



Trabajo Fin de Grado

LAS CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO Y SU VALORACIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL TRIBUNAL SUPREMO

Autor

Alba Díaz Díaz

Director

Prof. Dra. Sara Alcázar Ortiz

Facultad de Derecho
2018/ 2019

ÍNDICE:

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	CONCEPTO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA	3
III.	LA VALORACIÓN DE LAS CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO POR EL TRIBUNAL SUPREMO	7
	A. Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia y puntualidad	8
	B. La indisciplina o desobediencia en el trabajo	15
	C. Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos	19
	D. La transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza	22
	E. La disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal o pactado	28
	F. La embriaguez habitual o toxicomanía.	30
	G. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.	32
IV.	CONCLUSIONES	34

BIBLIOGRAFÍA

ANEXO JURISPRUDENCIAL

ABREVIATURAS

Art (s)	Artículo(s)
ET	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.
LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
LOIMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
IT	Incapacidad Temporal
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
cit.	Citada
p. (pp.)	página(s)
<i>et. al.</i>	expresión latina <i>et alii</i> que significa “y otros”.
v. gr.	expresión latina <i>verbi gratia</i> ‘verbigracia’, ‘por ejemplo’.
STS	Sentencia Tribunal Supremo
ATS	Auto Tribunal Supremo
TFG	Trabajo Fin de Grado

I. INTRODUCCIÓN

Previamente a la exposición del tema objeto de este Trabajo Fin de Grado (en adelante, TFG), considero oportuno matizar, en este primer apartado, todos los aspectos generales sobre los que va a versar dicho trabajo. De este modo, la cuestión tratada es el análisis en profundidad de cada una de las causas en las que tiene lugar el despido disciplinario en nuestro ordenamiento jurídico, así como la valoración jurisprudencial de cada una de ellas en el Tribunal Supremo (en adelante, TS). Estas causas son sobre las que va a versar este trabajo y son las que van a permitir tanto al empleador como al trabajador, y en última instancia al Tribunal Supremo, justificar y dar validez o, al contrario, invalidar ese despido disciplinario.

Respecto a la elección del tema, debo decir que desde que cursé la asignatura de Derecho Individual y Colectivo del Trabajo en segundo curso, he tenido gran inclinación e interés hacia todos los aspectos relativos al trabajador, llegándome a plantear una futura continuación en esta rama cuando finalice el Doble Grado. Es por ello, por lo que a la hora de elegir no tuve ninguna duda que mi tema de TFG tenía que estar dentro de este área del Derecho. Elegí el tema relativo a “las causas del despido disciplinario” debido a que era un tema amplio de tratar por el significativo número de causas que este tipo de despido incluía, cada una de ellas diferente, pero relacionadas en algunas ocasiones. Debido a ello, consideré que era un tema completo y enriquecedor, que es lo que buscaba para mi TFG.

En cuanto a la metodología seguida en este trabajo, éste se estructura de la siguiente forma: en primer lugar, tras la introducción y previo a las causas, he optado por examinar el concepto de despido disciplinario y su regulación en nuestro ordenamiento. Asimismo, he considerado conveniente resaltar la teoría gradualista sobre la gravedad y culpabilidad del incumplimiento por parte del trabajador por ser una cuestión que será abordada posteriormente en cada una de las causas. Seguidamente, se procederá a explicar lo que es realmente el fondo de este TFG: las causas del despido disciplinario. Para el análisis y justificación de cada una de ellas se considerará, además de la posición tomada por el TS en cada uno de los supuestos, la opinión de la doctrina que, como veremos, puede resultar contradictoria, en ocasiones. Los supuestos elegidos para explicar cada causa han sido escogidos por su claridad porque describen la causa y ayudan a definir el concepto de culpabilidad y gravedad, que como hemos dicho será

comentado previamente en la teoría gradualista, y porque en ellos se observa una materialización de toda la teoría analizada facilitando la comprensión del alcance y el verdadero interés práctico del tema objeto del estudio. Sin embargo, he de destacar que no he conseguido obtener siempre supuestos claros y específicos en el que se fundamentara la existencia de una única causa, sino que hay muchas sentencias en las que se justifica la presencia de varias de ellas. Un ejemplo de esto es la transgresión de la buena fe contractual, presente en varias sentencias. En otras ocasiones no se han obtenido gran cantidad de casos reales que se ajustaran a la causa tratada, como puede ser el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

En tercer lugar, he querido resaltar también la notoria contradicción jurisprudencial que existe acerca de la procedencia o improcedencia del despido disciplinario. Es por ello que he considerado oportuno comentar las posibles contradicciones que, durante el análisis de cada causa, he podido percibir en cada situación. En relación con esto, hay que tener en cuenta la presencia que tienen los derechos fundamentales a la hora de abordar la contradicción en los despidos, que puede ocasionar la posible nulidad del despido si el juzgador estima que se ha producido la vulneración de alguno de ellos.

