

Máster Universitario en Gestión de Personal y Práctica
Laboral

Facultad de Ciencias del Trabajo

Universidad de León

Curso 2014/2015



**EL DESPIDO DISCIPLINARIO POR TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE
CONTRACTUAL**

**THE DISCIPLINARY DISMISSAL DUE TO THE TRANSGRESSION IN
GOOD CONTRACTUAL FAITH**

Realizado por el alumno Dña. SILVIA FERNÁNDEZ CASTRILLO

Tutorizado por la Profesora: Dña. HENAR ÁLVAREZ CUESTA

ÍNDICE

I.	RESUMEN.....	5
II.	ABSTRACT.....	6
III.	OBJETO DEL TRABAJO.....	7
IV.	METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN UTILIZADA.....	8
V.	CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.....	9
	I.- Concepto de despido disciplinario.....	9
	II.- Transgresión de la buena fe contractual.....	10
	1.- Culpabilidad y gravedad.....	12
	2.- Delimitación jurisprudencial del concepto de transgresión de la buena fe.....	13
	2.1.- Daño material en el patrimonio de la empresa.....	18
	2.2.- Uso de materiales o instrumentos de la empresa en beneficio propio.....	21
	2.3.- Crédito horario de representantes sindicales.....	25
	2.4.- Realización de trabajos durante la situación de baja médica.....	26
VI.	FORMA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.....	33
	I.- Requisitos y contenidos mínimos.....	33
	II.- Obligatoriedad de comunicación a la representación unitaria y sindical.....	36
	III.- Particularidad del despido disciplinario de los trabajadores afiliados a un sindicato...36	
	IV.- Particularidad del despido disciplinario de los representantes de los trabajadores.....	37
	V.- Vencimiento de la acción de despido: La prescripción.....	38
	VI.- Nuevo despido.....	38
VII.	CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.....	40
	I.- Procedencia del despido.....	41
	II.- Efectos de la declaración de improcedencia del despido.....	42
	III.- El despido declarado nulo.....	44
VIII.	CONCLUSIONES.....	47
IX.	BIBLIOGRAFÍA.....	49

I. RESUMEN

El despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual es una modalidad de despido mediante la cual el empresario ejerce su poder empresarial de extinción de la relación laboral, en los supuestos en los que el trabajador ha cometido faltas que se encuentran tipificadas, o bien en el Estatuto de los Trabajadores, o bien en el convenio colectivo. No se encuentran ni especificadas ni reguladas como tal, en nuestro derecho, las acciones concretas que pueda incumplir el trabajador y que puedan suponer la máxima sanción de despido por parte del empresario. A este respecto, la jurisprudencia exige que tales acciones deben reunir la suficiente gravedad y culpabilidad.

El referido concepto indeterminado ha dividido a la doctrina en dos corrientes a la hora de enjuiciar las acciones que suponen la transgresión de la buena fe; así, la primera corriente gradualista admite que se han de examinar las circunstancias personales de cada individuo. Por el contrario, la segunda corriente no admite grados, y dictamina que una vez que el trabajador haya cometido alguna sanción grave, como el robo, apropiación indebida, uso de materiales o instrumentos para uso propio., la relación laboral queda rota, pues la esencia de la misma se basa en la relación de confianza, y una vez rota, el trabajador ha incumplido elementos básicos del contrato de trabajo, y no podrá volver a subsanarse o componerse.

En cuanto a la forma del despido, la comunicación deberá hacerse entendiéndose a unos contenidos mínimos exigidos por Ley, si esto no fuera así, el despido sería declarado improcedente.

Para finalizar, el Juez podrá calificar el despido de tres formas diferentes, procedente, improcedente o nulo; así cada una de ellas, tendrá consecuencias tanto para el empresario como para el trabajador.

II. ABSTRACT

The disciplinary dismissal due to the transgression in good contractual faith is a kind of dismissal by means of the entrepreneur exerts his business power of fulfillment of working relationship. This happens when the worker has committed some fouls which are classified in Workers Regulations or in the collective bargaining agreement. The concrete actions which could be reneged on by the worker and they entrepreneur lays of the worker by, they are not specified or regulated in a certain way in our right. So, the jurisprudence demands that such actions must be grave or guilty enough.

The undetermined concept mentioned before has divided the doctrine in two different movements at the time of judging actions which suppose the transgression in good contractual faith; therefore the first gradual thought accepts that one's own situation has to be examined for each individual. On the contrary, the second thought dos not assume any amounts and it rules that labour relationship would be permanent broken if the worker committed a serious sanction like using himself some interprise equipments, a robbery, a wrong appropriation... because the own essence in labour relationship is based in the assurance, once broken, the worker has contract and it will not be corrected or repaired again.

As regards the dismissal way, communication must be done tending to some minimum contents demanded by the law, the dismissal would be declared unfair if it were not like this.

Finally, the judge will be able to designated the dismissal in three different ways, appropriate unfair or invalid, as a result, each one of them will have their consequences for the entrepreneur and the worker too.

III. OBJETO DEL TRABAJO

El objeto del presente Trabajo de Fin de Máster es tratar de analizar y explicar lo que la jurisprudencia entiende por transgresión de la buena fe contractual, a efectos de fundamentar un despido disciplinario.

En relación a lo que se considera transgresión de la buena fe contractual es un tema controvertido, conflictivo y especialmente litigioso en el ámbito laboral. Se trata de un tema amplio y complejo, por ello, se considera adecuado centrar el estudio en la delimitación de tal concepto para extraer las principales causas que dan lugar a la extinción del contrato de trabajo.

El marco regulador vigente para esta modalidad de despido por transgresión de la buena fe contractual, se encuentra regulado en el Estatuto de los Trabajadores, y su concepto general en el Código Civil.

IV. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN UTILIZADA

La metodología de investigación del presente trabajo ha sido adoptada tomando en consideración las características del tema elegido, y el enfoque dado, y se ha basado principalmente en el método analítico descriptivo de las normas de aplicación en materia de despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual, así como los contenidos mínimos exigidos para poder formalizar un despido disciplinario; y analizando la posibilidad de que el trabajador afectado emprenda acciones legales con tales decisiones empresariales.

Al efecto, se ha llevado a cabo una búsqueda de documentación, tratando de localizar las fuentes documentales más significativas sobre el tema, que ha tenido como resultado una revisión bibliográfica de libros y revistas de cronología distinta, si bien no exhaustiva si podría considerarse acorde con la dimensión del trabajo. También se ha procedido la consulta de las bases de datos jurisprudencia de West-Law.

Realizada la recopilación, lectura y sistematización de las fuentes seleccionadas, se obtuvo una visión general que permitió contextualizar el tema objeto de estudio del despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual para posteriormente elaborar un plan de trabajo que comenzó con la elaboración del pertinente índice, el cual permitió estructurar el trabajo de manera general, marcando su posterior desarrollo.

Finalmente, se procede a la elaboración de las conclusiones, las cuales permiten en gran medida hacerse una idea de la gran importancia que tiene esta modalidad de despido, debido a su amplia variedad de acciones que pueden tener cabida dentro del mismo.

V. CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

I.- Concepto de despido disciplinario

La legislación regula el despido disciplinario en los artículos 49, 54 y 55 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET); en concreto el artículo 54.1 ET lo definen como la “resolución del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario, fundada en un incumplimiento previo del trabajador”.

Sin embargo, la relación laboral contraída mediante el contrato de trabajo no se extingue por el mero hecho del incumplimiento por parte del trabajador; el administrador ha de ejercitar la facultad de despido, que por otra parte, “se encuentra en el Ordenamiento Jurídico laboral como un acto de auto tutela privada”¹ y además, “produce efectos en el plano sustancial, extinguiendo la relación laboral, sin que sea precisa la intervención previa del juez”².

También el artículo 1124 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 del Código Civil (en adelante CC), concede la “facultad de resolver las obligaciones y poner fin a la relación jurídica que le une con la parte incumplidora”.

Hay distintas causas de despido disciplinario establecidas en el artículo 54.2 del ET y que se consideran incumplimiento contractual, de forma literal:

- a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellas.

¹ HERNÁNDEZ GARCÍA, C.: “El despido disciplinario: concepto y causas”, *Boletín económico del ICE, Información Comercial Española*, número 2804, 2004, pág. 3.

² GIL Y GIL, J. L. : “El concepto de despido disciplinario”, en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A. V. Dir.) : *El despido*, Pamplona (Aranzadi), 2009, pág. 118.

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

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

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

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

II.- Transgresión de la buena fe contractual

Existen varias modalidades de despido disciplinario, entre todas ellas, procede centrarse en el análisis de la transgresión de la buena fe contractual.

Es necesario delimitar y concretar el concepto de la transgresión de la buena fe, puesto que se presenta como un principio de carácter general y moral, y además, en nuestro Ordenamiento Jurídico no existe una medición objetiva y concreta de lo que se considera la buena fe, y en concreto, el ET no establece indicaciones sobre qué ha de entenderse como contenido de la buena fe.

El ET regula, tanto en el artículo 5. a) como en el 20.2, el deber de buena fe que debe inspirar la conducta de toda persona en “el ejercicio de sus derechos y obligaciones”. Este deber de buena fe también se contempla en el Ordenamiento Jurídico común en el artículo 7.1 del CC en el que establece que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

La sanción máxima que un empresario puede imponer para un trabajador que ha incumplido el contenido de los artículos anteriormente citados, es regulada en el artículo 54.2 d) ET como causa justa de despido disciplinario del trabajador la “transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

Con base a la jurisprudencia “el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas

equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza”³; como también entiende “un modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado”⁴.

Por ello, el principio o deber general de buena fe imposibilita ejercer o actuar al trabajador en provecho propio y exclusivo y que además, “comporta la exigencia de un actuar en la persona de acuerdo con las reglas naturales y de rectitud, conforme a criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico y a las exigencias que devienen de la propia naturaleza de las obligaciones asumidas, de las tareas a desempeñar en el ámbito del contrato de trabajo”⁵.

