



**Universidad**  
Zaragoza

# Trabajo Fin de Máster

Despido disciplinario

Autor

Elena Barrachina Villagrasa

Director

Ángel de Val Tena

Facultad de Derecho

2017 – 2018

## INDICE

ABREVIATURAS .....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. PODER SANCIONADOR DEL EMPRESARIO.....	7
2. INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR .....	9
2.1. Tolerancia empresarial previa.....	9
2.2. Incumplimiento grave y culpable .....	10
3. CAUSAS DE DESPIDO .....	11
3.1. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo .....	12
3.1.1. Inasistencia al trabajo .....	14
3.1.2. Impuntualidad en el trabajo .....	16
3.2. Indisciplina o desobediencia en el trabajo .....	16
3.3. Ofensas verbales o físicas .....	18
3.3.1 Ofensas verbales .....	19
3.3.2. Malos tratos físicos.....	21
3.4. Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza.....	21
3.4.1. Abuso de confianza y deslealtad .....	21
3.4.2. Apropiaciones .....	22
3.4.3. Uso indebido del ordenador y de Internet .....	23
3.4.4. Concurrencia desleal.....	23
3.4.5. Vulneración del pacto de plena dedicación .....	24
3.4.6. Incompatibilidades .....	25
3.4.7. Actividad incompatible con la IT .....	25
3.5. Disminución del rendimiento en el trabajo.....	26
3.6. Embriaguez habitual y toxicomanía .....	26
3.6.1. Embriaguez.....	27

3.6.2. Toxicomanía .....	27
3.7. Acoso en el trabajo .....	29
4. COMUNICACIÓN DEL DESPIDO .....	31
4.1. Carta de despido.....	31
4.1.1. Hechos .....	32
4.1.2. Fecha de efectos.....	33
4.1.3. Imposibilidad de entregar la carta de despido .....	33
4.2. Notificación a la representación legal de los trabajadores.....	34
4.3. Despido de los representantes de los trabajadores y afiliados a un sindicato.	35
4.4. Retracción del empresario.....	36
5. CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA .....	39
JURISPRUDENCIA.....	40
LEGISLACIÓN.....	46

## ABREVIATURAS

<b>AH</b>	Antecedente de hecho
<b>Art.</b>	Artículo
<b>Arts.</b>	Artículos
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CC</b>	Código Civil
<b>Cit.</b>	Cita
<b>ET</b>	Estatuto de los Trabajadores
<b>FJ.</b>	Fundamento jurídico
<b>IT</b>	Incapacidad temporal
<b>LGSS</b>	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
<b>LISOS</b>	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
<b>LSJ</b>	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
<b>LOLS</b>	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.
<b>núm.</b>	Número
<b>OIT</b>	Organización Internacional del trabajo
<b>Pág.</b>	Página
<b>págs.</b>	Páginas
<b>RAE</b>	Real Academia Española
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto el estudio del despido disciplinario, figura que posibilita la extinción del contrato de trabajo a instancia del empresario justificado por el incumplimiento contractual del trabajador. Este tipo de despido actúa como la manifestación más grave del poder disciplinario del que dispone el empresario, lo que obliga a una interpretación restrictiva.

Dicha exigencia, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>1</sup>, se plasma tanto en la Constitución como en compromisos internacionales, que hacen que rijan el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y forma. Ello no quiere decir que dentro del poder disciplinario que ostenta el empresario, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede a este para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad.

Así, en el trabajo se lleva a cabo un detallado estudio, con ayuda de la Jurisprudencia, de todas las circunstancias constitutivas de grave antijuricidad, con las necesarias condiciones de gravedad, culpabilidad y proporcionalidad, que constituyen causa de despido disciplinario. Pues no debe olvidarse, que el derecho laboral se concreta en la CE<sup>2</sup> en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa.

Este incumplimiento del trabajador necesariamente ha de ser del género de los enumerados en el párrafo segundo del art. 54 del ET. Actuando estos como causas que permiten, tanto al empresario como al trabajador, y en una última instancia a los

---

<sup>1</sup> STC 192/2003, de 27 de octubre ( FJ cuarto, párrafo 2º)

<sup>2</sup> El art. 35.1 de la CE defiende que *“todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

Tribunales, justificar y dar validez o, por el contrario, invalidez a este despido disciplinario.

Del mismo modo, se examina la forma del despido disciplinario analizando la carta de despido, las singularidades del despido en el supuesto de que se trate de los representantes de los trabajadores y de los trabajadores afiliados a un sindicato, la posibilidad de subsanar un despido formalmente incorrecto, y la dependencia de la forma con los efectos del despido y su calificación.

## 1. PODER SANCIONADOR DEL EMPRESARIO

El trabajador por cuenta ajena se define por el Estatuto de los Trabajadores en su artículo primero, como aquel que presta sus servicios en el ámbito de organización y dirección del empresario, debiendo además hacerlo, cumpliendo con las órdenes e instrucciones del empleador como manifestación del ejercicio regular de las facultades de dirección de éste<sup>3</sup>, que se complementa con la potestad sancionadora contemplada en el ordenamiento jurídico.

Este poder sancionador<sup>4</sup> o disciplinario empresarial es un poder punitivo, que faculta a todo empresario para imponer “penas privadas” frente a los incumplimientos contractuales del trabajador con el único fin de mantener el orden y el ritmo de trabajo en la empresa. Constituye de esta forma, una especie de autotutela que permite al empresario imponer sanciones de forma unilateral, si bien las mismas siempre podrán ser revisadas ante la jurisdicción competente.

Así pues, las decisiones sancionadoras tienen eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a instancias judiciales para su imposición y efectividad. Y de forma correlativa, el trabajador ostenta el derecho a instar y obtener en la vía judicial laboral la revisión de la decisión empresarial (STC 206/1987).

Para que la facultad disciplinaria del empresario pueda ser ejercida deben respetarse<sup>5</sup> los *“los principios de tipicidad de la falta y legalidad en la sanción, sin que sea posible*

---

<sup>3</sup> Art. 5.c) del ET dispone que *“Los trabajadores tienen como deberes básicos: cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”*.

<sup>4</sup> Art. 58.1 del ET establece que *“Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”*.

<sup>5</sup> STSJ MADRID, de 9 de octubre de 2015 señala que *“El ejercicio del poder disciplinario empresarial está sujeto a límites materiales, entre ellos: A). Que la falta se encuentre tipificada en la norma legal o convencional de aplicación a la empresa, de manera que no se sancione por conductas que no estén descritas en tales normas. B). Que la graduación de la falta se haya realizado atendiendo a principios de individualización y proporcionalidad correspondiendo al Juez de lo Social examinar si la sanción impuesta es acorde a la gravedad de la conducta del trabajador, teniendo en cuenta la trayectoria profesional, la antigüedad, los hechos coetáneos y posteriores, la mayor o menor responsabilidad. C). Que no se discrimine a los trabajadores en la imposición de la sanción cuando concurren los mismos hechos salvo circunstancias que justifiquen la imposición de sanciones diferentes. D). Que no se haya*

*imponer sanciones distintas a las fijadas en disposiciones legales o en convenios colectivos. La sujeción a tales principios deriva del hecho de que el poder disciplinario no es ilimitado sino que, por el contrario, debe respetar los principios generales propios de la naturaleza punitiva de la sanción”.*<sup>6</sup> La tipificación que se contiene en el Estatuto de los Trabajadores es general, no quedando precisadas las faltas a aquellas conductas que de una forma reducida se comprenden en el enunciado del art. 54, sino que debe interpretarse como un *numerus apertus*. Se permite otras tipificaciones a través de los convenios colectivos, atendiendo a la diversa incidencia y trascendencia que los incumplimientos laborales tienen en su particular ámbito. Esto se debe a las especiales y singulares repercusiones que derivan de la propia especificidad y particularidad de los diferentes sectores productivos<sup>7</sup>.

Así mismo, el principio *non bis in ídem*<sup>8</sup>, que supone que cualquier incumplimiento laboral, una vez sancionado, no pueda dar lugar a una sanción posterior, con la salvedad de las reincidencias que pueden actuar como agravantes de la conducta sancionada.

En cualquier caso, la actividad sancionadora deberá evitar cualquier forma de aplicación sorpresiva del ejercicio del poder disciplinario, el cual se desarrollará respetando siempre con el principio de proporcionalidad. Ello no solamente se traduce en que la normativa sectorial describa las conductas sancionables y las correspondientes sanciones ofreciendo criterios para graduar la gravedad de estas conductas, “*sino también [...] en el ajuste del principio de igualdad a la relación de trabajo y [...] desde una perspectiva más amplia, en el trasvase de este principio, plasmado en el ejercicio no abusivo de los derechos, conforme a los principios de igualdad, justicia y proporcionalidad de las sanciones laborales*”.<sup>9</sup>

Todos los incumplimientos que resultan sancionables no se encuentran tipificados en el Estatuto de los Trabajadores, sino que van a ser los convenios los cuales en la práctica

---

*sancionado previamente por los mismos hechos [...] E). Que la sanción impuesta no esté prohibida legalmente [...]”.*

<sup>6</sup> STSJ de Cantabria 965/2016, de 1 de julio de 2016 (FJ segundo, párrafo 4º)

<sup>7</sup> STSJ de Islas Canarias 3350/2013, de 30 de julio (FJ cuarto, párrafo 3º)

<sup>8</sup> STSJ de Madrid 4923/2015, de 15 de marzo (FJ segundo, párrafo 29º)

<sup>9</sup> STSJ de la Rioja 218/2006, de 6 de abril. (FJ cuarto, párrafo 4º)



van a facilitar una regulación minuciosa de faltas y sanciones, haciendo distinción entre leves, graves y muy graves.