Para finalizar este TFG, he plasmado mis conclusiones sobre el tema, las cuales reflejan todos los conocimientos que he podido ir adquiriendo durante la realización del trabajo y mi sensación totalmente gratificante a la par que enriquecedora por el tema escogido.

Respecto a las fuentes utilizadas, fue mi tutora, la Prof. Dra. Sara Alcázar Ortiz, la que me orientó acerca de las posibles monografías y buscadores de sentencias en las que podía fundamentar mi TFG, así como de la utilización del catálogo Roble y Dialnet que sin duda me resultó de gran utilidad. Todas estas fuentes, libros y webgrafías utilizadas para la composición este trabajo se encuentran recogidas al final en la parte de bibliografía. Asimismo, he considerado conveniente realizar un último punto de anexo jurisprudencial en el que se encuentran todas aquellas sentencias utilizadas como apoyo y justificación sobre la visión del TS en cada una de las causas.

II. CONCEPTO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA

Para comenzar con la realización del TFG, y antes de adentrarnos en cada una de las causas, resulta necesario realizar un análisis previo, definiendo el concepto de despido disciplinario y su regulación. Dicho esto, la regulación de despido disciplinario la encontramos en el artículo 54 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 (en adelante, ET). En el apartado primero de este artículo aparece definido el concepto de despido disciplinario como la facultad que tiene el empresario para decidir la resolución del contrato en el caso de “incumplimiento grave y culpable del trabajador”. En todo caso, ambos requisitos (gravedad y culpabilidad) deben cumplirse, no siendo suficiente que se cumpla solo uno de ellos¹.

En relación con esto, gran parte de la doctrina como MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA² resaltan que “el incumplimiento contractual del trabajador no puede ser de cualquier naturaleza, sino que tal comportamiento incumplidor ha de ser grave, culpable y legalmente tipificado. El despido es, pues, como causa extintiva reseñada en la letra k) del artículo 49 ET, la decisión unilateral del empresario por la que reacciona disciplinariamente ante un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador”.

Gravedad y culpabilidad son dos conceptos jurídicos distintos. La gravedad del incumplimiento, debe atenderse, en palabras del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ³, “no solo al dato objetivo del incumplimiento producido, sino también a las circunstancias en que se produzca la obligación quebrantada: ámbito de trabajo, puesto de trabajo y cualificación, profesión u oficio del afectado, según considera la jurisprudencia, conforme a la teoría gradualista”⁴. Esta teoría gradualista postula la búsqueda de proporción entre infracción cometida y la sanción impuesta.

¹ Como señala GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 30.

² ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C: *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014, p. 705.

³ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

⁴ Para una exposición del principio de proporcionalidad en la calificación del despido disciplinario, vid. LUJÁN ALCARAZ, J., “Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido”, en GÁRATE CASTRO, J., (coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997, pp. 23-32.

Para que la sanción sea proporcional, hay que realizar un análisis individualizado de las causas de despido y tener en cuenta las circunstancias concretas objetivas y subjetivas para ajustar el hecho, la persona y la sanción⁵. Estas circunstancias pueden ser el momento y motivación que las causó, las consecuencias que hubieran podido producirse para la empresa, el grado de responsabilidad del trabajador, la antigüedad del trabajador conductas y sanciones anteriores y otros antecedentes del caso, tanto objetivos como subjetivos, que permitan ponderar dicha gravedad⁶. Esta gravedad de la que hablamos se encuentra reflejada en el propio artículo 54 ET, el cual añade a algunas de las causas que se recogen en el apartado segundo ciertos adjetivos que hacen que se puedan calificar como graves, como las faltas *repetidas* de asistencia, la disminución *continuada* en el rendimiento o la embriaguez *habitual*. Sin embargo, otras como las ofensas verbales o físicas, o acoso no incluyen ningún calificativo debido a la propia gravedad de la falta⁷.

Por otro lado, en cuanto a la culpabilidad del incumplimiento, no es necesario que la misma tenga carácter doloso para que una conducta sea calificada como causa de despido, sino que basta con que dichas acciones sean culposas o negligentes gravemente⁸. Es por ello que parte de la doctrina entiende que para que una conducta sea culposa se exige, *imputabilidad* de la conducta del trabajador (ya actúe este como autor, inductor, cómplice o encubridor) y *voluntariedad* en la acción u omisión constitutiva del incumplimiento, es decir, siguiendo el curso de los acontecimientos sin que existan circunstancias que anulen o limiten la voluntad del trabajador⁹.

Como se ha dicho, se trata de dos conceptos distintos, y ambos han de concurrir para que quepa hablar de despido procedente, de manera que teóricamente al menos, el juez que enjuicia un despido disciplinario debe realizar dos juicios distintos: el de gravedad y

⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 604. Asimismo, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, cit., p. 30.

⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 152.

⁷ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE; M. E.: *Derecho del trabajo*, 24ª ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 516.

⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 150.