En el mismo sentido, se sitúa el deber de diligencia del trabajador, que “se pone en funcionamiento no sólo desde el momento en que la prestación de servicios comienza efectivamente a desarrollarse, sino también desde aquel otro anterior que contempla actuaciones de trabajador y empresario tendentes a configurar la futura relación de trabajo”⁶

Estrechamente relacionados se encuentran los deberes de buena fe con los de fidelidad y lealtad. Estos últimos se encuentran tácitos en toda prestación laboral, que han de tenerse en cuenta para no abusar de los intereses de la empresa ni la confianza que el empresario ha depositado en el trabajador.

Así, a largo de toda la duración del contrato de trabajo, las partes que lo han suscrito deben ajustarse y actuar en concordancia con las requerimientos del principio básico de buena fe.

³ STS 22 mayo 1986 (RJ 1986/2609), así como STS 4 marzo 1991 (RJ 1991/1823).

⁴ STS 11 mayo 1988 (RJ 1988/4053).

⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 35.

⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G. : *Diligencia y negligencia en el cumplimiento*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1981, pág. 176.

1.- Culpabilidad y gravedad

Ahora bien, no toda transgresión de la buena fe contractual justifica el despido disciplinario, sino aquella que por ser grave y culpable “suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador”⁷. La gravedad y culpabilidad del trabajador, como causa del despido disciplinario que extingue el contrato de trabajo por decisión del empresario, también viene exigida en el artículo 54.1 ET.

Más concretamente, con arreglo a la jurisprudencia se establece que para que se produzca la transgresión de la buena fe contractual solamente se precisa “la existencia de una relación laboral, la violación de los deberes de fidelidad y que el trabajador actúe con conocimiento de su conducta vulneradora”⁸.

Por lo que se exige que la conducta sancionable con despido “sea calificada de dolosa, requisito intencional sin cuya concurrencia no se puede incidir en fraude, deslealtad o abuso de confianza”⁹. Por abuso de confianza también se incide por “negligencia, desinterés o descuido”¹⁰ y en desobediencia cuando “advirtiéndoselo continúa realizándola”¹¹.

En algunos casos, para poder enjuiciar la transgresión de la buena fe y si dicha conducta merece la máxima sanción de despido, “ha de tenerse en cuenta el cargo que ocupa en la empresa y sus circunstancias personales y profesionales”¹².

Así, los puestos singulares y de jefatura en la empresa adquieren especial relevancia con respecto a los deberes de buena fe, puesto que “deben ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan dichos puestos”¹³. Esto no quiere decir que el único destinatario de

⁷ STS 8 marzo 2012 (AS 2012\890).

⁸ STS 24 febrero 1984 (RJ 1984\918), STS 11 septiembre 1986 (RJ 1986\5134) y STS 24 enero 1990 (RJ 1990\209), configuran la deslealtad como una infidelidad a los deberes de fidelidad y de los postulados del honor y de la honrría de bien inherentes a un contrato de trabajo, reprochables a un trabajador.

⁹ STSJ País Vasco 9 mayo 1994 (AS 1994/2283).

¹⁰ STS 8 junio 1984 (RJ 1984/3306).

¹¹ STS 13 noviembre 1984 (RJ 1984/5842).

¹² STS 17 octubre 1985 (RJ 1985/5152) . En el mismo sentido STS 24 octubre 1989 (RJ 1989/7424).

¹³ STS 29 marzo 1988 (RJ 1988/2404).

la lealtad debida por el trabajador sea la empresa, sino que también son los compañeros de trabajo y terceros relacionados con ella, pues “la conducta desleal del trabajador respecto de estas personas va a repercutir claramente en la esfera laboral”¹⁴.

En resumen, las actuaciones de las partes han de ser procesadas teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y observando la intención del trabajador.

2.- Delimitación jurisprudencial del concepto de transgresión de la buena fe

La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario remiten a la protección de “un mínimo ético en la relación laboral”¹⁵, requisito imprescindible para la conducta del trabajador, cuyo incumplimiento quiebra los cimientos básicos de confianza sobre las que se sustentan las relaciones laborales.

Es necesario ver la idea de ruptura de la relación laboral por despido disciplinario, no desde un punto de vista como una sanción, sino como “la pérdida de confianza en quien es voluntaria y reiteradamente impuntual o absentista, en quien es voluntaria y gravemente indisciplinado o desobediente en el trabajo, en quien ofende, denigra o acosa a las personas de su entorno organizativo, o en quien gravemente trasgrede la buena fe contractual o abusa de la confianza en él depositada”¹⁶.

Para profundizar más sobre la cuestión, es fundamental responder a la pregunta de qué conductas son sancionables y que puedan constituir “la justificación objetiva y razonable”¹⁷ de despido.

¹⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pág. 49.

¹⁵ GONZÁLEZ ENCABO, J. : “El fraude, la deslealtad o el abuso de confianza”, *Dieciséis Lecciones sobre causas de despido*, Madrid (Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio) 1969, pág. 128.

¹⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas disciplinarias del despido”, en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A. V. Dir.) : *El despido*, Pamplona (Aranzadi), 2009, pág. 150.

¹⁷ Establecido en el artículo 40.1 Modificaciones del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

Como norma general, “el legislados establece líneas que demarcan comportamientos profesionales éticos de los que no lo son; siendo compatible con la necesidad de tener en cuenta la “graduación de faltas y sanciones” del convenio colectivo que sea aplicable”¹⁸.

Más concretamente, cuando el convenio colectivo aplicable tipifique una causa como falta leve o grave, la jurisprudencia no entiende causa que justifique el despido disciplinario por la transgresión de la buena fe, en otras palabras, el despido no puede calificarse como procedente.

Así, por ejemplo, “si la falta imputada es negligencia o desidia en el trabajo, y ésta aparece tipificada como grave en el convenio aplicable, no cabe sancionarla como despido por transgresión de la buena fe contractual”¹⁹. Y las conductas tipificadas en el convenio colectivo como falta muy grave, el tribunal laboral que resuelve la impugnación del despido basado en esa conducta “debe declararlo procedente”²⁰.

La jurisprudencia no se ha mostrado unánime a la hora de enjuiciar si la transgresión de la buena fe contractual cometida por el trabajador reúne la suficiente gravedad como para justificar su despido.

En unos supuestos rechaza la posibilidad de la evaluación mediante la existencia de grados en la buena fe, siendo suficiente cualquier incumplimiento de ésta para que el despido disciplinario este reconocido. Sin embargo, en otros supuestos se aplica una doctrina gradualista para “intentar conseguir la adecuada proporcionalidad entre el hecho, la persona y la sanción a imponer”²¹.

¹⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas disciplinarias del despido”, cit., pág. 153.

¹⁹ STSJ Castilla-La Mancha 20 junio 2007 (AS 2007/3346). En el mismo sentido STSJ Castilla y León, Valladolid 25 septiembre 2006 (AS 2006/2514).

²⁰ STSJ Castilla y León, Valladolid 9 diciembre 2003 (AS 2004/269) señala que “si el convenio colectivo ha querido calificar el hurto como infracción muy grave merecedora del despido, a la Sala no le queda más solución que confirmar la decisión empresarial”.

²¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pág. 42.

Más concretamente, la primera corriente jurisprudencial afirma que en la transgresión de la buena fe contractual no caben grados, desde que así lo estableció el Tribunal Supremo²² por primera vez.

Lo determinante es que una vez ocurrida la pérdida de confianza “por su esencial naturaleza no admite grados de valoración y una vez producida rompe el equilibrio de las relaciones del trabajador con el patrono en términos que impiden su normal restablecimiento posterior”²³. Es decir, concebir la posibilidad de graduar sanciones en materia laboral cuando el infractor ha incumplido el principio básico de la buena fe contractual no tiene cabida, pues así ha resultado, pues se ha producido la pérdida de la confianza, que, constituye elemento básico de la relación laboral evidenciada mediante el contrato del trabajo. Así pues, una vez realizado el despido, sólo será declarado como improcedente “si se estima que no actuó de modo culpable”²⁴.

Como ya se ha insinuado al principio del presente trabajo, las circunstancias personales que conciernen al trabajador, pueden llegar a ser elementos decisorios para la calificación del despido como improcedente.

Así en análisis de sentencias, aunque la trabajadora haya consumido productos dejados por los clientes que debía reclasificar, “tanto la antigüedad como la conducta irreprochable durante toda la relación laboral”²⁵ son factores a tener en cuenta para no aplicar la sanción máxima de despido; pues para poder llegar a la conclusión de que un incumplimiento contractual es “grave y culpable” se deben, como regla, “valorar todas las circunstancias concurrentes no sólo en lo afectante al hecho cometido, sino también en lo relativo a la conducta y persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece”²⁶.

²² STS 4 junio 1956 (RJ 1956/2180).

²³ STS 7 julio (RJ 1980/3002); así como STS 29 marzo (RJ 1985/1452) y STS 5 diciembre 1985 (RJ 1985/6058).

²⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pág. 43.

²⁵ STS 13 noviembre 2000 (RJ 2000/9688).

²⁶ STSJ Cataluña 24 enero 2011 (JUR 2011\148794).

Avanzando en el estudio, la segunda corriente doctrinal sostiene que la existencia de la transgresión de la buena fe por sí sola no justifica la decisión de despido, por ello ha de tenerse en cuenta para llegar a la extinción del contrato de trabajo, la gravedad de la falta cometida. Aquí es donde surge el conflicto, porque no existen parámetros ni reglas que computen de forma objetiva, con claridad y precisión la intensidad y gravedad de la falta que se ha cometido.

Como norma general, el ET o el convenio de aplicación permiten la calificación de la falta cometida, pero en su defecto, ya que cada caso tiene particularidades concretas y específicas, “el juzgador deberá calificar la naturaleza de la falta, y en otros casos, deberá acudir a reglas y criterios de proporcionalidad”²⁷.