Una línea roja a la hora de imponer las sanciones es que estas nunca pueden consistir en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al ascenso del trabajador; así como tampoco la pérdida de categoría profesional del trabajador o multas de haber<sup>10</sup>.

## **2. INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR**

Es requisito necesario para que los incumplimientos del trabajador constituyan un motivo que justifique la sanción de despido, que estos alcancen cotas de culpabilidad y gravedad elevadas<sup>11</sup>.

Para apreciar la graduación y proporcionalidad de la respuesta sancionadora, debe llevarse a cabo un análisis particular de cada comportamiento del trabajador, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que han configurado el hecho, así como las del autor.

Son factores a tener en cuenta para analizar si el incumplimiento del trabajador tiene suficiente entidad para ser causa de despido disciplinario, el grado de tolerancia empresarial al tipo de conductas que se quieren sancionar, la gravedad y culpabilidad del incumplimiento, así como si la conducta considerada sancionable deriva del ejercicio de algún derecho fundamental.

### **2.1. Tolerancia empresarial previa**

Esta queda conceptuada por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de Septiembre de 1987, como *"una actitud permisiva empresarial de los incumplimientos contractuales*

---

<sup>10</sup> La configuración de estas sanciones como ilegales encuentra su fundamento en el art. 58.3 del ET. Así, el TC en su sentencia 324/2006, de 20 de noviembre, reconoce el derecho a vacaciones anuales retribuidas, señalando que *"sin ser absoluto en cuanto a las fechas de su ejercicio, forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social. En la actualidad aparece como un principio rector en el art. 40.2 CE, que se refiere a "las vacaciones periódicas retribuidas"*.

<sup>11</sup> STSJ de Madrid 4016/2006, de 30 de mayo. (FJ cuarto, párrafo 4º)

*que reduce la gravedad de la conducta imputada a efectos de justificar el despido, exigiendo que ésta tenga suficiente consistencia para que a partir de la misma sea deducible una voluntad de admitir como no sancionables determinados incumplimientos contractuales".* Recalcar que la tolerancia no genera un derecho sobre el trabajador, de ser incumplidor.

Esto es, que si se da una situación de tolerancia y permisividad, admitiendo pacíficamente la conducta irregular del trabajador, el empresario no puede practicar un despido sorpresivo, contradiciendo sus propios actos. De otra forma se estaría actuando contra la buena fe y la lealtad, principios que deben presidir toda relación laboral. Lo que si puede hacer el empresario es efectuar una advertencia sobre el particular a fin de dejar sin efecto tal autolimitación.

## **2.2. Incumplimiento grave y culpable**

Es requisito esencial para que la actuación del trabajador pueda considerarse causa de despido disciplinario que el incumplimiento de éste alcance cotas de culpabilidad y gravedad suficiente<sup>12</sup>, notas que deben concurrir acumulativamente.

De esta forma, para entrar a valorar si la gravedad del incumplimiento contractual justifica la decisión extintiva del empresario, debe prestarse atención además de al dato objetivo del incumplimiento producido, 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<sup>13</sup>. Dicha teoría busca la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto<sup>14</sup>, así como atendiendo a otras circunstancias que permiten matizar el enjuiciamiento, como son la antigüedad del trabajador en la empresa, la conducta anterior del mismo y sanciones anteriores, el perjuicio económico

---

<sup>12</sup> El art. 54.1 del ET establece que *“El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador”*.

<sup>13</sup> STSJ de Islas Canarias 813/2012, de 31 de enero. (FJ segundo, párrafo 9º)

<sup>14</sup> STSJ de Galicia 4751/2017, de 23 de junio (FJ sexto, párrafo 12º)

o de otra índole producido, etc., pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción.

En algunos casos, como veremos más adelante, la descripción legal de la conducta sancionable exige que concurren determinadas circunstancias agravantes. Así por ejemplo será necesaria la reiteración en el caso de las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo, la continuidad para en el caso de la disminución en el rendimiento o la habitualidad en la embriaguez que influye de manera negativa en el trabajo.

En lo referido la necesidad de culpabilidad ha de tenerse presente que, para poder conceptuar una concreta conducta como causa justa de despido disciplinario, no es imprescindible que la misma sea de carácter doloso, pues pueden ser sancionables con despido las acciones simplemente culposas o negligentes, cuando esa negligencia sea grave e inexcusable, debiendo entrar a valorar la trascendencia y gravedad de dicha negligencia y sus consecuencias.

### **3. CAUSAS DE DESPIDO**

Es en el segundo punto del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores, se recogen los siete supuestos en los que es necesario subsumir cualquier incumplimiento para que este implique como consecuencia el despido.

Los convenios colectivos tienen capacidad para precisar con un mayor detalle los genéricos supuestos legales, siempre que encuentren un encaje entre las causas del artículo citado, no pudiendo configurar como faltas muy graves susceptibles de esta sanción conductas que no tendrían consideración de causas de despido con arreglo al ET.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Nos encontramos ante sanciones privadas en cuyo caso la exigencia de tipicidad es menos estricta que la exigida constitucionalmente cuando se trata de medidas adoptadas en el ámbito del derecho sancionador del Estado (STC 69/1983, de 26 de julio).

### 3.1. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. Art.54.2 a) ET

En este apartado se recogen dos conductas infractoras distintas: por una parte, la inasistencia al trabajo y, por otra, las faltas de puntualidad<sup>16</sup>. En ambos casos, el bien jurídico protegido es el cumplimiento del contrato suscrito por parte del trabajador, que debe prestar su trabajo como contrapartida a la retribución salarial que recibe<sup>17</sup>.

El trabajador, con su ausencia en el puesto de trabajo o por no cubrir la totalidad de la jornada pactada, frustra de un modo injustificado el objeto del contrato de trabajo, permitiéndose al empresario resolver el mismo, como es propio en los contratos recíprocos<sup>18</sup>.

El ET no nos determina cual es el número de inasistencias o impuntualidades, que implicarían un rechazo social suficiente para convalidar la decisión extintiva empresarial, siendo necesario, por consiguiente, analizar las faltas de asistencia o puntualidad, atendiendo no sólo a su comisión, sino también al momento y a la motivación que las causó, así como a las consecuencias negativas que hubieran podido conllevar para la empresa.<sup>19</sup>

La necesidad de que las faltas de puntualidad o de asistencias sean repetidas e injustificadas para convertirse en causa de despido, nos hace entender que el elemento cuantitativo de dichas faltas comporta el elemento esencial del tipo, y la ausencia de justificación la causa del tipo. Existe un acuerdo doctrinal en considerar que la

---

<sup>16</sup> Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se tendrán por justificadas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según procesa, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la mayor brevedad (art. 21.4 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

<sup>17</sup> STSJ de Andalucía 11512/2007, de 16 de octubre de 2007 (FJ tercero, párrafo 2º)

<sup>18</sup> El art. 1124 del CC nos señala que “*la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe*”. Así pues, la conducta del que incumple primero motiva el derecho de resolución y libera desde entonces de los compromisos contraídos.

<sup>19</sup> STSJ de Andalucía 11512/2007, de 16 de octubre de 2007 (FJ tercero, párrafo 6º)

exigencia de la “repetición” del incumplimiento del trabajador prevista para estos casos es un elemento de valoración de la “gravedad” de la conducta<sup>20</sup>.

Las faltas de asistencia y puntualidad pueden producirse de un modo continuado o bien de manera cíclica, siendo los convenios colectivos los que suelen fijar el número de faltas en un determinado periodo de tiempo. Así pues, si el trabajador se ausenta del trabajo o es impuntual en el periodo previsto y por encima del tope señalado en convenio, aquel será merecedor de la sanción de despido, con independencia de que las faltas no se hayan producido de modo continuado.<sup>21</sup>

La falta quedará justificada si el trabajador acredita la concurrencia de hechos ajenos a su voluntad, teniendo, por tanto, que *“justificar los motivos que le impidieron el cumplimiento de sus obligaciones de asistencia y puntualidad, bien con anterioridad al incumplimiento, bien si se dan circunstancias que impidan el preaviso por parte del trabajador, en el más breve tiempo posible, remediando del mejor modo las dificultades, que su ausencia o impuntualidad hubiera podido producir a la empresa, debiendo acreditar, en todo caso, con posterioridad a la ausencia o a la impuntualidad las razones o causas de justificación de las mismas”*.<sup>22</sup>

Por último, se debe este despido disciplinario de aquel que da lugar al despido por causas objetivas, de este modo, las faltas intermitentes, aun cuando este justificadas, son casusa de extinción por circunstancias objetivas, siempre que dichas superes los límites previstos.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> MORENO GENÉ, Josep, ROMERO BURILLO, Ana M<sup>a</sup>. *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales*. Revista Internacional de Organizaciones. 2012. Pág. 49

<sup>21</sup> STSJ de Andalucía 11512/2007, de 16 de octubre de 2007 (FJ tercero, párrafo 8º)

<sup>22</sup> STSJ de Andalucía 11512/2007, de 16 de octubre de 2007 (FJ tercero, párrafo 10º)

<sup>23</sup> El art. 52.d) del ET dispone que el contrato podrá extinguirse *“por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”*.

### 3.1.1. Inasistencia al trabajo

La inasistencia al puesto de trabajo constituye un incumplimiento sancionable del trabajador, siempre que, por su reiteración, adquiera una gravedad suficiente.

El empresario tiene la obligación de acreditar que el trabajador no ha acudido a su puesto de trabajo unos días determinados. A partir de ahí corresponde al trabajador alegar y probar, de contrario, las causas que justifiquen su inasistencia, si pretende que ésta no sea sancionable.