⁹ GIL Y GIL, J. L, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “El Despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), MARTÍN JIMÉNEZ, R. (coord.), *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Aranzadi, 2004, p. 120.

el de culpabilidad. Ahora bien, en la práctica los elementos que conforman los juicios de gravedad y culpabilidad a menudo se entremezclan, de manera que un incumplimiento resulta tanto más grave cuanto más elevada es la culpabilidad del trabajador¹⁰.

Conviene, asimismo, realizar algunas precisiones acerca de la culpabilidad, como es el caso de la ludopatía, en el que se ha considerado que la culpabilidad puede aparecer anulada por ser considerada como “enfermedad grave, reconocida como un trastorno mental por la Organización Mundial de la Salud, de manera que tales enfermos no están capacitados para administrar su propio dinero ni tampoco el ajeno, y que para comenzar a tratar la enfermedad es prioritario que el paciente no tenga acceso al dinero, salvo lo imprescindible para sus gastos diarios, y que asimismo sea controlado por alguien de su confianza, de manera que es notorio que una persona con tal padecimiento no puede desempeñar un puesto de trabajo en el que individualmente haya de recaudar dinero” (expresión propia del *Memento Práctico Despido 2018* (versión online)). A este respecto, se declara improcedente el despido recurrido en casación recogido en el ATS 7670/2004¹¹. Sin embargo, puede haber ocasiones en las que, a pesar de que exista ludopatía por parte del trabajador, se considere procedente el despido (ATS 2620/2009)¹².

Por otro lado cabe destacar que los perjuicios económicos que se puedan ocasionar a la empresa o incluso la no obtención de lucro personal, no atenúan la culpabilidad, ya que con estos actos no dejan de quebrantarse los deberes fidelidad y lealtad que se exigen en el contrato de trabajo como pilar fundamental para que se produzca una relación de confianza mutua entre el trabajador y la empresa. (STS 7294/1986)¹³.

¹⁰ GIL Y GIL, J. L., GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “El Despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, cit., p.118.

¹¹ ATS de 14 de junio 2004 (Roj: ATS 7670/2004): en la que un trabajador de una caja realizó operaciones de sustracción de dinero a la empresa y clientes de la misma debido a que padecía una depresión de carácter severo y a la adicción al juego (ludopatía).

¹² ATS de 10 de febrero 2009 (Roj: ATS 2620/2009): se considera procedente el despido de una trabajadora que contrató para uso personal y de su familia viajes a la empresa demandada (Viajes Iberia, S.A) en la que prestaba servicios que no abonó ni ingresó en la cuenta de la demandada, además de contratar a diversos clientes paquetes de viaje por importe notablemente inferior a su coste real, generando un déficit contable. En este caso, a pesar de que la actora se encontraba en situación de Incapacidad temporal debido a una depresión de carácter severo y a la adicción al juego, el TS considera procedente el despido ante la falta de relación precisa e inexistencia de contradicción entre las resoluciones que se comparan, las cuales se necesitan que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto.

¹³ STS de 9 diciembre 1986 (RJ 1986/7294).

La culpabilidad puede aparecer aminorada por la existencia de alguna causa inhabilitante, como es el caso de deficiencias psíquicas a las que se asigna una sanción inferior (STS 6999/1987¹⁴) o incluso casos de oligofrenia o fuertes depresiones en las que no existe culpabilidad (STS 3605/1988¹⁵).

Otro concepto en relación con esta concepción de la gravedad y culpabilidad descritas es la tolerancia empresarial previa, consistente, como su nombre indica, en la tolerancia de la conducta del trabajador por parte del empresario o la simple imposición de sanciones leves. La STS 1987/ 6436 de 30 de septiembre¹⁶ la define como “una actitud permisiva empresarial de los incumplimientos contractuales 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”. Esto es que, si existe una situación de tolerancia empresarial previa, el empresario no puede contradecir sus propios actos y despedir repentinamente al trabajador al que se le ha venido consintiendo conductas irregulares en el trabajo, ya que con esta acción el empresario estaría vulnerando los principios de buena fe y lealtad contractual, que recíprocamente se deben empleadores y empleados. Será necesario, para ello, realizar una advertencia previa a este trabajador en el que conste que dicha situación de tolerancia se da por acabada, de tal forma que se considerará improcedente el despido que sancione por primera vez y sin advertencia previa la conducta de un trabajador que se llevara desarrollando durante un periodo largo de tiempo y que, por tanto, fuera perfectamente conocida por la empresa sin conllevar reacción alguna por parte de la misma. A este respecto, conviene resaltar la sentencia STS 956/1991, de 20 de febrero¹⁷, según la cual el TS establece que “cuando la empresa no concede importancia a las faltas de asistencia y puntualidad, limitándose a descontar su importe del salario, tratándose de una actuación pacífica, no puede variar sorpresivamente su actuación, procediendo a sancionar dichas faltas sin previa advertencia”.

Por último destacar que, no se debe confundir el despido disciplinario como un supuesto de desistimiento contractual, sino de resolución del contrato por incumplimiento cualificado del trabajador. Esto lo podemos deducir de la propia definición del artículo

¹⁴ STS de 14 octubre 1987 (RJ 1987/6999).