Si las particularidades de cada caso concreto una vez analizadas determinan la existencia de la transgresión de la buena fe contractual, pero no reúne la gravedad suficiente exigida para justificar el despido, el empresario puede optar por la imposición de una sanción de carácter más leve al trabajador; en otras palabras: “tolerancia empresarial de ciertas prácticas que impide su posterior utilización para efectuar un despido”²⁸.

Son circunstancias agravantes, en primer lugar, el hecho de “desempeñar puestos de confianza de mayor significación y categoría en la empresa por ser su intervención decisiva en las operaciones de la misma”²⁹, en los que los principios básicos de fidelidad y lealtad han de ser más rigurosamente observados.

En segundo lugar, la naturaleza de la actividad a desarrollar que puede exigir un especial cuidado y responsabilidad, como es el caso de las entidades bancarias. Especialmente “el deber observancia de las reglas de buena fe es más riguroso en los supuestos de empleados

²⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pág. 44.

²⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. : *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao (Deusto), 1991, pág. 43.

²⁹ STSJ Andalucía, Málaga 3 mayo 1996 (AS 1996/2309). En el mismo sentido STSJ Comunidad Valenciana 9 noviembre 1993 (AS 1993/4999).

de entidades bancarias”³⁰, en los cuales el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual queda firmemente justificado, declarándose de esta forma el despido como procedente por el Tribunal.

En relación con este último supuesto, el Tribunal Supremo considera que, “dada la responsabilidad que entraña el cargo de Subdirector de sucursal, cualquiera de las actividades que ha llevado a cabo, como sustituir la voluntad de clientes, manipular el cajero automático, hacer disposiciones en efectivo incluso después del fallecimiento del titular de la cuenta, todo ello, supone una deslealtad, aún no existiendo sustracción de dinero por parte del trabajador afectado por el despido disciplinario”³¹.

La tercera circunstancia agravante es la conducta desleal, que adquiere especial gravedad cuando el trabajador realiza sus funciones alejado del control del empresario aprovechándose de su privilegiada situación de autonomía para defraudar.

Como ejemplo, el supuesto del trabajo de los agentes de propaganda que realizan fuera del centro laboral de la empresa, en la calle, sin que resulte posible el control directo del empresario, por lo cual “se agrava la conducta dolosa del trabajador que ha incumplido su deber”³².

Por último, el hecho de que el infractor ostente la condición de representante de los trabajadores³³.

Es necesario en análisis detallado y minucioso de las circunstancias y particularidades de cada caso concreto para poder establecer la gravedad de la falta cometida. Por ello, es necesario analizar la interpretación que los Tribunales hacen sobre el concepto tan complejo

³⁰ STSJ Castilla y León, Valladolid 16 diciembre 2012 (AS 2012\63), apropiación dineraria de fondos de los clientes por un subdirector de sucursal bancaria afectado de ludopatía. En el mismo sentido, STSJ 24 octubre (JUR 2013\334969), el subdirector de sucursal bancaria realiza disposiciones de efectivo de una persona con posterioridad a su fallecimiento.

³¹ STS 9 diciembre 2014 (JUR 2015\49286).

³² STS 15 septiembre 1998 (RJ 1988/690). En el mismo sentido STS 27 febrero 1978 (RJ 1978/718).

³³ STS 15 noviembre 1982 (RJ 1982/6709); así como STS 5 diciembre 1989 (RJ 1989/8935).

y difuminado de la transgresión de la buena fe para que ésta por sí sola justifique el despido disciplinario, y por el contrario, la transgresión que no lo justifica. Porque la causa de despido que establece el artículo 54.2 ET es aplicada a múltiples actuaciones por la jurisprudencia.

Así pues, el Tribunal Supremo desestima el recurso de suplicación interpuesto por la demandada contra la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido, porque, si bien está acreditado el incumplimiento alegado, que supuso la sustracción de una bolsa de alimentos pertenecientes a la cadena de supermercados para la que presta servicios y que estaba valorada en sesenta y cinco euros, “la sanción de despido resulta desproporcionada, de acuerdo con la teoría gradualista, teniendo en cuenta la antigüedad de la trabajadora que durante más de trece años ha venido desempeñando su trabajo sin ningún tipo de tacha o incidente reprochable”³⁴.

2.1.- Daño material en el patrimonio de la empresa

Por un lado, como ya se ha expuesto anteriormente, existe una corriente doctrinal por la cual no existe la necesidad de examinar el caso concreto en los supuestos de violación de la buena fe contractual; se entiende transgredido, “independientemente de la cantidad de dinero o valor de los objetos”³⁵, suponiendo ello, la justificación del despido del trabajador que ha actuado de forma grave y culpable.

Efectivamente hay cuantiosísimas sentencias que ratifican el despido del trabajador “por sustraer objetos propiedad de la empresa o por apoderarse de dinero de la misma, sin autorización de la empresa, que ocasionan un daño al patrimonio de la empresa”³⁶ y que se entiende que violan la buena fe.

³⁴ STS 9 diciembre 2014 (JUR 2015\40897).

³⁵ STS 17 septiembre 1990 (RJ 1990/7014), la cual establece que “toda vez que en la confianza no caben grados, siendo secundario o incluso irrelevante la cuantía o el daño patrimonial”.

³⁶ Entre otras, STS 8 julio 2009 (JUR 2009\416241), así como STS 25 febrero 2009 (JUR 2009\153866) y STS 17 febrero 2009 (JUR 2009\140481). Una vez producida la vulneración de la buena fe contractual exigida, se entiende que se ha infringido un mínimo ético sobre los cuales se asienta la relación laboral. por ello, se entiende que se debe calificar el despido como procedente, pues se ha transgredido un principio básico, que es irrecuperable.

Más concretamente se entiende que existe transgresión de la buena fe una vez que se ha producido la vulneración de la lealtad debida de la buena fe, así pues “la escasa cuantía o el poco valor del bien defraudado es indiferente en el momento de enjuiciar la conducta, pues el engaño y el abuso de confianza son vicios que aún manifestándose sobre cosas de escasa valía económica la tienen de gran importancia para enjuiciar los actos realizados”³⁷.

Como ejemplo, se declara el despido como procedente cuando “el trabajador no hace ticket correspondiente a la consumición de un batido y hace otro por menos cantidad. Con ello se causa un perjuicio económico aunque sea escaso”³⁸.

Es decir, no cabe atenuar la sanción de despido “en función de la cantidad del perjuicio causado a la empresa o del beneficio obtenido por el trabajador”³⁹, si no lo que se sanciona es ese no cumplir de las obligaciones propias del puesto de trabajo conforme a reglas de la buena fe.

Por otro lado, existe la segunda corriente doctrinal, la cual tiene en cuenta la circunstancias concretas⁴⁰ de cada caso, para así, intentar conseguir la “adecuada proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción impuesta”⁴¹.

Así el Tribunal Supremo aplica por primera vez, esta doctrina gradualista afirmando que “el valor de los sustraído no es el único criterio de medida de la importancia de una falta de esta naturaleza”⁴².

³⁷ STS 29 octubre 1988 (RJ 1988/8176), en el mismo sentido STS 19 octubre 1989 (RJ 1989/7300) y STS 5 mayo 1987 (RJ 1987/3234).

³⁸ STSJ Madrid 27 abril 1992 (AS 1992/1998).

³⁹ STSJ Madrid 13 octubre 2014 (AS 2014\3065).

⁴⁰ STSJ Asturias 21 mayo 1992 (1992/2498), STSJ Castilla y León, Burgos 26 agosto 1992 (1992/4125) y STSJ Navarra 21 enero 1994 (1994/17). En las cuales, se tiene en cuenta datos concretos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, el escaso perjuicio económico sufrido por la misma y la inexistencia de otras sanciones anteriores por el mismo hecho, para proceder a la calificación del despido como improcedente.

⁴¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pág. 55.

⁴² STS 17 septiembre 1990 (RJ 1990/7014).

En el mismo sentido, la calificación del despido debe comprenderse con la teoría gradualista buscando la proporción entre la gravedad de la infracción y la sanación cometida, teniendo en cuenta y valorando las particularidades concretas de cada supuesto.

Esta teoría gradualista debe ser aplicada “atendiendo, por tanto, a circunstancias concretas como antigüedad del trabajador en la empresa, escaso perjuicio económico sufrido por la misma, inexistencia de otras sanciones anteriores por el mismo hecho, etc.”⁴³.

Más concretamente, una de las “acciones de apropiación de dinero que justifica el despido del trabajador”⁴⁴ es el cobro de diferentes cantidades a terceras personas por cuenta de la empresa y utilizándolas en beneficio del trabajador.

La sustracción de dinero de la caja de la empresa por parte del empleado para beneficio propio “constituye un incumplimiento contractual grave así como culpable con perfecto encaje en el art. 54.2 d) ET, al suponer una radical transgresión de las exigencias de la buena fe”⁴⁵, tal conducta justifica que el despido disciplinario sea declarado procedente⁴⁶.

De forma similar, el cobro de consumiciones sin registrarlas en la caja y sin entregar por el camarero al cliente el ticket correspondiente supone “el abuso del deber de buena fe constituyente como causa de despido justificado”⁴⁷.

Así como, entregar a los clientes menor cantidad de material que el facturado quedándose con el resto el trabajador en su propio beneficio⁴⁸.

⁴³ STSJ Andalucía, Málaga 21 marzo 1994 (AS 1994\1108).

⁴⁴ STS 29 junio 1987 (RJ 1987/4655) en la que el actor cobró una factura pero no depositó en cada el importe de la misma, transgrediendo así la buena fe contractual. Así también STSJ Cataluña 25 junio 2014 (AS 2014/2314) en la que un empleado de gasolinera que usa el datafono de la empresa para conseguir efectivo de la caja registradora, a pesar de las órdenes expresas dadas el respecto.

⁴⁵ STSJ Asturias 22 marzo 2002 (AS 2002\632).

⁴⁶ STSJ Murcia 8 abril 2002 (JUR 2002\153843), así como STSJ Murcia 29 marzo 2010 (JUR 2010\194851).