Parece necesario precisar el sistema de cómputo de las inasistencias, ya que son muchos los convenios colectivos que califican la gravedad de las faltas del trabajador en función del número de días de inasistencia. *“Es actualmente pacífico que la expresión faltas repetidas de asistencia no se refiere a días naturales de 0 a 24 horas, sino a jornadas de trabajo, sea cual fuere el horario señalado y su duración, con tal de comprender todo el tiempo exigible en horas de permanencia en el puesto de trabajo”*. Esto nos lleva a entender que se computa como falta completa la inasistencia del trabajador los días en que se realice una jornada reducida.<sup>24</sup> Es importante señalar que si el trabajador se ausenta únicamente durante parte de la jornada, esto no constituye una falta de asistencia, sino una falta de puntualidad, ya que solamente supone un incumplimiento del horario<sup>25</sup>.

Señalar, además, que se valora como inasistencia al trabajo la falta a cursos de formación obligatorios u otras actividades empresariales de obligatoria asistencia en virtud del contrato de trabajo.<sup>26</sup>

A los efectos de delimitar el abandono frente al despido disciplinario por faltas de asistencia al trabajo, en los supuestos donde el trabajador deja de asistir a su puesto de trabajo, la empresa debe tener cuidado con considerar que la voluntad de este es romper definitivamente la relación laboral. Para que pueda apreciarse la concurrencia de la causa extintiva prevista en el art.49.3.b) del ET, ya se trate de dimisión en sentido

---

<sup>24</sup> STSJ de Andalucía 11512/2007, de 16 de octubre de 2007 (FJ tercero, párrafo 4º)

<sup>25</sup> STSJ de Islas Canarias 1664/2001, de 30 de abril de 2001 (FJ primero, párrafo 5º)

<sup>26</sup> La STSJ de Castilla León, de 12 de marzo de 2001 señala en su P. que *“las faltas de asistencia a las enseñanzas teóricas son equiparables a las faltas de asistencia al trabajo que el artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores sanciona con despido”*.

estricto o de abandono, debe producirse *“una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en ese sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral”*<sup>27</sup>. Si no resulta claramente patente la voluntad extintiva del trabajador, el empresario podría ser condenado por despido improcedente ante una reclamación del trabajador. El TS en su sentencia de 8 de febrero de 1981<sup>28</sup>, recuerda que para valorar el propósito del trabajador *“hay que precisar de forma inequívoca las motivaciones e impulsos que le animan, toda vez que la voluntad de realizar un acto culposo laboral es diferente de la necesaria para extinguir la relación laboral”*.

Como supuesto distinto a la mera inasistencia, en ocasiones, viene configurándose el abandono injustificado del puesto de trabajo, constituyéndose como una transgresión de la buena fe contractual, por cuanto desorganiza injustificadamente el funcionamiento empresarial.<sup>29</sup>

Dentro de esta causa de incumplimiento cabe comprender la decisión unilateral del trabajador para fijar las fechas de disfrute de las vacaciones, pues su determinación debe hacerse por acuerdo entre trabajador y empresario, en defecto del cual puede acudirse a la jurisdicción competente. Esta decisión de otro modo, llevará aparejada la consecuencia de despido, en tanto que las ausencias que sigan a la misma se entenderán como faltas sin justificación<sup>30</sup>.

En cuanto a las ausencias al trabajo derivadas de la privación de libertad, sólo a partir de la firmeza de la sentencia penal son constitutivas de incumplimiento contractual sancionable con el despido, dado que con anterioridad a la misma constituyen un supuesto de suspensión del contrato<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> STSJ de Castilla y la Mancha 3375/2016, de 15 de diciembre. (FJ séptimo, párrafo 7º)

<sup>28</sup> STS 2714/1981, de 6 de febrero. (Consideraciones)

<sup>29</sup> STSJ de Asturias 3560/2013, de 15 de noviembre (FJ tercero, párrafo 22º)

<sup>30</sup> STSJ de Cantabria 216/2000, de 8 de febrero. (FJ tercero, párrafo 4º)

<sup>31</sup> CAMPS RUIZ, Luis Miguel y RAMIREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Derecho del trabajo*. Tirant lo Blanch. 2016. Pág. 515. En atención al art. 45.1.g del ET.

### **3.1.2. Impuntualidad en el trabajo**

La falta de puntualidad también es un incumplimiento contractual del trabajador, pues la obligación de este es permanecer en su puesto de trabajo desde el comienzo de la jornada pactada hasta su finalización.

La jurisprudencia admite, así mismo, que cuando se producen retrasos injustificados en la realización de actividades, asimilables a la prestación de trabajo, como la asistencia por ejemplo los cursos de formación, estos son equiparables a los retrasos que el ET sanciona con despido disciplinario.

### **3.2. Indisciplina o desobediencia en el trabajo. Art.54.2 b) ET**

El bien jurídico protegido por esta causa de despido es la disciplina en el seno de la empresa, correlato de la situación de dependencia del trabajador propia del contrato de trabajo.

Cabe hacer una distinción entre estos dos conceptos. Mientras para la desobediencia se necesita la previa existencia de órdenes empresariales y el comportamiento contrario a las mismas, para la indisciplina basta con una conducta contraria a la norma laboral o al contenido de las obligaciones contractuales, sin exigir órdenes expresas pero sí de la buena fe que rige la relación de trabajo. Ambos incumplimientos, de acuerdo con la genérica característica recogida en el art. 54.1 ET, han de ser graves y culpables. Sin embargo, para el caso de la desobediencia, al comportamiento del trabajador deben unirse elementos caracterizadores relativos a la orden incumplida y el carácter justificado o injustificado de esta<sup>32</sup>.

Las órdenes expedidas por el empresario deben ser claras, concretas y corresponder al ámbito de la empresa, así como referidas al área de las facultades del trabajador<sup>33</sup>. No extiende la protección a las órdenes que resulten caprichosas o totalmente extrañas a las obligaciones laborales del trabajador<sup>34</sup>, pues el deber de obediencia del trabajador no

---

<sup>32</sup> STSJ de la Rioja 409/2000, de 4 de mayo (FJ tercero, párrafo 1º)

<sup>33</sup> STSJ de Cataluña 4027/2017, de 4 de mayo. (FJ segundo, párrafo 2º)

<sup>34</sup> La STSJ de Madrid 10018/2008, de 16 de junio, entiende que no podrá apreciarse desobediencia que sirva de justificación para despedir al trabajador, cuando este cumpla con las órdenes encomendadas por



puede entenderse como una obligación absoluta, sino que ha de tratarse de mandatos dados en el ejercicio regular de las facultades directivas, de forma que el trabajador puede negarse a cumplirlas, sin incurrir en desobediencia, en el momento que el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho.<sup>35</sup>

De esta forma, la desobediencia debe consistir en una resistencia terminante, persistente y reiterada<sup>36</sup>, para que pueda sancionarse como despido, sin que una simple desobediencia, que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada, pueda ser sancionada con la extinción del contrato.

Dentro esta causa de despido cabe incluir el incumplimiento del trabajador de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales<sup>37</sup> y de la prohibición de fumar en centros de trabajo. Así mismo, ha de incluirse la participación en huelga ilegal o abusiva, atendiendo al grado de intervención del propio trabajador<sup>38</sup>.

Por último, hablar de la regla “*obedece y luego reclama*”, por la cual el trabajador debe obedecer, a no ser que pruebe que existen razones poderosas (penosidad, peligrosidad u

---

el empresario, aunque posteriormente exprese su malestar y desacuerdo, debiendo únicamente analizar las expresiones utilizadas para la manifestación de aquel.

<sup>35</sup> STSJ de Islas Canarias 300/2005, de 31 de enero. (FJ quinto, párrafo 4º)

<sup>36</sup> La STSJ de Galicia 5220/2012, de 12 de junio. (FJ segundo, párrafo 6º), hace alusión a un pronunciamiento del TS, con fecha 5 de noviembre de 1990, sobre los condicionantes que debe cumplir la desobediencia para que sea sancionada como despido.

<sup>37</sup> Conforme al art.29.3 de la Ley 31/1995, de prevención de Riesgos laborales, “*El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas. Lo dispuesto en este apartado será igualmente aplicable a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo, con las precisiones que se establezcan en sus Reglamentos de Régimen Interno*”.

<sup>38</sup> El TS en su sentencia de 18 de julio de 1986, afirma que “*se estará ante una causa de despido disciplinario cuando la misma quede subsumida en alguno de los incumplimientos contractuales graves y culpables del artículo 54, pues será el particular modo de participación del trabajador en una huelga ilegal concreta, desarrollada de la forma singular en que lo haya sido, lo que permitirá decidir si ha concurrido o no un incumplimiento contractual grave y culpable*”. Es por tanto necesario que concurren dos requisitos, un elemento objetivo como es la calificación de ilegal de la huelga; y un elemento subjetivo cuyo análisis debe realizarse aplicando un criterio individualizados que permita valorar las circunstancias que concurren en la conducta, así como un criterio gradualista que atienda al grado de participación y a la gravedad. De otra forma, en el ejercicio de las facultades disciplinarias del empresario se estarían produciendo resultados inconstitucionales que lesionan derechos fundamentales del trabajador (STC 173/1994, de 7 de junio)

otras) para no hacerlo. De otra forma esta conducta operaría como infracción con entidad suficiente como para conllevar el despido<sup>39</sup>.

