que se den supuestos análogos o similares y, por ello, no se podrá aplicar una misma consecuencia o resultado a supuestos fácticos por muy similares que sean debido a la enorme casuística del Derecho Laboral.

Además, también he observado que los Juzgados y Tribunales, únicamente declararán la procedencia del despido disciplinario ante incumplimientos contractuales que revistan de especial gravedad, pues siempre abogan por la imposición de otras sanciones de menor severidad e, incluso, ello se hace presente como otro medio más de protección en la LPL cuando en su Art. 115.1 c) determina que cuando la falta no haya sido debidamente calificada el Juez podrá acordar la imposición de otra sanción más adecuada, reservando esta última para aquellos supuestos en que realmente se evidencie una gravedad trascendente e inequívoca merecedora de la máxima sanción.

El Art. 54.2 ET recoge de forma taxativa y cerrada un listado de incumplimientos contractuales pero que, a mi modo de ver, su reacción es bastante vaga provocando, en ocasiones, incertidumbre a la hora de subsumir un tipo de conducta en concreto en el tipo adecuado. Por ello, el instrumento que resultará de gran importancia para colmar estas lagunas jurídicas serán los Convenios Colectivos aplicables al sector laboral en concreto, los cuales prevén en su articulado, de forma más desarrollada, el régimen disciplinario aplicable, enumerando un listado de conductas y calificándolas como leves, graves y muy graves. Por lo que he podido

observar, la gran mayoría de los Convenios Colectivos prevén como sanción para las faltas muy graves, no sólo el despido disciplinario, sino también otras como puede ser la suspensión de empleo y sueldo durante un periodo de tiempo en concreto (en general, de dieciséis días a dos meses), o la inhabilitación para el ascenso durante un periodo de tiempo más o menos razonable (en general, de dos a tres años), la pérdida temporal o definitiva de la categoría profesional, la pérdida de todos los derechos de la empresa, ... diversas opciones en manos del empresario que, haciendo uso del factor humano y siempre valorando la trascendencia del incumplimiento y su repercusión, facultan al mismo para optar por otro tipo de "castigo" o consecuencia que no sea la rescisión del contrato de trabajo o despido, pues atendiendo a las circunstancias económicas que actualmente adolece nuestra sociedad, ello causaría no solo un gran perjuicio para el trabajador sino también para aquellas familias que dependen de un solo salario.

Sin embargo, he podido observar que pueden darse también supuestos de incumplimientos contractuales cuya infracción y su correlativa sanción no se recogen en dichos Convenios Colectivos o son de dudosa calificación, pero esto, en ocasiones, se puede solventar o tener cabida en la inclusión de una de las causas cuyo concepto es bastante amplio, que es la transgresión de la buena fe contractual ya que el principio de buena fe es uno de los pilares básicos que debe estar presente en toda vinculación laboral pues toda conducta del trabajador dentro de su ámbito laboral debe de ser ejecutada con buena fe. La buena fe constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, más concretamente, un principio general del derecho, que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita, por ello, el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con los que deben cumplirse las obligaciones laborales.

Hay autores que consideran que la aplicación de la teoría o doctrina gradualista se excepciona en el caso de concurrencia de la transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza y figuras afines ya que estiman que la confianza no admite grados, "o se tiene o no se tiene", que no se dispone de confianza en un mayor o menor porcentaje y que, por tanto, si se constata la ruptura de confianza y buena fe en la relación laboral se quiebran los principios de fidelidad, lealtad y los de análoga naturaleza. A mi modo de ver, considero que se trata de un razonamiento poco acertado pues si que es verdad que la confianza "se tiene o no se tiene", pero la teoría gradualista no se aplica a la confianza depositada en el trabajador sino que la graduación se debe aplicar a la consecuencia jurídica de esa pérdida de confianza, es decir, analizando y valorando los hechos o circunstancias que rodean a ese incumplimiento contractual, como al mismo en sí, y aplicándole su proporcionada consecuencia jurídica o sanción y, por tanto, la graduación no sólo se realiza al elemento de la confianza sino que se realiza a todo el conjunto en si mismo considerado.