⁴⁷ STS 16 octubre 1986 (RJ 1986/5836), así como STSJ 17 septiembre 1996 (AS 1996/2829).

⁴⁸ STS 7 diciembre 1987 (RJ 1987/8846), también STS 16 junio 1990 (RJ 1990/5473).

2.2.- Utilización de materiales, medios o instrumentos de la empresa en beneficio propio

Es importante analizar y concretar las actividades, relacionadas con este apartado, que la jurisprudencia considera vulneración de la buena fe contractual por parte del trabajador con respecto a la empresa donde presta servicios.

Así pues, el uso desmedido de las nuevas tecnologías es causa de despido disciplinario, se entiende que transgrede los deberes de conducta de la buena fe, que deben estar presentes a lo largo de toda la prestación de servicios durante la existencia del contrato de trabajo.

Si un trabajador, de forma “constante y reiterada, hace uso de internet y de programas relacionado con el equipo informático para distracciones particulares y que nada tiene que ver con las funciones propias de su puesto de trabajo”⁴⁹, como consecuencia ha incumplido las obligaciones esenciales de su puesto de trabajo y podrá ser sancionado mediante el despido disciplinario.

Más graves resultan los supuestos en los que ha habido “advertencia e instrucciones expresas de la empresa” referidas a la prohibición del uso del ordenador y los accesos a internet para usos propios⁵⁰.

La misma sentencia, en tenor literal, expresa que “la conducta sancionada lo es con independencia del contenido concreto de las comunicaciones efectuadas por el trabajador y se apoya en la desobediencia manifiesta a las órdenes recibidas en relación al uso de los equipos informáticos y en la transgresión de la buena fe contractual que para la empresa supone la actuación continuada y contraria a las directrices dadas por la dirección”⁵¹.

Otro factor a tener en cuenta es la cantidad de horas improductivas que ha pagado la empresa, debidas al uso del ordenador y el acceso a internet. Lo determinante es que “supone

⁴⁹ STSJ Castilla y León, Valladolid 30 mayo 2013 (JUR 2013\217974).

⁵⁰ STSJ Comunidad Valenciana 25 junio 2013 (JUR 2013\285674).

⁵¹ STSJ Comunidad Valenciana 25 junio 2013 (JUR 2013\285674).

una disminución en el rendimiento del trabajo, afectando a la productividad propia de la empresa”⁵².

Así, todos medios que “la empresa proporciona a sus empleados para que lleven a cabo el trabajo convenido no pueden ser utilizados por el trabajador para su provecho propio sin autorización de la empresa”⁵³. Si el trabajador “se sirve de ellos sin el conocimiento de la empresa”⁵⁴ se entiende que ha transgredido la buena fe contractual.

En el mismo sentido, el uso de móviles suministrados por la empresa se ha de ajustar a las funciones estrictas del puesto de trabajo, por eso, “un uso excesivo, reiterado y continuo, y produciéndose la culpabilidad y gravedad del trabajador”⁵⁵, también requeridos en el artículo 54.1 ET que serán factores constituyentes para justificar la transgresión de la buena fe contractual.

Por otro lado, la jurisprudencia considera que el uso del vehículo proporcionado por la empresa para uso particular del trabajador son “calificables técnica y legalmente de muy graves” y que “corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada”⁵⁶.

En el mismo sentido, el trabajador que prestaba servicios para una empresa cuya actividad principal consistía en el transporte de mercancías, “vulneró la confianza y buena fe en sus relaciones con la empresa al hacer un uso particular al encomendado de los repostajes,

⁵² STSJ Comunidad Valenciana 31 enero 2006 (JUR 2006\134987), también establece a tenor literal “ la dedicación a actividades que no tienen que ver con el desempeño propio del puesto de trabajo producen una mayor ralentización, con minoración del volumen de trabajo atendido”.

⁵³ STS 8 octubre 1988 (RJ 1988\7550) establece que “la utilización de bienes de la empresa para uso propio durante la jornada laboral se desprende la comisión de una falta muy grave de transgresión de la buena fe y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, tipificada en el precepto denunciado como infringido como constitutiva de incumplimiento contractual por parte del trabajador que es causa justificativa de la extinción del contrato de trabajo mediante despido”

⁵⁴ STSJ Cataluña 24 mayo 2013 (JUR 2013\260097), en la que un trabajador se apropia de combustible de la empresa para su beneficio propio, como consecuencia el despido disciplinario es calificado de procedente.

⁵⁵ STSJ Madrid 27 marzo 2013 (AS 2013\299).

⁵⁶ STS 5 diciembre 2007 (AS 2007\952).

así se constata en el hecho de que el actor vino realizando un reportaje notablemente superior a la media respecto a otros trabajadores que realizaban la misma ruta, quedando pues acreditado que el actor utilizaba el furgón de reparto no sólo para el trabajo contratado sino también para un uso particular, estando por tanto suficientemente justificada la irregularidad de la conducta y su relevancia a los efectos de incardinarse en la sanción de despido por transgresión de la buena fe⁵⁷.

Como resultado de todo lo anterior surge la cuestión acerca del poder de vigilancia que el empresario puede practicar para controlar los medios que ha puesto a disposición de los trabajadores y que se ajusten al fin con el que fueron éstos suministrados.

Dicho poder que sustenta el empresario está reconocido expresamente en el artículo 20.3 ET, y atribuye al empresario, la de “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales”.

Más concretamente, los Tribunales permiten “la colocación de dispositivos de seguimiento GPS instalado en el vehículo proporcionado al trabajador como forma de control, incluso en beneficio de la propia seguridad de los trabajadores”⁵⁸, tratándose de un medio de vigilancia empresarial proporcionado y respetuoso con la dignidad e intimidad del trabajador.

Siguiendo con el análisis⁵⁹ en los supuestos en los que el trabajador use el vehículo para beneficio privado, sin autorización por parte de la empresa, la vigilancia por parte del empresario “puede considerarse adecuado y proporcionado a la finalidad que perseguía la empresa, consistente en averiguar si cumplía su jornada laboral. Además, la instalación del

⁵⁷ STSJ Galicia 14 octubre 2014 (JUR 2014\286472).

⁵⁸ STSJ Galicia 17 enero 2014 (AS 2014\637), así como también STSJ Murcia 13 mayo 2013 (JUR 2013\217906) y STSJ Cataluña 5 marzo 2012 (AS 2012\996).

⁵⁹ STSJ Galicia 17 enero 2014 (AS 2014\637) a grandes rasgos expone que la colocación de un GPS, que lo que hace es registrar cuando arranca y se detiene el vehículo y donde se encuentra físicamente. Son medios adecuados y proporcionados de vigilancia y control que no afectan a su intimidad personal, pues el control se realiza durante la jornada laboral, es decir durante un tiempo en que el trabajador está a disposición del empresario para desempeñar las funciones concretas de su puesto de trabajo.

GPS se justifica también por razón de realizar su trabajo fuera de las dependencias de la empresa, no estando sujeto a un control directo en cuanto a su jornada y horario”.

En el mismo sentido, no es necesario que “la empresa desvele las medidas de control y de seguridad tendentes a prevenir a disuadir o a posibles infractores, cuando se refieren a vigilancia sobre mercancías, que pueden ser sustraídas, o localización de vehículos en sus rutas laborales en un ámbito que no se puede considerar de intimidad o privacidad o de estricto control de una persona con un fin ilegal”⁶⁰.

Ahora bien, cuando el trabajador daña un medio que la empresa le ha puesto a su disposición, ha causado un daño al patrimonio de la misma.

Por ello, los materiales de trabajo debe ser utilizados al fin para el que está establecido, y además, “su conservación y cuidado es encomendado a los trabajadores que prestan servicios para que desarrollen las tareas propias del puesto de trabajo”⁶¹. De ahí que, “si los deterioran, distraen o sustraen con malicia esta conducta es manifestación evidente de una falta de lealtad, de una ausencia de buena fe”⁶².

En cuanto al poder de vigilancia que ejerce el empresario sobre los trabajadores en el uso de ordenadores, mediante la instalación de sistemas que registren las páginas webs visitadas, el Tribunal considera que “no se plantean en esta ocasión problemas o dudas relativos a la legalidad de las pruebas practicadas ni a la integridad del derecho a la intimidad del demandante. Tampoco se cuestionan las facultades de control de la empresa cuya advertencia no consta, pero se considera implícita en la prohibición del uso de los equipos informáticos para usos privados de los trabajadores”⁶³; puesto que la empresa dotó de un

⁶⁰ STSJ Galicia 6 junio 2014 (AS 2014\1782)

⁶¹ SEMPERE NAVARRO, A. V. : “ Despido disciplinario por consumo excesivo de materias primas”, en AA.VV. (DOMBLÁS HERMOSO, M. A. y FERNÁNDEZ BARAIBAR, M., Dirs.): *Causas del despido disciplinario V. II*, Navarra (Aranzadi), 2007, pág. 308.

⁶² STS 20 enero 1987 (RJ 1987/83); así como STS 20 septiembre 1988 (RJ 1988/6928) y STS 13 febrero 1991 (RJ 1991/1525).

⁶³ STSJ Madrid 29 octubre 2013 (AS 2013/490).

Código de Conducta donde prohibía expresamente la utilización de los usos de las redes de internet para uso privado.

En la cuestión de si tal acto de vigilancia por parte de la empresa constituye una violación a la intimidad del trabajador, el Tribunal sostiene que “el referido derecho a la intimidad no reviste carácter de absoluto, como ninguno de los derechos fundamentales, y puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo”⁶⁴.

En definitiva, el poder de vigilancia por parte de las empresas es un fin “constitucionalmente legítimo que justifica de manera objetiva y razonable la injerencia en el derecho a la intimidad”⁶⁵, por eso la utilización indebida de los medios materiales, como un ordenador propiedad de la empresa, para fines que nada tienen que ver con las funciones propias del trabajador, “la empresa puede legítimamente controlar y vigilar la forma de utilizar tales medios en la actividad desarrollada por el trabajador”⁶⁶.