¹⁵ STS de 11 mayo 1988 (RJ 1988/3605).

¹⁶ STS de 30 septiembre 1987 (RJ 1987/ 6436).

¹⁷ STS de 20 febrero 1991 (Roj: STS 956/ 1991).

54.1 ET, anteriormente explicada. El desistimiento unilateral es el medio para disolver la relación nacida del contrato, por la sola voluntad e iniciativa de una de las partes, sin necesidad de demanda judicial; es decir, basta con que el resistente comunique a la contraparte su decisión. Por tanto, el poder de desistimiento unilateral (“*ius poenitendi*”) de la relación contractual es un “derecho potestativo”, lo que no encaja con el sistema normativo regulador del despido disciplinario¹⁸.

III. LA VALORACIÓN DE LAS CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

En palabras de ALFREDO MONTOYA MELGAR¹⁹, “el Derecho español viene defendiendo desde antiguo el carácter causal del despido, con rechazo, por tanto, del despido libre, es decir, resulta trascendental determinar cuál es la *causalidad* del despido. Nuestro legislador ha preferido el sistema de lista de causas al de remisión genérica al incumplimiento grave ya que parece que tal preferencia se inspira en un principio de seguridad jurídica, al garantizar al trabajador que solo podrá ser despedido por las causas tipificadas en la ley”. La mayoría de estas causas tasadas son amplias y generales, de forma que abarcan multitud de casos y hacen prácticamente impensable la existencia de incumplimientos no comprendidos en la lista del artículo 54.2 ET. Por tanto, los convenios colectivos no podrán aumentar el número de causas ya tasadas, de forma que deban simplemente limitarse a aplicar las ya reconocidas en la ley.

A continuación, se procederán a explicar cada una de las causas que pueden dar lugar a una situación de despido disciplinario. Estas causas se encuentran recogidas en el apartado segundo del artículo 54 ET y son las siguientes: las faltas repetidas e injustificadas de asistencia y puntualidad, la indisciplina o desobediencia en el trabajo, las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza, la disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal o pactado, la embriaguez habitual o toxicomanía y el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual.

¹⁸ Siguiendo a MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, 2017, p. 610.

¹⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 476 y 477.

A. Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia y puntualidad

La primera causa de despido hace referencia a las faltas repetidas e injustificadas de asistencia y puntualidad en el trabajo, reguladas en el artículo 54.2 a) ET.

El bien jurídico protegido consiste en el “cumplimiento básico del contrato por parte del trabajador mediante su prestación de trabajo, que es la obligación esencial que el trabajador asume frente al empresario como contrapartida a la retribución”²⁰. De manera que cuando el trabajador deja de asistir a su puesto o no lo hace puntualmente, incumple su obligación básica de “realizar el trabajo convenido” (art. 20.1 ET) y por tanto, el deber de diligencia con que dicha obligación se concreta.

Resulta conveniente distinguir entre “inasistencia” e “impuntualidad”. La diferencia entre ambas la ha señalado la jurisprudencia como que “la impuntualidad equivale tanto a llegar tarde como a trabajo o marcharse antes de lo debido, como al ausentarse del mismo sin justificación y dentro de la jornada”, mientras que la inasistencia se refiere “a aquellos casos en los que el trabajador no acude a su faena diaria”²¹, es decir, un abandono voluntario y unilateral del trabajador constitutivo de incumplimiento, a través del cual se extingue el contrato de trabajo²².

La importancia de esta distinción es debida a la diferente gravedad que tiene una y otra. De tal forma que la ausencia total en el trabajo (inasistencia) tiene una gravedad mayor que la ausencia parcial (o impuntualidad). En consecuencia, la inasistencia se suele ponderar en un corto lapso temporal (una semana, quince días, un mes), mientras que la impuntualidad suele exigir para ser grave la toma en consideración de períodos de tiempo más largos (tres meses, seis meses, un año)²³.

²⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., pp. 150 y 151.

²¹ ALONSO MELLADO, C. *et al.*: “*Relaciones Laborales: Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Esquemas*”, SALA FRANCO, T. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 793.

²² CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 151.

²³ GIL Y GIL, J. L., GÓMEZ ABELLEIRA F. J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA. A.: “El Despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, cit., p.122.

En relación con esto, parte de la doctrina²⁴ señala que, “un problema es que la ley no señala cuántas faltas de asistencia o de puntualidad son necesarias para justificar un despido. A este respecto, son los convenios colectivos los que podrán especificar el número de faltas justificativo de un despido (STS 2349/1990)²⁵. Y, en caso de silencio del convenio, serán los Tribunales los que decidan razonablemente el alcance de la “repetición” a que se refiere la ley, siendo frecuente en este sentido que más de tres inasistencias sean causa de despido (STS 8589/1990)²⁶ debiendo valorarse las circunstancias concretas de cada caso, esto es, el momento en que se producen y efectos producidos (STS 5060/1987)²⁷”.