### 3.3. Ofensas verbales o físicas. Art.54.2 c) ET

La realidad social impone que se observe en la vida de relación un recíproco respeto entre las personas, que deben adecuar su comportamiento a las circunstancias del lugar y del momento, de acuerdo con la dignidad inmanente a la naturaleza humana, que constituye en el campo laboral un derecho básico.<sup>40</sup>

Por tanto, las ofensas verbales o físicas a la persona del empresario, a otros trabajadores de la empresa o a los familiares con los que convivan, tienen como resultado el quebrantamiento de la comunidad armónica de trabajo, el orden el mutuo respeto, la consideración, el respeto a la dignidad personal, la disciplina laboral, el mantenimiento de la autoridad, o el trabajo común; por ello, son causa de despido disciplinario.

Corresponde al empresario velar para que las personas a su servicio queden protegidas de este tipo de comportamientos, adoptando las decisiones necesarias para combatir las conductas contrarias a los derechos de estos<sup>41</sup>.

La jurisprudencia ha declarado que *“es exigible, para convalidar la procedencia del despido por causa de ofensas verbales o físicas, que el empresario acredite que los malos tratos son graves y culpables, calificación que hay que hacer tras examinar las especiales circunstancias que aparezcan en cada supuesto, los datos subjetivos y objetivos concurrentes, el recíproco comportamiento de los intervinientes, las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida, los medios que se empleen, etc., buscando siempre la proporcionalidad y la adecuación entre la conducta y la sanción”*<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> STSJ de Cantabria 709/2002, de 12 de abril. (FJ segundo, párrafo 4º)

<sup>40</sup> STSJ de las Islas Canarias 1422/2017, de 12 de junio. (AH séptimo)

<sup>41</sup> STC 203/2015, de 5 de octubre (FJ cuarto, párrafo 5º)

<sup>42</sup> STSJ de Cataluña 11234/2017, de 15 de diciembre (FJ segundo, párrafo 7º)

El tratamiento jurisprudencial de las ofensas verbales y de las agresiones físicas es diferente según su gravedad. De este modo, las ofensas verbales pueden y deben ser enjuiciadas en el contexto en que se hubieran producido, dando lugar a la procedencia o a la improcedencia del despido, según las circunstancias concurrentes. Por el contrario, las agresiones físicas son siempre graves en el ámbito laboral, teniendo la empresa el derecho a despedir al trabajador que ha agredido físicamente a otro, salvo que hubiera existido provocación suficiente por parte de éste o agresiones recíprocas en riña aceptada por ambos.<sup>43</sup>

Respecto a la incidencia de una previa provocación, esta ha sido considerada por la jurisprudencia como un atenuante a la hora de apreciar la gravedad y trascendencia de la conducta<sup>44</sup>. *“De tal forma que la agresión física a un compañero, sancionable «in genere» con el despido, no puede acarrear esta consecuencia irreparable, [...], cuando el agredido previamente ha insultado al agresor con expresiones ciertamente ofensivas, injuriosas, suficientes para provocar en él una alteración de ánimo, perturbadora de la serenidad que la persona siempre debe mantener”*.<sup>45</sup>

### 3.3.1 Ofensas verbales

El TS, en su sentencia de 16 de mayo de 1991, señaló que el ataque debe tener *“la suficiente entidad como para entender razonablemente que la convivencia entre insultante e insultado realmente no resulte ya posible en el seno de la empresa”*.

Para llevar a cabo una valoración de las expresiones ofensivas pronunciadas por los trabajadores debe tenerse en cuenta:

- La libertad de expresión y el respeto a la dignidad y el honor de quienes conforman la empresa. Ambos derechos encuentran su amparo en la Constitución (arts. 10, 18 y 20 de la CE). Respecto a la libertad de expresión, la jurisprudencia señala que el ejercicio de esta *“no puede en forma alguna*

---

<sup>43</sup> STSJ de Madrid 365/2012, de 22 de febrero. (FJ segundo, párrafo 2º)

<sup>44</sup> La STS 13621/1986, de 22 de julio señala como atenuante de la gravedad de la conducta la provocación cuando nos manifiesta en su fundamento de derecho único: *“sin que quepa apreciar en el supuesto de autos elementos que puedan atenuar esa gravedad del acto o la culpabilidad del agente, al no haberse demostrado la existencia de provocación por parte del agredido”*.

<sup>45</sup> STSJ de Cataluña 12272/2002, de 30 de octubre. (FJ séptimo, párrafo 4º)

*justificar, sin más, el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que excedan del derecho de crítica dentro de los cánones de la corrección”<sup>46</sup>.*

- La intención con ánimo de injuriar del trabajador, los factores subjetivos que intervienen en el hecho, el momento y las circunstancias bajo las cuales se llevan a cabo. Esto es así porque un acto, gesto o palabra puede elevar la gravedad de una situación o todo lo contrario.
- El instrumento utilizado, pues la ofensa vertida por escrito al exigir reflexión, viene considerándose de mayor gravedad<sup>47</sup>, ya que no puede darse la justificación de acaloramiento temporal. Por otra parte, tiene relevancia la publicidad de las expresiones vertidas, entendiéndose procedente el despido cuando se publica un comunicado con expresiones insultantes para la empresa y para los compañeros de trabajo.<sup>48</sup>

El fundamento de la causa de despido varía también en función de quién sea el sujeto pasivo.

Cuando el sujeto pasivo de la ofensa es el empresario, directivos o compañeros de trabajo superiores jerárquicamente al ofensor, el despido se justifica por la exigencia de la disciplina jerárquica laboral indispensable en la organización del trabajo. Es obligado el respeto hacia el empresario que le proporcionaba trabajo y salario.<sup>49</sup>

Por otro lado, si el sujeto pasivo de la ofensa es un compañero de trabajo, no superior jerárquico del ofensor, u otras personas que tengan algún tipo de relación con la empresa, el fundamento es el respeto mutuo y la dignidad humana.

Cuando el maltrato se da sobre trabajadores subordinados, de una forma reiterada, no sólo constituye una falta grave de respeto y consideración a los mismos, con indicios suficientes de constituir un acoso laboral, sino un abuso de las gestiones encomendadas por la empresa.

---

<sup>46</sup> STSJ de Andalucía 35/2018, de enero de 2018. (FJ cuarto, párrafo 3º)

<sup>47</sup> STSJ de Cantabria 1720/2001, de 28 de septiembre de 2001. (FJ tercero, párrafo 1º)

<sup>48</sup> STSJ de Cataluña 2295/2001, de 20 de febrero de 2001. (FJ segundo, párrafo 10º)

<sup>49</sup> STSJ de Cataluña 3636/2001, de 15 de marzo de 2001. (FJ segundo, párrafo 3º)

### **3.3.2. Malos tratos físicos**

Por maltrato físico se entienden las agresiones físicas que atentan contra la integridad corporal, al margen de su mayor o menor contundencia y de que resulten o no lesiones como consecuencia de la agresión.

Al igual, que en las ofensas verbales, no es necesaria la reiteración, aunque ciertamente la insistencia en el maltrato deviene necesariamente como agravante, siendo irrelevante, que la conducta del trabajador sea considerada como delito o falta.

## **3.4. Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza**

Art.54.2 d) ET

Este apartado puede tener la consideración de causa genérica (cajón de sastre), que permite sancionar diversos comportamientos llevados a cabo por el trabajador y que no requieren de voluntad consciente de producir daño, ya que la culpa puede resultar de una actuación negligente o del desinterés en el cumplimiento de las obligaciones.

El concepto de buena fe, tal y como nos aparece dispuesto en el art. 7.1 del CC, en relación con otros preceptos en los que expresamente también se alude a dicho principio, se entiende como un comportamiento socialmente esperado en función de convicciones éticas imperantes en la comunidad. En definitiva, constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible.

Los supuestos más frecuentes encuadrados en la transgresión de a buena fe contractual son:

### **3.4.1. Abuso de confianza y deslealtad**

La deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad, eliminado de forma voluntaria los valores éticos que deben inspirar al trabajador. También consiste en usar con exceso el empleo de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón del cargo que desempeña, rebasando los límites que el

cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y ello en provecho propio o en el de un tercero, que no sea, naturalmente, acreedor directo de las prestaciones empresariales<sup>50</sup>.

En engaño o la falsedad llevada a cabo en el marco del contrato de trabajo quiebra totalmente la confianza de la empresa en el trabajador, justificándose, de este modo, la decisión extintiva empresarial.

### **3.4.2. Apropiaciones**

La apropiación indebida de bienes o de dinero actúa como causa de despido por transgresión de la buena fe contractual<sup>51</sup>. Esto encuentra su razón en que la pérdida de confianza por sustracciones o apropiaciones indebidas no es graduable, no siendo posible apreciar como circunstancia atenuante la escasa entidad económica de lo apropiado porque la esencia de la transgresión a la buena fe contractual no radica en la causación de un daño evaluable económicamente, sino en la vulneración de la lealtad debida, de la buena fe, recíprocamente exigible en cualquier relación contractual y significativamente en la laboral<sup>52</sup>.

Respecto a si procede la sanción de despido disciplinario por transgresión de la buena fe por hurto, fuera de la jornada y lugar de trabajo, el Tribunal Supremo<sup>53</sup> entiende que sí ya que este comportamiento perjudica intencionalmente y de forma deliberada a la empresa y que guarda estrecha vinculación con el contrato de trabajo.

---

<sup>50</sup> STSJ de Galicia 347/2012, de 30 de enero (FJ sexto, párrafo 7º)

<sup>51</sup> La STSJ de Andalucía 7558/2016, de 13 de julio analiza la captación de imágenes de la trabajadora y la falta de consentimiento de ellas, con las que se pretende demostrar la apropiación de alimentos, de esta forma nos señala que *“en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Esta excepción a la exigencia de consentimiento aparece también recogida en el art. 10.3 b) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal [...], según el cual los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad del consentimiento del interesado cuando "se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o pre-contrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento". Si será por tanto necesario el consentimiento cuando el tratamiento de datos se utilice con una finalidad ajena al cumplimiento del contrato. Ahora bien, "aunque no sea necesario el consentimiento en los casos señalados, el deber de información sigue existiendo, pues este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante"*.