2.3.- Crédito horario de representantes sindicales

El empleo del crédito horario establecido para los representantes de los trabajadores ha de ser provechoso para ejercer las funciones propias de los mismos. Ahora bien, si el representante emplea esas horas en “provecho propio y de manera reiterada y habitual, esta falta de deber supone la transgresión de la buena fe, puesto que pone en peligro el derecho legítimo a que los representantes formen un cuerpo coherente con los representados”⁶⁷.

⁶⁴ STC 28 febrero 1994 (RTC 1994\57), así como STC 10 julio 2000 (RTC 2000/186).

⁶⁵ STSJ Galicia 5 junio 2006 (AS 2007\1762).

⁶⁶ STSJ Madrid 13 mayo 2003 (AS 2003\3649), en el mismo sentido STSJ Castilla y León, Valladolid 30 mayo 2013 (JUR 2013\217974).

⁶⁷ STSJ Castilla y León, Valladolid 25 noviembre 2014 (JUR 2015\30277).

Sin embargo, aunque el trabajador utilice esas horas de representación sindical para uso propio, pero no está presente la habitualidad, no podrá alegarse el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual⁶⁸.

2.4.- Realización de trabajos durante la situación de baja médica

Para poder profundizar más en el análisis de este apartado, es necesario explicar el significado que el Ordenamiento otorga a la definición de situación determinante de incapacidad temporal.

Así el artículo 128.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) establece que el trabajador se encuentra en incapacidad temporal “mientras reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo”.

En tales situaciones, el trabajador percibe una prestación contributiva por incapacidad, calculada sobre la base de cotización del mes anterior; siendo esta prestación sustitutoria del salario que recibe a cambio de la prestación de servicios, como resultado de la suscripción del contrato de trabajo.

Otro aspecto no menos relevante, es la no extinción del contrato de trabajo durante la situación de incapacidad, pues este sólo queda en suspensión, como así lo establece el artículo 45.1 ET. Por ello, el siguiente apartado del mismo artículo anteriormente mencionado, el 45.1 ET, establece que ante tal situación, se exime al trabajador de prestar servicios y, a su vez, al empresario a remunerar el trabajo.

Ahora bien, el hecho de que el trabajador quede exento de las obligaciones de trabajar durante la suspensión del contrato de trabajo, este “no queda desvinculado de los deberes relacionados con la buena fe”⁶⁹.

⁶⁸ STSJ Comunidad Valenciana 16 mayo 2013 (AS 2013\2424).

El verdadero razonamiento, sobre el que se asienta la justificación de la causa de despido disciplinario, consiste en las acciones transgresoras que ha llevado a cabo el trabajador y, “que son perjudiciales para el empresario, puesto que éste cotiza a la Seguridad Social sin contraprestación por parte del trabajador”⁷⁰.

En el mismo sentido, la conducta del trabajador “es desleal porque la baja está encaminada a obtener su pronta recuperación en el plazo más breve posible y para ello debe seguir las prescripciones médicas, de modo que si no lo hace genera un perjuicio para el empresario”⁷¹ y para la Seguridad Social⁷².

Como bien se ha dicho, un trabajador sigue prestando servicios, por cuenta ajena o propia, mientras está cobrando las prestaciones económicas y asistencia sanitaria que ofrece la Seguridad Social, entonces está actuando en fraude, puesto que la finalidad de dicha prestación es la compensación económica, para cuando una persona se encuentra imposibilitado temporalmente para ejercer su trabajo.

No sólo eso, sino que también el infractor, con la realización de otros trabajos, está retardando la incorporación a su anterior puesto de trabajo, puesto que “puede repercutir negativamente en el proceso de recuperación”⁷³.

A) Delimitación de actividades que se pueden desarrollar encontrándose en situación de baja médica

Para analizar con precisión las actividades que pueden realizar o no, encontrándose en situación determinante de incapacidad laboral se distinguen⁷⁴ “dos tipos de actividades, en

⁶⁹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. : *Derecho del Trabajo*, Madrid (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM), 1995, pág. 374.

⁷⁰ STS 14 julio 1986 (RJ 1986/4116).

⁷¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pág. 72.

⁷² STSJ Galicia 13 julio 2012 (AS 2012\2836)

⁷³ STSJ Comunidad Valenciana 9 febrero 2005 (JUR 2005\132841).

primer lugar, la prestación de trabajo por cuenta ajena, y en segundo lugar el desempeño de actividades no laborables que repercuten en la curación, como son el ocio y la distracción, entre otras muchas”. Ambas dos constituyen o pueden constituir causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe por el desempeño de actividades o trabajos durante la situación de incapacidad temporal.

Después de un profundo análisis de la jurisprudencia encontrada a propósito, que será analizada a continuación, se puede concluir que existen dos tendencias donde la jurisprudencia no se ha mantenido análoga.

Como regla general, no existe compatibilidad⁷⁵ entre la realización de trabajos, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, con la percepción de la prestación por encontrarse en situación de incapacidad temporal, y además “sería contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social”⁷⁶.

Es más, en los supuestos donde el trabajador realice actividades similares o incluso iguales, a las que ejercía con anterioridad de producirse la situación de incapacidad temporal, o en otras palabras, “si desarrolla la misma actividad profesional que le causó la incapacidad [...] se encuentra en el ámbito de lo vetado por el art. 132.1 de la LGSS”⁷⁷. Pues no parece lógico que un individuo se encuentre incapacitado para desarrollar ciertas actividades, y por ello ha causado baja temporal, y simultáneamente esté desarrollando prácticamente el mismo tipo de actividades.

Pero esto no siempre es así, y para poder entender con más precisión, si un trabajador mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal realiza trabajos o actividades y, como consecuencia de tales actos se produce el despido disciplinario por transgresión de la

⁷⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pág. 65.

⁷⁵ Entre otras muchas, STSJ Madrid 15 diciembre 2014 (AS 2015\458); así como STSJ Andalucía, Málaga 16 junio 2005 (AS 2005\3468); STSJ Cataluña 12 julio 2004 (AS 2004\2688); STSJ Asturias 7 marzo 2003 (JUR 2003\175794); y STSJ Castilla – La Mancha 9 marzo 2000 (JUR 2000\137748).

⁷⁶ STS 7 abril 2004 (RJ 2004/3651).

⁷⁷ STSJ Aragón 22 abril 2015 (JUR 2015\127005).

buena fe, la jurisprudencia entiende que “estamos obligados a analizar todas y cada una las circunstancias concurrentes, con el objeto de determinar si en el concreto caso enjuiciado se da una posible compatibilidad, [...] entendiendo que la incapacidad temporal sólo será compatible cuando la actividad desarrollada no es susceptible de interferir en el proceso de recuperación de incapacitado y, en cambio nunca lo será, cuando el trabajo prestado evidencie que ha recuperado la aptitud laboral y funcional necesaria para volver a reincorporarse a su puesto de trabajo”⁷⁸.

Aún en contradicción con el artículo 132.1.b) de la LGSS, donde señala que se producirá la pérdida del derecho al subsidio por incapacidad temporal cuando el beneficiario preste servicios bien por cuenta propia o bien por cuenta ajena, la jurisprudencia sí admite determinadas situaciones donde el sujeto pueda compatibilizar ambas acciones.

Existen sentencias donde los Tribunales “permiten” la compatibilización de trabajos durante la situación de incapacidad temporal, únicamente, si aquellas actividades o funciones son “más livianos o sedentarias, y no supondrá un obstáculo a la declaración de tal grado de incapacidad”⁷⁹; dicha sentencia hace alusión a los supuestos de pluriactividad, donde es posible la compatibilización del puesto de trabajo que dio lugar a la situación de incapacidad con el ejercicio de la nueva actividad, puesto que requiere unas funciones con menor esfuerzo físico o psíquico.

Como ejemplo, un individuo que ha causado baja médica por fuertes dolores de espalda, y ha realizado viajes, porque es titular de una agencia, y los negocios requieren que se presente en otra ciudad distinta en la que presenta domicilio, siendo necesario que el individuo se trasladara a través de un vuelo en avión. Tales circunstancias, no fueron suficientes para que el despido del trabajador fuese calificado como procedente, reconociéndose, así, la improcedencia del despido, pues “no es lo mismo atender en una ocasión a un cliente, que cumplir con una jornada laboral en días sucesivos; ni tampoco un desplazamiento en avión, de pocos minutos o la intensidad de la actividad llevada a cabo en una sola oportunidad, pueden agravar o retrasar la curación”⁸⁰.

⁷⁸ STSJ Galicia 10 octubre 2014 (JUR 2015\30430).

⁷⁹ STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 19 febrero 2004 (JUR 2004\105245).

⁸⁰ STSJ Cataluña 14 mayo 1990 (AS 1990\4179).

Lo anteriormente analizado, consistía en analizar la compatibilidad entre actividades suscritas mediante un contrato de trabajo con otra parte. Pero como bien se especificó al principio de este subapartado, existen dos tipos de actividades; si bien, todavía queda por analizar una de ellas, la compatibilidad existente entre la prestación por incapacidad temporal con la realización de actividades no laborables.

Es importante especificar el tipo de actividades que los Tribunales “permiten” a la hora de conciliar tal compatibilización, pues “no existe prohibición absoluta durante la situación de incapacidad temporal y, asimismo, mientras que aquéllas no redunden en menoscabo de la evolución y proceso de recuperación de la enfermedad o episodio accidental que originaron la baja médica”⁸¹.

Se declara el despido improcedente de un trabajador que participó como alguacilillo en una corrida de toros celebradas en su localidad y que estaba incapacitado temporalmente por depresión para su profesión habitual. Es más, el Tribunal considera que “es una "actividad lúdica" o "festiva" que no retrasa su proceso de curación sino que, por el contrario, es prescrita por la medicina siquiátrica para acelerar el proceso de curación de aquel estado de ánimo decaído [...] lo que conlleva es una terapia para la enfermedad que lo tiene de baja laboral y puede contribuir, a su más pronta recuperación[...] el comportamiento del trabajador no puede calificarse como una conducta desleal”⁸².