Otro tema a tratar es la tolerancia empresarial²⁸ como justificación de esas faltas de puntualidad o asistencia al trabajo. Tal y como hemos explicado con anterioridad, una situación de tolerancia empresarial podría justificar las impuntualidades o inasistencias, de forma que una situación de despido sin la previa advertencia al trabajador supone una vulneración del principio de la buena fe contractual (STS 854/1991)²⁹. Si bien la jurisprudencia admite en tales casos la posibilidad de una sanción inferior (STS 7040/1990)³⁰.

Por otro lado, otros autores³¹ consideran imprescindible entender las diferencias existentes entre la falta de asistencia al trabajo y el *abandono* o *dimisión*, ya que éste último no se diferencia del hecho de la inasistencia contemplada en el art. 54.2 a) ET. no de forma que esta última es, por definición, una decisión voluntaria del trabajador de no acudir al trabajo, sin que dicha decisión se comunique al empresario. Y este hecho, por sí solo, no se diferencia del hecho de la inasistencia contemplada en el art. 54.2 a) ET.

²⁴ ALONSO MELLADO, C. et al., *Relaciones Laborales: Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Esquemas*, cit., pp. 793 y 794.

²⁵ STS de 27 marzo 1990 (RJ 1990/ 2349).

²⁶ STS de 20 noviembre 1990 (RJ 1990/ 8589).

²⁷ STS de 2 julio 1987 (RJ 1987/ 5060).

²⁸ MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A. M.: “Las ausencias al trabajo como causa de despido disciplinario” en *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 139.

²⁹ STS de 20 febrero 1991 (RJ 1991/ 854).

³⁰ STS de 24 septiembre 1990 (RJ 1990/ 7040).

³¹ GIL Y GIL, J. L., GÓMEZ ABELLEIRA F. J y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “El Despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, cit., p.122.

A este respecto, la jurisprudencia reiterada del TS contempla lo siguiente: “la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador “clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito; puede ser expresa o tácita; pero en este caso ha de manifestarse por hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance”³². En este sentido, podemos diferenciar las faltas de asistencia del abandono, porque las faltas deben ser interpretadas obligatoriamente en un contexto determinado del que se desprenda que la intencionalidad de la falta es la extinción contractual, a lo que debe añadirse su repetición en el tiempo, mientras que el abandono basta con que sea puntual³³.

Actualmente, el Estatuto de los Trabajadores exige la concurrencia de dos factores para que se pueda llevar a cabo el despido por faltas de asistencia o impuntualidad. Tales factores son: la repetición de ausencias y la falta de justificación de las mismas³⁴.

En relación con la repetición de ausencias, no cabe duda que una sola ausencia o falta de puntualidad no es suficiente para justificar el despido del trabajador³⁵. Sin embargo, al no determinar ni especificar el Estatuto de los Trabajadores el número inasistencias e impuntualidades que son necesarias para que éstas sean consideradas causa de despido disciplinario, son los convenios colectivos los responsables de concretar y fijar ese número mínimo de faltas. Por tanto, el hecho de que la cuantificación de dichas ausencias no esté tipificada en la ley, no impide al empresario ejercer su poder disciplinario frente al trabajador incumplidor. En estos casos, entra en juego la doctrina gradualista según la cual se deberán analizar cada una de las faltas por separado y evaluarlas en función del momento y a la motivación que las causó, las consecuencias que hubieran podido producirse para la empresa, el grado de responsabilidad del trabajador, su antigüedad, etc. para determinar si procede o no la imposición de sanción en función de los datos objetivos y subjetivos concurrentes³⁶.

³² STS de 10 diciembre 1990 (RJ 1990/ 9762).

³³ STS de 27 junio 2001 (RJ 2001/ 6840).

³⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo” en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., pp.151 y 152.

³⁵ STS de 20 mayo 1987 (RJ 1987/ 3752).

³⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., pp. 151 y 152.

En la misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aclara que “la expresión de *faltas repetidas de asistencia* no se refiere a días naturales de 0 a 24 horas, sino a jornadas de trabajo, sea cual fuese el horario señalado y su duración, con tal de comprender todo el tiempo exigible en horas de permanencia en el puesto de trabajo”³⁷. Por tanto, la inasistencia del trabajador los días en que se realice una jornada reducida (como en las empresas en las que se trabaja los sábados solamente por la mañana) se computa como falta completa. De este modo, si la jornada laboral del sábado solo comprendía la mañana, ello equivalía a un día de trabajo y la ausencia durante toda su duración no puede calificarse como de las horas que alcanzaba ni como medio día, sino como jornada laboral completa a todos los efectos.

Es requisito imprescindible que las faltas de asistencia o impuntualidad estén injustificadas. A este respecto, le corresponderá a la empresa acreditar el incumplimiento y al trabajador le corresponde acreditar las causas que le impidieron comparecer al trabajo.