<sup>52</sup> STSJ de Asturias 2850/2015, de 30 de diciembre (FJ segundo, párrafo 13º)

<sup>53</sup> STS 3592/2017, de 21 de septiembre.

### **3.4.3. Uso indebido del ordenador y de Internet**

Es necesario marcar unas reglas de uso previas e informar a los trabajadores del control de los medios informáticos que van a llevarse a cabo en la empresa, siempre respetando los derechos fundamentales, sobre todo el derecho al secreto de las comunicaciones.

Respecto al uso del móvil o Internet para fines personales en el trabajo, solo resultará sancionable en aquellos casos en los que se manifieste un abuso de ello<sup>54</sup>.

### **3.4.4. Concurrencia desleal**

La legislación laboral no prohíbe la concurrencia del trabajador con su empresario, sino únicamente la concurrencia desleal. Es posible, además, pactar en el contrato una restricción de plena dedicación, debiendo compensar económicamente en los términos que al efecto se acuerden.

A pesar de esto, los tribunales laborales, tal y como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991\1840), han optado por declarar concurrencia ilícita cuando un trabajador concurra, con su actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, con su empresa. Esto a pesar de que no exista pacto contractual remunerado que amplíe la prohibición legal, calificándola como desleal cuando entre en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes.

De esta forma, lo característico de la falta laboral de competencia desleal es el elemento intencional de una deliberada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa, la cual no sólo remunera un trabajo, sino que le además le facilita los medios para alcanzar experiencia y perfeccionamiento profesional<sup>55</sup>. Se entiende pues como elemento esencial del incumplimiento del deber de abstención del trabajador, a efectos de incurrir en competencia desleal, el actuar sin importar el desmérito o perjuicio de los intereses de su empresa, y no así el daño efectivamente producido<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> STSJ de Madrid 15207/2004, de 9 de diciembre. (FJ segundo, párrafo veintidós)

<sup>55</sup> STS 1751/1991, de 22 de marzo.

<sup>56</sup> La STSJ de Castilla y León 187/2018, de 18 de enero, en su fundamento jurídico segundo, nos recuerda que no necesario “*que se haya materializado la puesta en marcha y funcionamiento de la nueva empresa*”

Frente a lo expuesto, en base a la Ley 3/1991 sobre Competencia Desleal, cabe sancionar el comportamiento del trabajador si éste entra en competencia con la empresa, dándose alguna de las conductas contrarias a la buena fe recogidas entre sus disposiciones cuarta y décimo octava, aunque no desarrolle un actividad propia, pero sí de forma consciente colabore en un actividad de competencia desleal con su empresa, desarrollada por otra empresa de la competencia. Los actos más relevantes a la hora de determinar si la competencia es desleal recogidos en dicha ley son la realización de actos de comparación ilícitos, o de actos de imitación ilícitos, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la infracción contractual o violación de normas.

La prohibición, impuesta por el legislador al trabajador, de competir con la empresa que le ha contratado se extiende a todo el periodo de duración de su contrato de trabajo, pero, además, se posibilita que el empresario pueda convenir con el trabajador afectado prolongarla una vez extinguida la relación laboral que les vincula.

#### **3.4.5. Vulneración del pacto de plena dedicación**

La interpretación restrictiva de los pactos de plena dedicación tiene su origen en la protección que concede la Constitución, en su art.35, al derecho al trabajo. De esta forma, el pacto de plena dedicación queda permitido, siempre y cuando comporte una compensación económica expresa a favor del trabajador. Si su incumplimiento acarrea el pago de una indemnización, no cabe aplicar una sanción más grave como puede ser el despido, al no implicar por sí misma otra cosa que un incumplimiento contractual, pero no necesariamente un acto contrario a la buena fe.

No obstante, el despido puede quedar justificado si, además de vulnerar ese pacto, el trabajador incurre para ello en otras conductas graves como es el engaño, la defraudación, etc.

Por otro lado, la plena dedicación a una sola empresa vendrá impuesta cuando la actividad plural en trabajo o negocios similares perjudique al empresario y genere por ello una consecuencia desleal o competencia ilícita del trabajador, implicando la

---

*[...], ni tampoco que esa competencia desleal haya originado un perjuicio económico [...], ya que lo característico de esta falta es el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa”.*



violación de este deber una trasgresión de la buena fe contractual, constitutiva de un incumplimiento contractual que justifica el despido.

#### **3.4.6. Incompatibilidades**

La vulneración de la normativa sobre incompatibilidades es considerada como expresión del incumplimiento del deber de buena fe, que es exigible a los trabajadores, y en especial, a los trabajadores que pertenecen al sector público<sup>57</sup>.

#### **3.4.7. Actividad incompatible con la IT**

Sobre la base del art. 45.1.c) del ET, la incapacidad laboral<sup>58</sup> del trabajador es reconocida como causa de suspensión del contrato de trabajo. Ahora bien, la suspensión exonera al trabajador de prestar servicio, pero no de cumplir con las restantes obligaciones del contrato de trabajo como la fidelidad, buena fe y contribución a la mejora de la producción.

Así pues, no sólo obliga a no realizar actividades que no retarden la superación de las causas determinantes de incapacidad temporal sino a ejercitar las conducentes a su más pronta y completa curación, que se quebrantan cuando en tal situación se realizan otros trabajos o actividades lúdicas incompatibles<sup>59</sup>. De esta forma, el trabajador estará incumpliendo el deber de buena fe cuando la actividad que viene realizando en situación de baja laboral resulta nociva para su curación o es señal de una simulación en su estado de incapacidad para el trabajo.

---

<sup>57</sup> El art.95 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, recoge como falta muy grave en el punto segundo, apartado n) el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad.

<sup>58</sup> La situaciones determinantes de incapacidad temporal (IT) quedan recogidas en el art. 169 de la LGSS, siendo “a) *Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo [...], y b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos [...]*”.

<sup>59</sup> STSJ de Andalucía 66/2018, de 24 de enero. (FJ quinto, párrafo 10º)

El dificultar el rápido restablecimiento del trabajador y el consiguiente retorno a su puesto de trabajo, provocan un claro perjuicio para la empresa, que se ve obligada a soportar los costes de la Seguridad Social, sin la correspondiente contraprestación de trabajo, así como un fraude a la sociedad en su conjunto, que sufraga los gastos de la Seguridad Social<sup>60</sup>.

### **3.5. Disminución del rendimiento en el trabajo Art.54.2 e) ET**

El incumplimiento sancionado en este caso es la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. Protegiéndose de este modo el cumplimiento del contrato de trabajo a través del cual nacen unas obligaciones recíprocas y, a consecuencia de ellas, una exigencia hacia el trabajador de contribuir a la mejora de la productividad<sup>61</sup>.

Este descenso en la productividad *“ha de tener su causa en un comportamiento voluntario del trabajador, tendente a originar un perjuicio a la empresa, aspecto este subjetivo de la infracción laboral que no ha de presumirse sino que ha de quedar suficientemente probado”*.<sup>62</sup>

De modo que si no se logra por la voluntaria dejación del esfuerzo la obtención de rendimientos o frutos, fin de la relación laboral, se estará incurriendo en un incumplimiento susceptible de sanción.

### **3.6. Embriaguez habitual y toxicomanía. Art.54.2 f) ET**

Será causa de despido disciplinario la conducta del trabajador consistente en la embriaguez o la toxicomanía, siempre que esta sea una conducta habitual que afecte negativamente al rendimiento en el trabajo. Este comportamiento supone una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y constituye una transgresión de la buena fe contractual.

Estas notas de habitualidad y de repercusión negativa en el trabajo son requisitos necesarios para justificar el despido disciplinario, haciendo que la falta de alguna de ellas atenúe la facultad disciplinaria del empresario.

---

<sup>60</sup> STSJ de Galicia 6551/2017, de 2 de octubre (FJ segundo, párrafo 2º)

<sup>61</sup> STS de 31 de enero de 1986.

<sup>62</sup> STSJ de Madrid 13840/2017, de 4 de diciembre. (FJ segundo, párrafo 5º)

La nota de “repercusión negativa en el trabajo” se relaciona, en principio, con el respeto a la intimidad del trabajador. De esta forma, no cabe sancionar conductas que acontecen fuera de las horas de trabajo, a no ser que por su proximidad tuviera un alcance negativo en la prestación laboral<sup>63</sup>.

Ciertamente, en algunas profesiones, ya sea por su peligrosidad o por su especial relación con el público, debe mitigarse lo expuesto, por cuanto estos incumplimientos provocan ordinariamente repercusiones negativas en el trabajo<sup>64</sup>. Hablamos por ejemplo del transporte público, especialmente el de viajeros, o comercios y peluquerías, donde del trato con los clientes puede depender el éxito y mantenimiento del negocio.

### 3.6.1. Embriaguez

La RAE define el concepto de “embriaguez” como aquella perturbación pasajera producida por la ingestión excesiva de bebidas alcohólicas.

Para constatar el estado de embriaguez del trabajador *“no es precisa la existencia de pruebas objetivas, como podrían ser los análisis de sangre o los resultados de un alcoholímetro, siendo suficiente para ello la apreciación de tales signos y de la alteración de la conducta por sus compañeros de trabajo o superiores”*.<sup>65</sup>

### 3.6.2. Toxicomanía

Este término es definido por la RAE como hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones agradables o que suprimen el dolor. De este modo se hace referencia a las situaciones de drogodependencia, entre las que podría integrarse el alcoholismo.