Como también un trabajador que presta servicios para una empresa con el cargo de conductor – transportista, además causa baja por una crisis de ansiedad y al día siguiente en el que se puede de alta, presenta baja por una tendinitis en un dedo de la mano. Pues bien, la empresa con ayuda de un detective observa que el individuo coge su coche para acudir a diversos sitios, tales como una clínica dental y un supermercado. Observando la contradicción, el despido es declarado improcedente, pues la Sala considera que “no cabe el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual porque no tiene la gravedad ni culpabilidad necesaria como para justificar el despido, ya que ni consta que efectivamente incidiera de forma negativa en el proceso de incapacidad, ni que con tal actuación se alargó la

⁸¹ STSJ Madrid 17 marzo 2008 (JUR 2008\182211).

⁸² STSJ Andalucía, Granada 11 junio 2008 (AS 2008\3056).

duración del mismo, ni que se le hubiera proscrito por el facultativo de los servicios sanitarios efectuar una vida normal”⁸³.

La realización de actividades en el normal desempeño de la vida cotidiana, si no interviene la culpabilidad y gravedad del trabajador, en principio no constituye causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe.

Pues actividades livianas como “llevar al hijo a la guardería, tomarle en brazos, conducir el carrito, ir de compras, llevar la bolsa de basura al contenedor, conducir el vehículo, colocar al pequeño en el interior del automóvil”⁸⁴, no suponen una transgresión de la buena fe contractual, pues no ha actuado con malicia, aún encontrándose la trabajadora en situación de incapacidad temporal por lumbalgia; de esta forma el despido ocasionado por la empresa para la que prestaba servicios es declarado improcedente.

Por el contrario, provocará la procedencia del despido cuando el trabajador que se encuentra en situación de baja médica por padecer “gota” y alterna establecimientos que venden bebidas alcohólicas⁸⁵.

Como también, un trabajador que recurre la sentencia que declara la procedencia del despido en primera instancia, puesto que mientras está de baja por deficiencias cardíacas, ha participado en competiciones de tiro de precisión. Tales actividades suponen “esfuerzos tantos físicos como mentales, incompatibles con su delicada situación, que influyen negativamente en el proceso de recuperación”⁸⁶, así la Sala se reafirma en la calificación del despido disciplinario por trasgredir la buena fe contractual.

En la misma línea, una trabajadora que realiza actividades tales como “salir de ruta en bicicleta por la montaña, ir de compras, y atender un negocio dedicado al sector textil, cargando con maniqués del interior de la tienda para introducirlo en el coche”⁸⁷, y

⁸³ STSJ Madrid 21 noviembre 2007 (JUR 2007\67753).

⁸⁴ STSJ Comunidad Valenciana 14 enero 2005 (JUR 2005\86715).

⁸⁵ STSJ Madrid 13 mayo 1994 (AS 1994\1988).

⁸⁶ STSJ Aragón 10 marzo 2010 (AS 2010\1519).

⁸⁷ STSJ Cataluña 7 marzo 2006 (AS 2006/2437).

encontrándose en situación de baja temporal por lumbalgia, la Sala considera que efectivamente ha habido transgresión de la buena fe y consecuentemente la calificación del despido como disciplinario.

El Tribunal considera cometida la transgresión de la buena fe, en el supuesto en que un trabajador que presta servicios en una empresa hotelera con cargo de recepcionista y presenta una baja médica por lumbalgia, mientras dura tal situación, el infractor se dispone a realizar unas pruebas físicas para cubrir plazas de Policía Local de la Corporación Municipal de Cádiz. La realización de dichas pruebas consistían en superar unos límites de velocidad, de resistencia y de potencia muscular; el actor las superó con éxito, sin que la dolencia que originó la situación de incapacidad le generara problemas para dicha superación⁸⁸.

En definitiva, la calificación del despido por parte de los Tribunales, dependerá del tipo de actividades que el trabajador efectúe, y de la dolencia padecida. Así, el trabajador encontrándose en situación de incapacidad temporal puede desarrollar actividades que se ajustan a la cotidianidad del desarrollo normal de la vida. Pero si la actitud tomada por el propio trabajador sobre pasa los límites recomendados por el médico encargado de la baja médica, con la debida culpabilidad y gravedad de su actuación, supondrá la violación de la buena fe que debe estar presente a lo largo de toda la relación laboral.

⁸⁸ STSJ Andalucía Sevilla 31 octubre 1994 (AS 1994/4012).

VI. FORMA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

I.- Requisitos y contenidos mínimos

Producido el incumplimiento, el empresario podrá tramitar una comunicación escrita al trabajador cuando éste haya incurrido en causas que justifiquen el despido disciplinario. Los requisitos de este contenido mínimo están establecidos en el artículo 55.1 ET.

Así pues, según establece el artículo 55.1 ET mencionado anteriormente, en dicha carta de despido deberán figurar unos contenidos mínimos: “los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, así como, la manifestación clara y contundente de la voluntad empresarial de despedir al trabajador, poniendo fin a la relación laboral”.

La carta de despido debe recoger los hechos o conductas, que se imputan al trabajador, “constitutivos de incumplimientos graves, culpables y justificativos de la misma decisión de despedir”⁸⁹.

Asimismo debe contener la fecha en que se cometieron tales hechos. Así como, la “fecha de efectos del despido que se comunica”⁹⁰.

“No es necesario respetar un plazo de preaviso”⁹¹, a diferencia de los que sucede en el caso del despido por causas objetivas, establecido en el artículo 53 c) del ET, para la extinción por causas objetivas.

Que el propio ET establezca una serie de contenidos mínimos para formalizar el despido, es con objeto de conseguir varios propósitos:

⁸⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, Pamplona (Aranzadi), 2009, pág. 19.

⁹⁰ STS 21 septiembre 2005 (RJ 2005/7650).

⁹¹ STSJ Canarias, Las Palmas 20 diciembre 2001 (JUR 2002/182335). A propósito explica dicha sentencia que “no se puede confundir el preaviso en forma verbal del despido, con la comunicación de la decisión firme de despedir al trabajador”.

En primer lugar, el empresario trata de “evitar la situación de desconcierto o indefensión del trabajador”⁹² si trata de realizar el despido sin causa justa y sin acreditación.

De esta forma, se da a conocer al trabajador de forma detallada qué motivos impulsan al empresario a adoptar la decisión de despedirle, así como “ofrecerle la oportunidad de defenderse frente a imputaciones de las que ha sido objeto, haciendo valer cuantas pruebas estime apropiadas al efecto de demostrar su inexistencia, su escasa gravedad, la prescripción de las faltas que se le atribuyen y/o su inimputabilidad”⁹³.

En segundo lugar, la comunicación “permite fijar el plazo de caducidad de la acción de despido, que coincidirá con el día siguiente a aquel en el que se haya previsto que surta efectos el despido”, establecido así en el artículo 59.3 ET.

En último lugar, como establece el artículo 55.2 ET establece que “a partir del día siguiente a la fecha de efectos del despido señalada en la carta se abre plazo de veinte días de que dispone el empresario para proceder a un nuevo despido en el que subsane los defectos de la comunicación escrita remitida con ocasión del primer despido”.

Es importante puntualizar que el empresario, al realizar esa subsanación de defectos de la comunicación escrita, “deberá poner a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social”, como así lo establece el mencionado artículo 55.2 ET.

En cuanto a la forma de entrega de la carta de despido, “el empresario ha de entregarle la misma, personalmente a el trabajador o bien remitírsela al domicilio

⁹² STSJ Galicia 4 marzo 2013 (AS 2013\1380), el Tribunal declara que “la exigencia formal en la comunicación por escrito responde a la triple finalidad de proporcionar conocimiento de los hechos para poder impugnarlos sin indefensión, de determinar los motivos de la posible oposición y de proceder a la delimitación fáctica de una posible controversia judicial”.

⁹³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pág. 20.

designado por el trabajador a efectos de notificaciones en el marco de la relación laboral con el empresario”⁹⁴.

Cuando la forma de entrega sea mediante el domicilio, podrá notificarse “directamente o mediante telegrama”⁹⁵, “buro fax”⁹⁶, “conducto notarial”⁹⁷ o “carta certificada con acuse de recibo”⁹⁸.

Cuando el trabajador cambie de domicilio así lo hará constar a la empresa, si no lo hiciese, estaría “obstruyendo la recepción de la comunicación remitida por el empresario, por lo que tal circunstancia no viciaría de falta de forma debida al despido efectuado”⁹⁹, y el empresario “quedaría librado de toda responsabilidad”¹⁰⁰.

Si el trabajador “se negase a firmar el recibí de la comunicación, no se deriva ninguna consecuencia para la empresa, siempre que pueda acreditarlo mediante testigos”¹⁰¹.

Con todo ello, se entiende que el despido ha surtido efectos a la fecha señalada, y se inicia el cómputo de plazo de caducidad a partir del día siguiente.

El empresario deberá abonar todos los pagos pendientes que tenga con el trabajador, es decir, el importe tanto de las vacaciones no disfrutadas, como el prorrateo de las pagas extraordinarias, y todas las deudas no abonadas a la fecha del despido.

Corresponde al empresario acreditar las faltas que atribuye al trabajador en la carta de despido, en virtud del artículo 114 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁹⁴ STSJ Asturias 27 junio 2003 (AS 2003\3726).

⁹⁵ STSJ Andalucía, Granada 16 octubre 2015 (JUR 2015\26496).

⁹⁶ STS 1 marzo 2012 (JUR 2012\127726).

⁹⁷ STSJ Comunidad Valenciana 30 abril 1996 (AS 1996\1304).

⁹⁸ STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 5 febrero 2013 (JUR 2013\163402).

⁹⁹ STSJ País Vasco 28 enero 1997 (AS 1997\109).