En relación con este segundo requisito de la falta de justificación de las faltas de asistencia o puntualidad, gran parte de la doctrina como FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ³⁸ como JOSÉ LUIS GIL Y GIL, FRANCISCO J. GÓMEZ ABELLEIRA y ANA MATORRAS DÍAZ-CANEJA³⁹ afirman que existen cinco posibles situaciones que pueden plantear cierta problemática a la hora de declarar la ausencia o existencia de justificación: permisos para ausentarse del trabajo, el derecho al disfrute de las vacaciones, ausencias por enfermedad o accidente, ausencia en el trabajo por ingreso en prisión y ausencia del trabajador por huelga. En estos supuestos, se plantarán dos cuestiones a la hora de enjuiciar: si el trabajador ostentaba un derecho a ausentarse del trabajo cuando lo hizo, y si el trabajador ejercitó de manera procedimentalmente correcta tal derecho.

³⁷ STS de 30 septiembre 1986 (RJ 1986/ 5214).

³⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo” en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., pp.152-154.

³⁹ GIL Y GIL, J. L., GÓMEZ ABELLEIRA F. J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “El Despido disciplinario” en *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, cit., pp. 124-129.

- a) *Permisos para ausentarse del trabajo*⁴⁰: no cabe duda que si el empresario ha concedido el permiso al trabajador, sea por escrito o de palabra, la ausencia está plenamente justificada, cosa distinta será que luego se compruebe la falta de realidad de la causa alegada por el trabajador en su solicitud, lo que más bien encuadraría en una transgresión de la buena fe contractual.
- b) *El derecho del disfrute de las vacaciones*⁴¹: este derecho autoriza al trabajador a no asistir al trabajo. Ahora bien, una mala realización de este derecho por parte del trabajador determina que se considere procedente el despido basado en una inasistencia al trabajo. Para que este derecho se ejecute correctamente, es necesario que se fijen, de común acuerdo entre empresario y trabajador, los períodos de disfrute que va a disponer el trabajador (art. 38.2 ET). A este respecto, debe tenerse en cuenta que, ante un despido disciplinario por inasistencia, corresponde al empleado la carga de probar la existencia de dicho acuerdo común, reiterándose así la tradicional jurisprudencia del TS: “la conducta del trabajador de decidir unilateralmente el período de disfrute, ausentándose de su trabajo sin previo acuerdo con la empresa, es subsumible en el incumplimiento contractual grave y culpable previsto en el invocado artículo 54.2. a) ET⁴². Lógicamente, una vez alcanzado el común acuerdo a que se refiere el artículo 38.2 ET, no puede ser revocado unilateralmente por el empleador, de manera que el disfrute de las vacaciones en las fechas fijadas de común acuerdo no puede considerarse inasistencia injustificada a efectos de despido”.
- c) *Ausencias por enfermedad o accidente*⁴³: esta situación hace referencia a una situación de Incapacidad Temporal⁴⁴ (IT) de los trabajadores que constituye una

⁴⁰ GIL Y GIL, J.L, GÓMEZ ABELLEIRA F. J. y MATORRAS DÍAZ- CANEJA, A.: “El Despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, cit., p. 124.

⁴¹ GIL Y GIL, J. L, GÓMEZ ABELLEIRA F. J. y MATORRAS DÍAZ- CANEJA, A.: “El Despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, cit., p. 125.

⁴² STS de 1 octubre de 1987 (RJ 1987/ 6795).

⁴³ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., pp.152 y 153.

⁴⁴ Es sabido que en las situaciones en que el trabajador presenta incapacidad para prestar servicios por causa de alteraciones en su estado de salud (lo que se conoce, si aquella es transitoria, con el nombre de incapacidad temporal), el artículo 45.1 c) ET establece la posibilidad de suspender el contrato de trabajo, lo que obviamente justifica la inasistencia de aquél a su trabajo.

suspensión del contrato de trabajo y que es, sin duda, justificación suficiente siempre que se acredite el parte de baja en el plazo legalmente establecido. Si esto se cumple, el despido se considera improcedente, a no ser que la enfermedad que sufra tenga una especial significación social que pueda determinar la existencia de un despido con carácter discriminatorio⁴⁵, o se amenace al trabajador con el despido si no se pide el alta médica voluntaria y se reincorpora al trabajo⁴⁶, en cuyo caso es despido nulo.

Como bien se ha indicado, para que la ausencia por enfermedad o accidente sea justificación suficiente, se exige necesariamente la presentación del parte de baja. Esta concesión de baja genera para el trabajador el deber de comunicarla formalmente al empresario en un plazo breve de tres días (artículo 2 RD 625/2014, de 18 de julio)⁴⁷. Sin embargo, el mero retraso en la presentación de este parte de baja no es causa de despido, ya que la mera enfermedad impide al trabajador asistir a su puesto de trabajo, por lo que la asistencia no es voluntaria, ni por tanto puede ser grave ni culpable⁴⁸. Ahora bien, si el trabajador no se incorpora al puesto de trabajo una vez recibida el alta, estas ausencias se consideran como injustificadas⁴⁹ (ya que el alta médica es un acto administrativo que tiene presunción de validez que hace su cumplimiento sea necesario y directamente ejecutivo).