---

<sup>63</sup> NORES TORRES, Luis Enrique. *La embriaguez y la toxicomanía como causa de despido disciplinario*. Revista española de drogodependencias, 2004. Nº 3-4. Cit. págs. 277-288.

<sup>64</sup> La STSJ de Extremadura de 20 de febrero de 2018 dispone que *“como se mantiene en la sentencia de esta Sala de 10 de julio de 2008, rec. 167/2008, “hay supuestos en que no es necesaria la habitualidad ni esa repercusión negativa en el trabajo para que la embriaguez pueda considerarse causa de despido”, añadiéndose en ella que “dada la actividad de la demandada y la profesión del actor, de conductor, la embriaguez no necesita de la habitualidad para constituir causa para tal sanción, pues cabe considerarla como una transgresión de la buena fe contractual prevista como tal también en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores ” que “es lo suficientemente grave para ser causa de despido, bastando con aludir a las fatales consecuencias que, como es sobradamente conocido, puede producir la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas”*.

<sup>65</sup> STSJ de Navarra 675/2017 de 30 de noviembre. (FJ segundo, párrafo 9º)

El consumo habitual de drogas con repercusión en el trabajo desempeñado es causa de despido, sin que tenga que hacerse un tratamiento jurídico diferente por el tipo de droga, ya sea blanda o dura.<sup>66</sup> Esta repercusión negativa de la toxicomanía alcanza también a la relación con los compañeros de trabajo, bien por la existencia de un menor rendimiento, no acreditado, o porque representa un peligro trabajar con él.

Por lo que respecta al hábito de fumar tabaco, el hacerlo en zonas no autorizadas puede justificar el despido, debiendo prestar atención a las previsiones recogidas en el convenio colectivo sobre faltas laborales y situaciones de especial riesgo que con este comportamiento pudieran producir<sup>67</sup>. Importante es señalar, desde la aprobación de la normativa que prohíbe fumar en todos los centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre<sup>68</sup>, que el empresario tiene capacidad para sancionar la vulneración de dicha norma en función de la gravedad de la conducta. Es posible y lícito que el empresario prohíba fumar en todos los espacios de sus centros de trabajo, incluso al aire libre, sin que quede obligado, salvo pacto, a establecer zonas habilitadas para fumadores.

---

<sup>66</sup> La STSJ de Cantabria, de 7 de diciembre de 1999 nos señala que *“tampoco puede prosperar a efectos disciplinarios la distinción propuesta por algunos autores entre drogas “blandas” y “duras” con el fin de establecer un tratamiento jurídico diferente porque la norma (art. 54.2.f del E.T.) y también la jurisprudencia que le aplica no se detiene en la determinación o examen del tipo de droga a la que el trabajador es adicto”*.

<sup>67</sup> La STSJ de Valencia, a 24 de noviembre de 2005 consideró determinante a la hora de valorar procedente el despido de un trabajador el lugar y la situación de especial riesgo creada. De este modo señaló que *“la prohibición de no fumar en las instalaciones o centros de trabajo (aplicable con carácter general a todas las empresas a partir del 1/1/2006) podría mitigarse y minimizarse, según cada supuesto individualmente considerado, no mereciendo de forma objetiva el mismo nivel de censura o reproche laboral imputable al trabajador incumplidor de la orden empresarial al ser evidente que la desobediencia no se produce con la misma gravedad o trascendencia según el acto de fumar se lleve a cabo en zona prohibida y no habilitada al efecto, efectuándose y llevándose a cabo dentro de una oficina, taller o instalaciones ordinarios donde por la actividad o materiales utilizados no aparezca peligro adicional derivado de dicho incumplimiento, que en aquellos lugares o centros específicos donde se emplean o utilizan productos o componentes inflamables, pues resulta evidente el riesgo de incendio o explosión y por lo tanto de mayor peligro que respecto a los primeros”*.

<sup>68</sup> Alusión al art. 7.a) de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos de tabaco.

### 3.7. Acoso en el trabajo<sup>69</sup>. Art.54.2 g) ET

Tienen derecho los empresarios a protegerse y sus trabajadores a que éste les proteja frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual<sup>70</sup> y al acoso por razón de sexo.

*“Por consiguiente, el reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona (Art. 10 CE) implica, en el ámbito laboral, al empresario en su protección, lo que abre las puertas a la responsabilidad empresarial por el acoso realizado en su empresa aunque no sea el sujeto activo del acoso sexual, de tal manera que el empresario está obligado a no acosar y a proteger al trabajador del acoso de otras personas en su relación laboral”.*<sup>71</sup>

La conducta abusiva se identifica con situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se llevan a cabo actitudes de violencia psicológica de modo prolongado y que acarrearán su extrañamiento social en el marco laboral, le provocan alteraciones psicosomáticas de ansiedad y, en algunas ocasiones, logran la renuncia del trabajador al puesto de trabajo por no ser capaz de sobrellevar el estrés al que se encuentra sometido. Así pues, la noción de acoso gira en torno al carácter no deseado del mismo y sobre el hecho de tener como propósito el ataque a la dignidad y la existencia de una atmósfera hostil.

---

<sup>69</sup> La LISOS, califica como infracciones muy graves “*el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*” (art. 8.13) y “*el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo*” (art. 8.13 bis)

<sup>70</sup> El acoso sexual aparece definido en el art. 2.2 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, como “*la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*”, añadiendo en su apartado 3º que cualquier conducta de este tipo automáticamente ha de ser considerada como un acto discriminatorio por razón de sexo.

<sup>71</sup> STSJ de Cantabria 415/2008, de 25 de marzo. (FJ cuarto, párrafos 3º, 4º y 6º)

Para la apreciación del ilícito no importa lo que aprecie el sujeto ofensor con relación a su conducta, pues el análisis parte de lo que percibe la víctima, ya que es este carácter subjetivo y "no deseado" lo que constituye la esencia del acoso. *“Se resalta de esta manera que la conducta viene impuesta por parte del actor y no es consentida por la víctima, por tanto, sin reciprocidad”*.<sup>34</sup>

La doctrina pone de manifiesto que el acoso moral tiene como notas características<sup>72</sup>:

a) Trátarse de una actuación abusiva de manifestación plural, de la cual *“pueden formar parte las conductas de naturaleza organizativa (v. gr., asignar tareas inútiles, degradantes, humillantes, repetitivas, peligrosas, imposibles de cumplir, inferiores a su categoría profesional o, incluso, no asignar ninguna), aislamiento social (p. e., impedir las relaciones con los compañeros de trabajo; asignar un trabajo aislado de éstos; prohibir la presencia física de la víctima en reuniones; retirarle el uso de medios de comunicación, como el teléfono o el fax), desprestigio personal y profesional, a través, quizás, de la creación de falsos rumores sobre aspectos de la vida privada, salud física o mental o incompetencia profesional del trabajador o, en fin, agresión verbal o física (como sucede cuando se producen insultos, injurias, calumnias; amenazas; coacciones).”*

b) Llevarse a cabo habitualmente, por uno o varios superiores (empresario o altos directivos) o compañeros de trabajo en situación de igualdad. Es así mismo posible que se practique conjuntamente entre unos y otros. En el primer supuesto, se habla de acoso vertical ascendente, debido a que el acosador está situado en un plano jerárquicamente superior al acosado; en el segundo caso, hablamos de acoso horizontal, en cuanto tanto uno como otro están en un plano de igualdad respecto de los superiores jerárquicos.

No es exigible para que pueda apreciarse acoso laboral que haya reiteración en los actos, si en cambio suele exigirse cuando lo que se busca es imputar a la empresa una conducta de acoso moral o “mobbing”<sup>73</sup>. De este modo, para imputar al empresario dicha conducta, esta

---

<sup>72</sup> STSJ de Galicia 8651/2008. de 19 de diciembre. (FJ segundo, párrafo 8º)

<sup>73</sup> La STSJ de Murcia, de 22 de diciembre de 2004 nos aclara que *“una mera discrepancia, contrariedad o tensión generada en el trabajo o por el trabajo no puede calificarse como "mobbing", que es, más bien,*

práctica debe caracterizarse por su sistematización, duración y repetición de ataques a una persona o a su personalidad, sirviéndose de la totalidad de medios relacionados con el trabajo, sus relaciones, su organización, su contenido, sus condiciones, sus instrumentos, desviándolos de su legítimo fin y empleándolos con la intención de destruir. Esta frecuencia, duración e intencionalidad, es lo que distingue el acoso laboral con el conflicto laboral.

## 4. COMUNICACIÓN DEL DESPIDO

Las formalidades exigidas para proceder a un despido se regulan en el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores. Con carácter general, exige que el despido sea notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan así como la fecha en que tendrá efectos. Además, cuando se trate de representantes de los trabajadores la ley adiciona otros requisitos, lo que también ocurre en determinadas circunstancias cuando el trabajador despedido está afiliado a un sindicato. Estas exigencias legales pueden quedar ampliadas por convenio.

### 4.1. Carta de despido

El empresario está obligado por aplicación de lo dispuesto en el art.55.1. del ET a notificar el despido por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Así, debe constar señalado el momento en que cesan las prestaciones mutuas independientemente de su posterior calificación como procedente, improcedente o nulo.