En el único supuesto en que quizás cabría la no aplicación de graduación debido a la máxima gravedad del hecho, aunque considero que en todas las causas legales analizadas debe de aplicarse sin exclusión alguna la teoría gradualista, sería 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 pues podría considerarse que no sólo se trata de un incumplimiento contractual que pueda causar un perjuicio a la empresa, al ámbito laboral de la misma, a su imagen,... sino que dicho incumplimiento atenta contra la dignidad e integridad moral de la persona acosada, dignidad que se protege

constitucionalmente y se manifiesta o se hace presente en diversos derechos fundamentales (Art. 14, 15, 16 y 18 CE), además de que el Código Penal prevé consecuencias jurídicas bastante más graves que el despido que es la sanción privativa de libertad, como puede ser el Art. 173.1 en relación con el acoso laboral, el cual establece: *"El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, suponga grave acoso contra la víctima"* o, en relación con el acoso sexual, el Art. 184.1, el cual dispone: *"El que solicite favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima en una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses"*, sin embargo, en el marco del Derecho Laboral y en especial en el régimen disciplinario y sancionador, siempre habrá que realizar una tarea de análisis exhaustivo de todas las circunstancias concurrentes, examinando tanto los elementos objetivos como subjetivos, aplicando el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción a la infracción.

Por último, decir que la teoría o doctrina gradualista no sólo debería ser aplicada en última instancia por los Jueces y Tribunales a la hora de declarar la procedencia o no del despido disciplinario sino que debería ser aplicada por el empresario desde el momento en que éste entra a juzgar la conducta en cuestión del trabajador.

6.- BIBLIOGRAFÍA:

- MANUALES:

- *"DESPIDO: OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO"* (MEMENTO PRÁCTICO, FRANCIS LEFEBVRE, 2013-2014).
- *"EL DESPIDO: ANÁLISIS Y APLICACIÓN PRÁCTICA"* (GORELL HERNANDEZ, JOSÉ. ED. TECNOS, 2006).
- *"DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO DEL TRABAJO"* (ÁLVAREZ ALCOLEA, MANUEL; GARCÍA BLASCO, JUAN; Y VAL DE TENA, ÁNGEL LUIS. 2012).
- *"TEORÍA DEL DERECHO"* (CALVO GARCÍA, MANUEL. TECNOS, 1996).

- NORMATIVA:

- LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.
- LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, DE 24 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/1995, DE 7 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL.
- LEY 36/2011, DE 10 DE OCTUBRE, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL.
- RESOLUCIÓN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, POR LA QUE REGISTRA Y PUBLICA EL CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD (BOE-A-2015-255).
- RESOLUCIÓN DE 27 DE ENERO DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, POR LA QUE SE REGISTRA Y PUBLICA EL VI CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESAS DE ENSEÑANZA PRIVADA SOSTENIDAS TOTAL O PARCIALMENTE CON FONDOS PÚBLICOS (BOE-A-2013-9028).
- RESOLUCIÓN DE 18 DE MARZO DE 2009, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, POR LA QUE SE REGISTRA Y PUBLICA EL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESAS DE CONSULTORÍA Y ESTUDIOS Y MERCADOS Y DE LA OPINIÓN PÚBLICA (BOE-A-2009-5688).
- RESOLUCIÓN DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, POR LA QUE SE REGISTRA Y PUBLICA EL III CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE INSTALACIONES DEPORTIVAS Y GIMNASIOS (BOE-A-2014-9986).
- RESOLUCIÓN DE 25 DE ABRIL DE 2012, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, POR EL QUE SE REGISTRA Y PUBLICA EL VI CONVENIO COLECTIVO DE MARCO ESTATAL DE

SERVICIOS DE ATENCIÓN A PERSONAS DEPENDIENTES Y DESARROLLO DE LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL (BOE-A-2010-14996).

• JURISPRUDENCIA:

- STS, DE 16 DE MAYO DE 1991 (RJ. 1991, 4171).
- STS, DE 9 DE MARZO DE 1994 (RJ. 1994, 2222).
- STS DE 27 DE DICIEMBRE DE 1987 (RJ. 1987, 8991).
- STS DE 31 DE ENERO DE 1991 (RJ. 1991, 203).
- STS DE 15 DE DICIEMBRE DE 1994 (RJ. 1994, 8277).
- STS DE 15 DE ABRIL DE 1992 (RJ. 1992, 20396).
- STS DE 5 DE FEBRERO DE 2008 (RJ. 2008, 804).
- STSJ DE CANTABRIA DE 11 DE FEBRERO DE 1999 (RJ. 1999, 5369).
- STSJ DE VALENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2002 (RJ. 2002, 1374).
- STSJ DE MADRID DE 19 DE ENERO DE 2015 (RJ. 2015, 900).
- STSJ DE CASTILLA LA MANCHA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2014 (RJ. 2014, 3375).
- STSJ DE CATALUÑA DE 14 DE ENERO DE 2015 (RJ. 2015, 478).
- STSJ DE CATALUÑA DE 30 DE ENERO DE 2003 (RJ. 2003, 55673).