¹⁰⁰ STS 23 mayo 1990 (RJ 1990\4493).

¹⁰¹ STSJ Galicia 19 julio 2001 (JUR 2001\218589).

II.- Obligatoriedad de comunicación a la representación unitaria y sindical

Para controlar las extinciones que por causas disciplinarias tienen lugar en la empresa y, en su caso, ofrecer asesoramiento o asistencia al trabajador despedido, tanto el artículo 64.4 c) del ET como el 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical obligan al empresario a “informar, tanto a los representantes unitarios, como a los representantes sindicales de las sanciones impuestas a los trabajadores por faltas muy graves, entre las que se sitúa el despido”.

Para poder conocer tanto los contenidos mínimos de la comunicación, el plazo, lugar y cauce, la ley no expresa puntualidad alguna, por lo que será necesario acudir a los convenios colectivos aplicables.

III.- Particularidad del despido disciplinario de los trabajadores afiliados a un sindicato

Cuando el empresario adopte medidas disciplinarias contra un trabajador afiliado a un sindicato, es necesaria la audiencia previa al delegado sindical, con el fin de “comunicar y justificar tal proyecto adoptado de despedir al trabajador [...], con lo que pretende instituir una garantía singular [...] de protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario, a cuyo riesgo de abuso pueden resultar más vulnerables”¹⁰².

No obstante, el empresario ha de acudir primero al afectado para que se pronuncie acerca de si está interesado en que los delegados sindicales arbitren en dicho acto disciplinario; puesto que, puede ocurrir que “el trabajador afiliado no quiera resultarse beneficiado de tal garantía, bien porque no quiera dar a conocer las causas por las que el empresario ha decidido extinguir la relación laboral que unía a ambos; o para evitar la difusión que pueda dañar su imagen”¹⁰³.

¹⁰² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pág. 27.

¹⁰³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pág. 35.

El requisito exigido al empresario es que, efectivamente comunique a los delegados la disposición de despedir al afiliado, comunicando y aportando datos evidentes sobre el despido. Por ello, pudiendo “el empresario optar por volver a despedir al trabajador por los mismos hechos, subsanando dicho defecto formal [...]; pero si en un principio la exigencia formal de la comunicación a los delegados no es cumplida por la parte, consecuentemente el despido será calificado como improcedente”¹⁰⁴.

IV.- Particularidad del despido disciplinario de los representantes de los trabajadores

Cuando los afectados por el poder disciplinario por parte del empresario sean representantes legales de los trabajadores o delegados sindicales, la Ley establece en el artículo 55.1 y 68 ET que se “procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese”.

A propósito de la apertura del expediente contradictorio para efectuar la defensa y alegaciones oportunas de los interesados, éste deberá contemplar una serie de fases: “En primer lugar, apertura del expediente, dejando constancia de los hechos que se le imputan; en segundo lugar, una toma de declaración al posible autor de la falta; en tercer lugar, la práctica de las pruebas en las que se apoya la empresa para instruir el expediente; en cuarto lugar, el informe y audiencia de los restantes miembros de la representación; en quinto lugar, la formulación de la sanción propuesta; y finalmente, en sexto lugar, la notificación del expediente sancionatorio, en el supuesto de que lo haya”¹⁰⁵.

¹⁰⁴TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. : “El despido disciplinario”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., Dir., TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., Coords.) : *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada (Comares), 2014, pág. 76.

¹⁰⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pág. 35.

Como sucedía en la especialidad anterior, si el empresario prescinde de la realización de tal trámite, a efectos se “declarará la improcedencia del despido por falta de forma”¹⁰⁶.

V.- Vencimiento de la acción de despido: La prescripción

El artículo 60.2 ET establece los plazos para las distintas tipificaciones de las faltas cometidas por el trabajador. Así, para “las faltas leves establece un plazo de diez días, veinte días para las graves y en los casos de faltas muy graves el plazo es de sesenta días, y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido”.

Es importante especificar que el día a partir del cual se empieza a contar para la prescripción, es el día en el que la empresa tuvo conocimientos plenos de los hechos cometidos por parte del trabajador.

Si se sobrepasan los límites anteriormente descritos y el despido se efectúa, aunque se haya justificado la culpabilidad y gravedad del actor, se calificará el despido como “improcedente por razones de fondo”¹⁰⁷.

VI.- Posibilidad de efectuar un nuevo despido ante los defectos de forma cometidos por el empresario

En virtud del artículo 55.2 ET, se otorgará una nueva oportunidad al empresario para que efectúe el despido, subsanando los errores del despido anterior.

Este nuevo despido, también cuenta con un plazo para efectuarlo, así, se deberá formalizar en el plazo de veinte días naturales, contados a partir del día en el que tuvo efectos el primer despido.

¹⁰⁶ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. : “El despido disciplinario”, cit., pág. 76.

¹⁰⁷ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pág. 57.

Si el empresario, a través de la formalización de un nuevo despido, ha subsanado los errores que cometió en un primer momento, tal acción le obligará a “poner a disposición los salarios devengados en los días intermedios y, simultáneamente, mantenerle durante los mismos en alta en la Seguridad Social”¹⁰⁸; requerimiento exigido, también, por el artículo 209.6 LGSS.

¹⁰⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. : “El despido disciplinario”, cit., pág. 75.

VII. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

El Ordenamiento regula dichos despidos en los artículos 55 y siguientes del ET.

Para que exista la calificación del despido, el trabajador tendrá que impugnarlo presentando demanda ante el oportuno Juzgado, que emitirá informe basándose en el derecho y en las normas establecidas en dicho ámbito.

El trabajador deberá impugnarlo dentro del plazo de caducidad de la acción de despido, establecida en veinte días hábiles, como así lo establece el artículo 59 ET. Si no lo hiciese, el despido surtirá efectos extintivos de la relación laboral, puesto que se entiende que el trabajador está de acuerdo con la decisión unilateral por parte del empresario.

Si por el contrario, el trabajador decide emprender acción legal contra tal decisión empresarial, las consecuencias que podrían derivarse de tal acción extintiva podrían verse alteradas, puesto que es posible que las partes negocien un resultado beneficioso para ambas, así como también los posibles efectos derivados del pronunciamiento, en el que el Juez dicta sentencia, que tiene la potestad de calificar el despido.

Existen tres tipos de pronunciamientos judiciales acerca del despido, en primer lugar puede ser procedente, en segundo lugar, el despido se puede calificar como improcedente y en tercer lugar puede calificarse como nulo.

Cada una de los tres resultados posibles, tendrán distintos efectos jurídicos para ambas partes, tanto para el trabajador como para el empresario.

En el caso de que el trabajador afectado por la decisión extintiva, ocupase un cargo en la empresa de representante, sindical o unitario, también quedan extinguidas las funciones concretas de tales cargos, y las funciones sólo se reanudarán si el despido es declarado nulo o improcedente con la opción de readmisión.

En el supuesto de que efectivamente se pronuncie sobre la extinción de la relación laboral, la empresa deberá notificar a la Seguridad Social la baja del trabajador, como consecuencia del propio despido.

I.- Procedencia del despido

Corresponde al Juez, mediante el fallo de la sentencia, el pronunciamiento acerca de la procedencia del despido. Lo determinante es que mediante tal acción se ratifica las alegaciones que el empresario había hecho constar, en la carta de despido, acerca del incumplimiento de las faltas cometidas por parte del trabajador.

Dicha calificación de despido se encuentra regulado en el artículo 55.4 ET, se entiende que se da por buena la extinción de la relación laboral existente, porque han quedado acreditados los incumplimiento y la forma es correcta.

Es un despido ajustado a derecho en forma y fondo; en tanto en cuando ha cumplido los requisitos de forma que el artículo 55.1 ET determina. Más concretamente, tal despido se caracteriza porque en el juicio practicado han quedado justificados los hechos que se le imputan al trabajador. También, que los mismos “sean constitutivos de faltas laborales tipificadas como tales. Así como que dichas faltas sean imputables al propio trabajador despedido y que guarden la necesario proporcionalidad con la sanción de despido impuesto, medido en términos de gravedad. Y finalmente, que las faltas cometidas no hayan prescrito; el juez debe comprobar, antes de analizar las cuestiones de forma y fondo, si las faltas que se imputan al trabajador despedido habían prescrito ya o no antes de la fecha de adopción de la decisión extintiva”¹⁰⁹.

Si efectivamente se ha producido dicha prescripción de las faltas, el Juez no se pronunciará ni calificará tales faltas imputadas al trabajador.

¹⁰⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pág. 75.

Los efectos para el trabajador que produce la calificación de la procedencia del despido, se refieren a hechos económicos. Así el trabajador tendrá derecho a acceder a la prestación contributiva por desempleo, quedando en “situación legal de desempleo”, según el artículo 2094 LGSS.

Sin embargo, el trabajador afectado por la extinción de la relación laboral, no tendrá derecho a indemnización alguna, como así lo establece el artículo 55.7 del ET.

II.- Efectos de la declaración de improcedencia del despido

Esta segunda modalidad de calificación de despido está regulada explícitamente en el artículo 56 ET. De forma general, es improcedente cuando no queden acreditados las faltas o incumplimientos que el empresario alega en la carta de despido para extinguir la relación laboral con el trabajador, o bien cuando el empresario no ha cumplido con los requisitos exigidos en el artículo 55.1 ET.

Por tanto, existen dos motivos, por los cuales se puede derivar en la improcedencia del despido. En primer lugar, se puede declarar por razones de forma, y en segundo lugar, por razones de fondo.

La posibilidad de que en la notificación de despido no se hubiesen considerado los requisitos formales instados legalmente, como ya se ha aludido en el apartado de la calificación de procedencia del despido, y aunque las faltas cometidas por el trabajador reúnan suficiente gravedad y culpabilidad como para justificar por sí mismos el despido, todo ello, no será considerado, pues se declara la improcedencia del mismo, con sus respectivos efectos.