---

*o consiste en la creación de un ambiente hostil, hasta hacerlo insoportable para el trabajador, lo que se manifestará de forma nociva para él y caracterizado (el ambiente o entorno de bajeza), por la transferencia de diversas proyecciones negativas tendentes al menosprecio o desprecio, al que el sujeto activo (singular, plural o colectivo) desearía enlazar la pérdida de la autoestima, el derrumbamiento psicológico, la flojedad o debilitamiento espiritual, la humillación o cualquier otra consecuencia relativa, en una extensa manifestación, como sufrimiento o castigo caprichoso y arbitrario para la víctima”. Así mismo, dicha sentencia introduce la definición del concepto “acoso moral” por HEIZ LEYMANN como “el fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente -al menos una vez por semana- y durante un tiempo prolongado -más de seis meses- sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”.*

El requisito formal de la carta de despido se constituye en nuestro ordenamiento como una condición *ad solemnitatem*, cuyo incumplimiento da lugar a la improcedencia del despido por razones formales. Además, no puede subsanarse ni en el acto del juicio ni en la conciliación extrajudicial ni tampoco mediante cartas aclaratorias posteriores<sup>74</sup>. Únicamente el empresario que no cumplió con la observancia de notificar el cese por escrito, puede subsanar ese defecto realizando un nuevo despido, posibilidad admitida por el art.55.2 del ET<sup>75</sup>.

#### 4.1.1. Hechos

Aunque no se impone una detallada descripción de los hechos, sí se requiere que la comunicación escrita facilite al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de lo que se le imputa. Debe comprender sin dudas racionales el alcance de aquéllos, para poder impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que crea convenientes para su defensa. No se cumplirá con esta previsión cuando la comunicación sólo contenga imputaciones generales e indeterminadas. Ya que se dificulta la defensa y se atenta contra el principio de igualdad de partes al constituir esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador<sup>76</sup>.

La comunicación escrita fijará los límites de la controversia judicial, ya que para justificar el despido no se le admiten en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita. De manera que no puede declararse procedente el despido en base a unos hechos diferentes a los alegados en la

---

<sup>74</sup> STSJ de Castilla la Mancha 3739/2015, de 3 de diciembre. (FJ sexto, párrafo 3º). Sí que existirá posibilidad en caso de inobservancia de los requisitos de forma, realizar un nuevo despido en el que se cumpla con omitidos en el precedente. En el nuevo despido únicamente pueden subsanarse cuestiones formales, sin incluir nuevos hechos.

<sup>75</sup> El art. 55.2. del ET nos establece que “*Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social*”. No hablamos de una subsanación del primero, sino de un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha.

<sup>76</sup> La STSJ de Madrid 22122/2008, de 28 de noviembre, hace alusión a un pronunciamiento de 3 de octubre de 1988 del TS (FJ tercero, párrafo 1º)



carta, aún cuando tales se prueben en juicio y pudieran ser eventualmente suficientes para justificar un despido<sup>77</sup>.

No es exigible que la carta de despido incorpore la calificación jurídica de la falta laboral que se impute con arreglo al artículo 54 del ET o el convenio colectivo de aplicación. Basta con que concrete de manera suficiente los hechos imputados, dado que la cuestión de la tipificación es de naturaleza jurídica y será el órgano judicial quien la determinará en función de los hechos<sup>78</sup>.

Como tampoco así, es exigible que la empresa ponga de manifiesto o entregue al trabajador, acompañando a la carta de despido, los documentos o pruebas de los hechos que le imputan. Solamente deberá probarlos en el acto de juicio.

#### **4.1.2. Fecha de efectos**

La fecha de despido constituye una garantía para el trabajador. El cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido tiene su inicio en el momento en el cual el despido adquiere eficacia<sup>79</sup>, y no desde la fecha anterior en que la carta de despido se redactó o se entregó al trabajador. Cuando la carta de despido se recibe con posterioridad a la fecha de efectos, prevalece la fecha en que el trabajador recibe la carta<sup>80</sup>.

#### **4.1.3. Imposibilidad de entregar la carta de despido**

Respecto a la imposibilidad de entregar la carta al trabajador, la empresa queda en la obligación de tomar las medidas pertinentes para lograr una notificación positiva. La negativa del trabajador a recibir la carta de despido actúa como excusa para la empresa

---

<sup>77</sup> STSJ de Madrid 2493/2017, de 2 de noviembre. (FJ sexto, párrafo 12º)

<sup>78</sup> En esta dirección se pronuncia la STSJ de Madrid 17658/2009, de 30 de noviembre, señalando que “*en cuanto a la reiterada alusión del recurso a la "tipificación" de las conductas efectuada en la carta de despido, procede señalar que entre los requisitos formales de la comunicación escrita de despido no se halla el de la adecuada tipificación o cita de conceptos jurídicos o de preceptos legales o convencionales que amparen el despido*”.

<sup>79</sup> La LJS, en su art. 103.1 establece que “*El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional*”.

<sup>80</sup> STSJ de Madrid 12884/2016, de 7 de noviembre. (FJ tercero, párrafo 3º)

de intentar otra forma de notificación<sup>81</sup>. De esta forma, no puede trasladarse a la parte que intenta notificar en cumplimiento de lo prescrito, la responsabilidad de una falta que no le es achacable al haber puesto todos los medios adecuados a la finalidad perseguida<sup>82</sup>.

La recepción de la carta no implica de ningún modo para el trabajador la conformidad con su contenido.

## 4.2. Notificación a la representación legal de los trabajadores

Una de las competencias o derechos del comité de empresa, también aplicable a los delegados de personal, es el ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves<sup>83</sup>. De esta forma, como toda sanción consistente en un despido disciplinario encuentra su fundamento en la comisión de faltas muy graves por parte del trabajador, se entiende que el empresario quedará en la obligación de notificar a la representación de los trabajadores todas las sanciones de este tipo.

Que el empresario no cumpla con esta obligación legal no conlleva la nulidad o improcedencia del despido puesto que se trata de un acto posterior al despido, sino solamente la comisión de una infracción de tipo administrativo que puede ser corregida en el ámbito de la administración, salvo que el convenio colectivo expresamente establezca una consecuencia diferente.

---

<sup>81</sup> La STSJ de Cataluña 2523/2010, de 11 de marzo considera que *"si aquel a quien se intenta comunicarle la resolución empresarial obstaculiza con su negativa a hacerse cargo de la misma y la consumación de la formalidad legalmente exigible, a él solo puede serle imputadas las consecuencias, y ha de tenerse por practicada"*

<sup>82</sup> STSJ de Madrid 14394/2007, de 29 de octubre. (FJ tercero, párrafo 4º)

<sup>83</sup> Art. 64.4.c) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

### 4.3. Despido de los representantes de los trabajadores y afiliados a un sindicato<sup>84</sup>.

Los miembros del comité de empresa y delegados de personal no podrán ser despedidos o sancionados como consecuencia de acciones en el ejercicio de representación<sup>85</sup>. Para el supuesto de que la causa de despido sea un incumplimiento contractual, los miembros del comité y delegados de personal tienen derecho a la apertura de un expediente contradictorio.

En lo que respecta al expediente sancionador de carácter contradictorio<sup>86</sup>, la jurisprudencia ha instaurado a una serie de criterios generales, de esta forma, no se exige un especial trámite de apertura, ni que se celebre una especie de antejuicio, con fases de alegaciones, prueba y decisión, pues ello no es requisito esencial para su validez y efectividad, pues el momento en que propiamente se ha de llevar a cabo la pertinente actividad probatoria es en el proceso judicial correspondiente. Exigencia es también que se oiga a los demás miembros del Comité o Delegados del personal<sup>87</sup>.

Este expediente contradictorio solo es aplicable para el supuesto de despido disciplinario, y no para las demás causas de extinción del contrato; y no cumplir con esta garantía procedimental supone la improcedencia del despido.

---

<sup>84</sup> Como señala MANUEL CALROS PALOMEQUE LÓPEZ y MANUEL ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, 20ª ed. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Cit. pág. 787.

<sup>85</sup> El art. 1 del Convenio nº 135 OIT establece que “*los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor*”

<sup>86</sup> Así pues, MARÍA DEL JUNCO CACHERO, *El expediente contradictorio en el despido disciplinario*. Revista andaluza de trabajo y bienestar social. Cit. págs. 229, dispone que “*el expediente supone una exigencia adicional a la pura comunicación escrita de la sanción o a la carta de despido, en el sentido de que a la comunicación que inicia el expediente, en la que deben figurar los hechos que se le imputan al representante, debe seguir una fase o periodo en el que el posible sancionado traslade sus criterios a la empresa, y que también lo hagan el resto de representantes, o incluso se practiquen las pruebas necesarias*”.

<sup>87</sup> STSJ de Islas Canarias 5009/2013, de 17 de diciembre. (FJ tercero, párrafo 6º)

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare esa afiliación, estaría en la obligación de dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato<sup>88</sup>, si los hubiera en la empresa.

El motivo de ser de este trámite de audiencia previa es la conveniencia apreciada por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una mayor protección frente al poder disciplinario del empresario, a cuyo riesgo de abuso pueden ser más vulnerables.

No queda señalado cuál es el plazo para evacuar esta audiencia previa por los que los Tribunales vienen hablando de un plazo razonable que permita garantiza el cumplimiento de la finalidad perseguida por la norma.

#### **4.4. Retracción del empresario**

El trabajador no queda en la obligación de aceptar la readmisión ofrecida por el empresario cuando éste ya le ha despedido. Así, el ofrecimiento de readmisión no restablece el contrato extinguido ni su rechazo por parte del trabajador equivale a la dimisión ni abandono<sup>89</sup>.