- d) *Ausencias por ingreso en prisión*⁵⁰: en base al artículo 45.1.g) ET en el que se reconoce la posibilidad de suspender el contrato de trabajo en espera de la existencia de una sentencia condenatoria, se permite que el contrato de trabajo no se de por finalizado a favor de la presunción de inocencia existente antes de que recaiga sentencia condenatoria. Ahora bien, una vez que la sentencia ha recaído y ya es condenatoria el Tribunal Supremo ha dado lugar a un conjunto de sentencia en unificación de la doctrina por la que afirma que la suspensión

⁴⁵ SSTS de 15 marzo 2018 (Roj: STS 1244/2018) y 29 de enero 2001 (RJ 2001/ 2069).

⁴⁶ STS de 31 enero 2011 (RJ 2011/ 922).

⁴⁷ RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

⁴⁸ STS de 31 octubre 1988 (RJ 1988/ 8189).

⁴⁹ STS de 14 julio 2015 (Roj: STS 3812/2015).

⁵⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., pp. 153 y 154. Asimismo, GIL Y GIL, J. L., GÓMEZ ABELLEIRA F. J. y MATORRAS DÍAZ- CANEJA, A.: “El Despido disciplinario” en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, cit., p. 128 y 129.

del contrato simplemente durará hasta que recaiga la sentencia como firme en el orden jurisdiccional penal, por lo que a partir de ese momento las causas podrán considerarse como injustificadas permitiendo de esta forma el despido disciplinario del trabajador conforme al artículo 54.2. a) ET ⁵¹.

Lo anterior se puede matizar que, en base a la STS 1795/2018 de 24 de abril⁵², la propia sentencia condenatoria no es, en sí misma, causa directa de despido disciplinario, sino que para que esto suceda debe darse la circunstancia de que el trabajador notifique su entrada en prisión al empleador por sí mismo.

- e) *Ausencia por huelga*: la huelga justifica, sin duda, la ausencia del trabajador. Ahora bien, se cuestiona si la huelga ilegal también justificaría dicha inasistencia al trabajo. En principio, la respuesta debe ser positiva para aquellos trabajadores que participan pasivamente en la huelga. En este sentido, la jurisprudencia, seguida por la doctrina judicial moderna, estableció que “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” (STS 18 de julio 1986)⁵³, y también que “al no existir participación activa en la huelga, no cabe estimar justificando el despido (STS 21 de mayo de 1984)⁵⁴”.

Por último, citando a ALFREDO MONTOYA MELGAR⁵⁵ “no cabe duda que las ausencias debidas a retenciones ilícitas (v.gr.: trabajador secuestrado) no pueden reputarse injustificadas, ni, por tanto, ser causa de despido. O mismo sucede con las ausencias o impuntualidades debidas a la situación física o psicológica del trabajador/a víctima de “violencia de género” (art. 21.4 LOVG)”.

⁵¹ STS de 9 marzo 1994 (RJ 1994/ 2222): La sentencia firme de la Jurisdicción del orden penal, que condena, priva de la justificación de la ausencia hasta ese momento y como garantía del derecho a la presunción de inocencia se deriva del art. 45.1. g) ET; y de ahí que desde el momento en que adquirió firmeza la sentencia penal la ausencia al trabajo dejó de tener la cobertura de la situación suspensiva para configurarse como un incumplimiento de contrato sancionable por el empresario en virtud del artículo 54.2 a) ET.

⁵² STS de 24 abril 2018 (Roj: STS 1795/2018) establece: “el ingreso en la cárcel para cumplir una condena firme de privación de libertad puede dar lugar al despido disciplinario por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo, pero no determina la extinción del vínculo laboral por dimisión tácita del trabajador si éste comunica a la empresa su entrada en prisión, lo que implica la voluntad de hacerle partícipe de la razón de su incomparecencia al trabajo”.

⁵³ STS de 18 julio 1986 (RJ 1986/ 4526).

⁵⁴ STS de 21 mayo 1984 (RJ 1984/ 3050).

⁵⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 479.

B. La indisciplina o desobediencia en el trabajo

La segunda causa de despido disciplinario aparece regulada en el artículo 54.2 b) ET y hace referencia a la indisciplina y desobediencia en el trabajo.

Conviene resaltar las diferencias entre los conceptos de indisciplina y desobediencia. Así, se considera desobediencia al incumplimiento de las órdenes e instrucciones del empresario o de la persona en quien este delegue las funciones de dirección, mientras que la indisciplina es el incumplimiento del deber de diligencia y de colaboración en el trabajo, esto es, la desobediencia, acompañada de insubordinación lo que se manifiesta en enfrentamientos directos con el empresario⁵⁶.