El empresario tendrá la opción de realizar un nuevo despido, subsanando los errores de forma cometidos en el anterior, en el plazo de veinte días naturales , contados a partir del día siguiente en el que tuvo efectos el primer despido.

En cuanto a los defectos de fondo, el despido queda declarado como improcedente porque el Juez considera que los hechos que se imputan al trabajador no han quedado probados; también, cuando no haya quedado demostrado la veracidad de tales hechos; o cuando se alega un hecho que no está tipificado como causa de despido por extinción unilateral del empresario; como también se declarará improcedente, cuando los hechos imputados al trabajador ya hayan sido objeto de sanción; y finalmente, cuando ya hayan prescrito las faltas cometidas por el trabajador.

En lo referido a los efectos del pronunciamiento del despido como improcedente¹¹⁰ por parte del Juez, el empresario podrá optar, en el “plazo de cinco días desde la emisión de la sentencia, bien por la readmisión del trabajador, o bien por indemnizar al trabajador con treinta y tres días de salario por año trabajado, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, con un límite máximo de veinticuatro mensualidades”, la opción de la indemnización supone la extinción del contrato de trabajo que unía a ambos.

Si bien, los trabajadores con antigüedad anterior al doce de febrero de 2012, se indemniza, hasta esta fecha, por cuarenta y cinco días de salario por año trabajado, con tope de cuarenta y dos mensualidades, y a partir del trece de febrero de 2012, se calcula con los datos explicados en el párrafo anterior.

En los supuestos de readmisión, el trabajador tendrá derecho a ocupar el mismo puesto de trabajo, así como a percibir los salarios de tramitación, que con ocasión del despido no percibió. Dichos salarios será la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que tuvo efectos el despido hasta que el Juez falló en sentencia considerando el despido improcedente.

Mención especial necesita el supuesto de que el trabajador afectado por el despido disciplinario sea un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical. Así, serán los propios trabajadores “los que elijan entre la opción de la indemnización o entre la de readmisión”, así establecido en el artículo 56.4 ET.

¹¹⁰ Establecido literalmente en el artículo 56 ET.

Ahondando en lo anterior, si el trabajador opta por la readmisión, también tendrá derecho a la percepción de los salarios de tramitación que hubiesen dejado de percibir, y si se da el caso, también tendrá derechos al cobro de la indemnización.

III.- El despido declarado nulo

Para finalizar, la última posibilidad de calificación del despido es la nulidad del mismo, y viene regulada expresamente en el artículo 55.5 ET.

En este caso, el Juez mediante sentencia se pronuncia para emitir la invalidez de la extinción de la relación laboral por el poder disciplinario empresarial.

Tendrán la consideración de nulos, los despidos que aún basándose en causa disciplinaria, en realidad contengan “aspectos o razones de discriminación prohibidas en la Constitución¹¹¹ o en la Ley, y que supongan la violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, tal literalidad recogida del artículo 55.5 ET.

También se considerarán los despidos nulos, aquellos que ocurran durante las situaciones biológicas y/o familiares, especialmente protegidas¹¹². A excepción, de los supuestos donde el empresario pueda probar que el despido está ajeno a dichas causas, dando lugar a la acreditación de causas con firmeza suficiente para que el despido pueda calificarse como procedente.

Continuando con un análisis de la jurisprudencia encontrada a propósito, para especificar los despidos nulos que afectan a los trabajadores, que se encuentran en situaciones biológicas y/o familiares.

¹¹¹ Concretamente, las del artículo 14.

¹¹² Previstos en el artículo 37, apartados 4, 4 bis y 5 ET, por lactancia de un hijo, por atención de hijos recién nacidos que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, así como por cuidado directo de menores o bien de minusválidos o familiares que por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos y que no desempeñen actividad retribuida.

En primer lugar, existen multitud de sentencias referidas al despido declarado nulo en los supuestos donde, en este caso, la mujer se encuentra en estado de gestación¹¹³, siempre y cuando el empresario no haya probado causas justas que justifican el despido por otro tipo de motivos.

Es importante determinar si es necesario el hecho de que el empresario conozca la situación de la trabajadora para que el despido se declare como nulo, pues bien, el Tribunal considera que aunque el empresario no esté al día de tal situación, el despido será igualmente declarado como nulo¹¹⁴. La calificación del despido nulo en supuestos de embarazo de la trabajadora supone una violación de los derechos fundamentales, como así lo establecen los artículos 8 y 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; como también prevé la prohibición de cualquier tipo de discriminación el artículo 14 de la CE.

En segundo lugar, también es considerado el despido como nulo cuando el trabajador se encuentre en suspensión contractual bien por “riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural, o paternidad”, en virtud del artículo 55.5 ET.

En tercer lugar, si el trabajador se encuentra en situaciones que pretenden conseguir la conciliación de la vida familiar con la personal, especificadas en los artículos 37.4, 4 bis y 37.5 ET, cuidado de hijos, lactancia de menores, cuidado de familiares..., y el empresario extingue la relación laboral existente, el despido se calificará como nulo a los nueve meses siguientes.

En cuarto lugar, serán nulos los despidos efectuados a personas víctimas de violencia de género.

Una vez que se ha declarado el despido como nulo, la acción empresarial no tiene efectos. Así el artículo 55.6 ET establecen que el despido nulo tendrá el efecto de la

¹¹³ STSJ Madrid 12 diciembre 2014 (JUR 2015\42486).

¹¹⁴ STSJ Madrid 5 abril 2005 (AS 2005\836).

readmisión inmediata del trabajador a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones en las que se encontraba con anterioridad al despido.

El empresario también queda obligado al pago de los salarios que el trabajador no percibió, durante toda la duración del proceso de despido.

En esto caso, no existe posibilidad de acción indemnizatoria por el despido. Cosa distinta, es que el Juez haya considerado la necesidad de resarcir al afectado o afectada con una indemnización por daños y perjuicios morales, a cargo del empresario.

VIII. CONCLUSIONES

Una vez ultimado el presente trabajo, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La definición de transgresión de la buena fe contractual no aparece regulada como tal en el derecho, así se ha tenido que recurrir a la jurisprudencia para tratar de delimitar y concretar las actuaciones de los trabajadores que constituyen la violación de tal deber. Analizando casos concretos, como el robo, uso de materiales propiedad de la empresa para provecho propio, o la realización de actividades durante la situación de baja temporal; todo ello constituye transgresión de la buena fe contractual, que en unos casos tiene entidad suficiente para justificar el despido, y en otros casos, el Tribunal ha considerado lo contrario.

SEGUNDA.- El principio de proporcionalidad es aceptado por una de las corrientes doctrinales, así concreta que se ha de evaluar cada caso concreto, con las respectivas circunstancias que han acaecido, para poder determinar la gravedad del actor; según se valore, tendrá unas consecuencias y otras. La otra corriente que ha sido objeto de estudio, sin embargo, no tienen en cuenta el principio de proporcionalidad. Así en los casos de daño material al patrimonio de la empresa por la propia conducta que el trabajador ha tomado, la jurisprudencia no da lugar a interpretaciones, pues si un trabajador ha cometido un robo, hurto o apropiación indebida, independientemente del valor del producto adquirido, la extinción del contrato de trabajo quedará justificada, calificándose el despido como procedente. Pues dicho incumplimiento rompe con los cimientos básicos que deben estar presentes en toda relación laboral.

TERCERA.- La diversidad jurisprudencial analizada tiene como resultado lógico unos niveles considerables de incertidumbre que dificulta que se garantice el cumplimiento de los derechos de empresarios y trabajadores. La variedad puede dar lugar a objeciones, por ello, sería necesario que el Tribunal Supremo unificara los distintos criterios que en la actualidad rigen para la calificación del despido disciplinario.

CUARTA.- Es necesario seguir una serie de procedimientos parra la formalización del despido, que debe contener unos requisitos concretos y en un plazo determinado, para que a partir de la fecha concreta surta efectos. En su defecto, tendrá como consecuencia la

declaración del mismo como improcedente, aunque el incumplimiento por parte del trabajador reúnan la suficiente gravedad y culpabilidad como para que el despido sea calificado como procedente. Por falta de forma se entiende que el empresario no se ha ajustado a los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores.

QUINTA.- Por otro lado, toda discriminación prohibida por la Constitución o por otras Leyes, y constituyan vicio oculto en el despido de un trabajador, el mismo será calificado como nulo, con la consiguiente readmisión del afectado.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Pamplona (Aranzadi), 1997.
- ALBIOL MONTESINOS, I. : *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao (Deusto), 1991.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. : *Derecho del Trabajo*, Madrid (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM), 1995.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G. : *Diligencia y negligencia en el cumplimiento*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1981.
- GIL Y GIL, J. L. : “El concepto de despido disciplinario”, en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A. V. Dir.) : *El despido*, Pamplona (Aranzadi), 2009.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas disciplinarias del despido”, en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A. V. Dir.) : *El despido*, Pamplona (Aranzadi), 2009.
- GONZÁLEZ ENCABO. J. : “El fraude, la deslealtad o el abuso de confianza”, *Dieciséis Lecciones sobre causas de despido*, Madrid (Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio), 1969.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, C.: “El despido disciplinario: concepto y causas”, *Boletín económico del ICE, Información Comercial Español*, número 2804, 2004.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, Pamplona (Aranzadi), 2009.
- ORTIZ LALLANA M.C. : “Causas, forma y efectos del despido disciplinario”, en AA.VV. (DOMBLÁS HERMOSO, M. A. y FERNÁNDEZ BARAIBAR, M., Dirs): *Aspectos generales del despido V. I*, Navarra (Aranzadi) 2007.

- SEMPERE NAVARRO, A. V. : “Despido disciplinario por consumo excesivo de materias primas”, en AA.VV. (DOMBLÁS HERMOSO, M. A. y FERNÁNDEZ BARAIBAR, M., Dirs.): *Causas del despido disciplinario V. II*, Navarra (Aranzadi), 2007.

- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. : “El despido disciplinario”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., Dir., TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., Coords.) : *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada (Comares), 2014.