De esta forma, el despido extingue por sí mismo el contrato y para la restauración del vínculo, a falta de una resolución judicial, es necesario un acuerdo de ambas partes, no pudiendo aceptarse que la sola voluntad del empresario de dejar sin efecto una decisión extintiva, retractándose del mismo<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Art. 55.1 del ET relativo a la forma y efectos del despido disciplinario, en el que se preceptúa entre los requisitos de forma que *"si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato"*; y art. 10.3.3º de la LOLS en la que dispone que entre los derechos de los delegados sindicales está el de *"ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados de su sindicato en particular y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos"*.

<sup>89</sup> STSJ de Madrid 1546/2012, de 20 de abril. (FJ décimo, párrafo 15º)

<sup>90</sup> La STS 8920/2007, de 11 de diciembre (FJ tercero, párrafo 2º) señala que *"si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes"*.

## 5. CONCLUSIONES

En España el despido no es libre, pues la Constitución contempla el derecho a la estabilidad en el empleo y a no ser despedido sin justa causa. Sin embargo, esto no deja a un lado el poder disciplinario reconocido al empresario para promover el orden y el ritmo de productividad de la empresa frente a los posibles incumplimientos del trabajador.

De esta forma, el despido disciplinario se convierte en el escenario más habitual de colisión entre los derechos del empresario en el seno de la organización empresarial y los reconocidos a los trabajadores en el mismo marco, resultando necesario utilizar juicios de ponderación y proporcionalidad.

El despido disciplinario es pues una clase o categoría de despido en la que las causas del mismo están íntima y exclusivamente relacionadas con la conducta del trabajador, fundamentado en el incumplimiento grave y culpable por parte de éste. Por lo tanto, el juzgador queda sujeto necesariamente a un análisis individualizado de cada acción.

Su valoración, por tanto, queda fuera de criterios objetivos, y solo desde el estudio individual de la conducta del trabajador se puede valorar la proporcionalidad de la sanción adecuada a la gravedad de la falta cometida.

El ET en su art. 54, recoge una enumeración cerrada de supuestos genéricos bajo los cuales deben subsumirse los comportamientos de los trabajadores para implicar como consecuencia la sanción más grave de la que dispone el empresario, el despido. Así los poderes y facultades del empresario parece que quedan delimitados al contenido esencial de la norma, pues de otra forma, la razón empresarial acabaría imponiéndose siempre en la práctica y los poderes empresariales se ejercitarían en exceso.

Es a través de los convenios colectivos donde se precisan con mayor detalle las conductas, así como la jurisprudencia un medio definitorio de éstas.

Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad en el trabajo, la indisciplina o desobediencia, las ofensas verbales o físicas, la transgresión de la buena fe contractual, el abuso de confianza, la disminución del rendimiento, la embriaguez habitual y toxicomanía, así como el acoso en el trabajo, son conductas que quedan

penadas bajo la sanción de despido. El bien jurídico protegido en todos casos es el cumplimiento del contrato suscrito por parte del trabajador, que debe prestar su trabajo como contrapartida a la retribución salarial que recibe, y siempre con el respeto a su profesión y a la confianza depositada en él.

A efectos de seguridad jurídica y tutela judicial, la exigencia legal de la constancia de los hechos en la carta de despido y concreción de la fecha de comienzo de los efectos, proporciona un medio de defensa para el trabajador, así como un pistoletazo de salida para dar comienzo a correr al plazo de caducidad de la acción para la impugnación del despido.

## BIBLIOGRAFÍA

- CAMPS RUIZ, Luis Miguel y RAMIREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Derecho del trabajo*. Tirant lo Blanch. págs. 512- 518. (2016).
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA. La Ley (grupo Wolters Kluwer España). (2008-2009)
- GORELLI HERNÁNDEZ, José. *Deber de obediencia y despido por desobediencia*. Revista Española de Derecho del Trabajo, Nº 87, págs. 73- 110. (1998).
- JUNCO CACHERO, María. *El expediente contradictorio en el despido disciplinario*. Revista andaluza de trabajo y bienestar social. Nº119, págs. 225-234 (2013)
- MASSAGUER FUENTES, José. *Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal*. Actualidad jurídica Uría Menéndez. Nº 27. (2010)
- MERCADER UGUINA, Jesús R. *Lecciones de derechos del trabajo*. Tirant lo Blanch. págs. 575 – 581. (2015)
- MORENO DE TORO, Carmen. *Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de las sanciones*. Revista andaluza de trabajo y bienestar social. Nº 101, págs. 255 – 265. (2009)
- MORENO GENÉ, Josep, ROMERO BURILLO, Ana M<sup>a</sup>. *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales*. Revista Internacional de Organizaciones. Nº8, pp. 31 – 62. (2012).
- NORES TORRES, Luis Enrique. *La embriaguez y la toxicomanía como causa de despido disciplinario*. Revista Española de drogodependencias, Nº 3-4. págs. 17-32. (2004).

- PAOMAQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Ed. 20ª. págs. 780-788. (2012).
- *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*. Editorial Francis Lefebvre. Apartados 200-609 (2018/2019).

## **JURISPRUDENCIA**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- Tribunal Constitucional Pleno. Sentencia 69/1983, de 26 de julio. BOE núm. 197.
- Tribunal Constitucional Pleno. Sentencia 206/1987, de 21 de diciembre. BOE núm. 7.
- Tribunal Constitucional Pleno. Sentencia 173/1994, de 7 de junio. BOE núm. 163.
- Tribunal Constitucional Pleno. Sentencia 192/2003, de 27 de octubre. BOE núm. 283.
- Tribunal Constitucional Pleno. Sentencia 324/2006, de 20 de noviembre. BOE núm. 303.
- Tribunal Constitucional Pleno. Sentencia 203/2015, de 5 de octubre. BOE núm. 272.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

- Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 2714/1981, de 4 de febrero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 11209/1986, de 31 de enero.



- Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 4394/1986, de 18 de julio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 1751/1991, de 22 de marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 8920/2007, de 11 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 3592/2017, de 21 de agosto.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

- Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencia 1823/1999, de 7 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencia 214/2000, de 8 de febrero.
- Tribunal Superior de Justicia de la Rioja (Sala de lo Social). Sentencia 409/2000, de 4 de mayo.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia 2295/2001, de 20 de febrero.
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social). Sentencia 1407/2001 de 12 de marzo.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia 3636/2001, de 14 de marzo.
- Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social). Sentencia 1664/2001, de 30 de abril.

- Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencia 1720/2001, de 28 de septiembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencia 709/2002, de 12 de abril.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia 12272/2002, de 30 de octubre.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 15207/2004, de 9 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social). Sentencia 1931/2004, de 22 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social). Sentencia 300/2005, de 31 de enero.
- Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Social). Sentencia 7205/2005, de 24 de noviembre.
- Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Social). Sentencia 218/2006, de 6 de abril.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 4016/2006, de 30 de mayo.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social). Sentencia 11512/2007, de 16 de octubre.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 14394/2007, de 29 de octubre.

- Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencia 415/2008, de 25 de marzo.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 22122/2008, de 28 de noviembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 10018/2008, de 16 de junio.
- Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia 8651/2008, de 19 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 17658/2009, de 30 de noviembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia 2523/2010, de 11 de marzo
- Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia 347/2012, de 30 de enero.
- Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Sala de lo Social). Sentencia 813/2012, de 31 de enero.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 365/2012, de 22 de febrero.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 1546/2012, de 20 de abril.
- Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia 5220/2012, de 12 de junio.

- Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Sala de lo Social). Sentencia 3550/2013, de 30 de julio.
- Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social). Sentencia 3560/2013, de 15 de noviembre.
- Tribunal Superior de Islas Canarias (Sala de lo Social). Sentencia 5009/2013, de 17 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 4923/2015, de 15 de marzo.
- Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social). Sentencia 1369/2015, de 14 de julio.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 765/2015, de 9 de octubre.
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha (Sala de lo Social). Sentencia 3739/2015, de 3 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social). Sentencia 2850/2015, de 30 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencia 965/2016 de 1 de julio.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social). Sentencia 7558/2016 de 13 de julio.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 12884/2016 de 7 de noviembre.

- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y la Mancha (Sala de lo Social). Sentencia 3375/2016 de 15 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia 4027/2017, de 4 de mayo.
- Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social). Sentencia 1305/2017, de 1 de junio.
- Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social). Sentencia 1422/2017, de 12 de junio.
- Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia 4751/2017, de 23 de junio.
- Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia 6551/2017, de 2 de octubre.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 2493/2017, de 2 de noviembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social). Sentencia 675/2017, de 30 de noviembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia 13840/2017, de 4 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia 11234/2017, de 15 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social). Sentencia 35/2018, de 17 de enero.

- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social). Sentencia 187/2018, de 18 de enero.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social). Sentencia 66/2018, de 24 de enero.
- Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social). Sentencia 172/2018, de 20 de febrero.
- Tribunal Superior de Justicia de la Rioja (Sala de lo Social). Sentencia 11/2018, de 1 de marzo.

## LEGISLACIÓN

- Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre 1978. BOE-A-1978-31229
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «BOE» núm. 206, de 25 de septiembre de 1889. BOE-A-1889-4763.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015. BOE-A-2015-11430
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015. BOE-A-2015-11724.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015. BOE-A-2015-11719.

- Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. «BOE» núm. 189, de 8 de agosto de 1985. BOE-A-1985-16660.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. «BOE» núm. 10, de 11 de enero de 1991. BOE-A-1991-628.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. «BOE» núm. 269, de 10/11/1995. BOE-A-1995-242927
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004. BOE-A-2004-21760.
- Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco. «BOE» núm. 309, de 27 de diciembre de 2005. BOE-A-2005-21261.
- Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. «BOE» núm. 315, de 31 de diciembre de 2009. BOE-A-2009-21162.
- Convenio OIT nº 135, de 23 de junio de 1971 relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa. «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 1974.