En ambos casos, de indisciplina y desobediencia, el bien jurídico protegido por esta causa de despido es la disciplina en el seno de la empresa. El deber del trabajador es el de prestar sus servicios a la empresa y el del empresario retribuir dichos servicios prestados, cumpliéndose así tanto el deber de obediencia al empresario y el poder de dirección empresarial respectivamente. De tal forma, que cualquier incumplimiento de estos deberes de disciplina y de obediencia, propios del contrato de trabajo, rompe el deber de fidelidad, que deben cumplir tanto empresario como trabajador. Ejemplo de esto es el trabajador que se niega a cumplir sus obligaciones de prevención de riesgos necesarias para su puesto de trabajo⁵⁷; el que se niega a cumplir una orden de desplazamiento⁵⁸ (aunque con excepciones); y el que decide por sí mismo la fecha de las vacaciones en contra de la voluntad del empresario⁵⁹. Asimismo, otros autores⁶⁰ añaden además la prohibición legal de fumar en los centros de trabajo⁶¹.

Por otro lado, suele ocurrir que la indisciplina o desobediencia aparezcan relacionadas con otras de las causas recogidas en dicho artículo 54.2 ET, como puede ser la transgresión de la mala fe contractual y el abuso de confianza. Esto es debido a que la desobediencia implica un “enfrentamiento directo a las órdenes del empresario y, por

⁵⁶ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Las causas del despido”, en TOLOSA TRIBIÑO, C., *Despido*, DAPP publicaciones jurídicas, Pamplona, 2010, p. 127.

⁵⁷ A este respecto, podemos destacar el artículo 29 LPRL.

⁵⁸ STS de 19 febrero 1987 (RJ 1987/ 1072).

⁵⁹ STS de 26 febrero 1987 (RJ 1987/ 1125).

⁶⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 707.

⁶¹ 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.

tanto, una contradicción con la buena fe, que es exigible en cualquier contrato”⁶². A este respecto, en la STS 1950/2016, de 11 de febrero, podemos apreciar esta concurrencia de la indisciplina y desobediencia en el trabajo con la transgresión de la mala fe contractual y abuso de confianza, junto con otras como la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal del trabajo (apartado e) artículo 54.2 ET)⁶³.

No obstante, la desobediencia no implica únicamente transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, sino que además puede guardar relación con otras causas como pueden ser las ofensas verbales o físicas al empresario, trabajadores o familiares que convivan con ellos (artículo 54.2 c) ET); el acoso al empresario o a compañeros de trabajo por motivos de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y acoso sexual o por razón de sexo (artículo 54.2 g) ET); y la embriaguez habitual o toxicomanía (artículo 54.2 f) ET)⁶⁴. Cada una de estas causas se explicarán con más detenimiento en sus correspondientes apartados. Si bien hay que aclarar que de las dos últimas causas no existen muchas sentencias tratadas por el TS al respecto.

Por otro lado, la indisciplina o desobediencia en el trabajo “es la causa que más estrechamente se vincula con la nota esencial y definitoria de toda relación laboral: la sujeción al ámbito de organización y dirección de otra persona (artículo 1.1 ET), que se concreta principalmente en el deber laboral básico de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas (artículo 5 c) ET), el llamado deber de obediencia”⁶⁵. Asimismo el artículo 20.2 ET señala que “el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél, en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres”⁶⁶.

⁶² CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 154.

⁶³ STS de 11 febrero 2016 (Roj: STS 1950/2016).

⁶⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 480.

⁶⁵ GIL Y GIL, J. L., GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. y MATORRAS DÍAZ- CANEJA, A.: “El Despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, cit., p. 137.

⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 612.

Para realizar un correcto estudio acerca de este apartado b) del artículo 54.2 ET, es necesario conocer, en primer lugar, los significados de “desobediencia” y de “indisciplina”, de tal forma que para que la desobediencia o indisciplina sea considerada como incumplimiento contractual ésta conducta debe ser: gravosa, culpable pero también injustificada (entrando en juego la teoría gradualista). A este respecto la STS 1982/ 2441 de 13 abril 1982 establece que es necesario que la conducta del trabajador sea sancionada como grave, trascendente, injustificada y reiterada⁶⁷. De esta manera, se logra evitar que conductas de desobediencia puntuales, que no sean extremadamente indisciplinadas y que no supongan un perjuicio para la empresa, provoquen automáticamente el despido de aquel trabajador causante⁶⁸. En relación con esto, el Tribunal Supremo ha señalado algunas agravantes al respecto, las cuales nos permiten apoyarnos para poder evaluar así si una determinada conducta de desobediencia es o no causa de despido⁶⁹.

Además, para que la indisciplina o desobediencia del trabajador sea merecedora de la sanción de despido ha de constituir también un cumplimiento culpable. Por culpabilidad se entiende, que concurra una intención dolosa o culpable y con plena conciencia⁷⁰. De manera que la intencionalidad de la conducta se manifiesta habitualmente por la reiteración o el desafío por parte del trabajador, que incumple las órdenes legítimas del empresario⁷¹.

Por otro lado, la indisciplina o desobediencia, merecedora del despido, debe estar injustificada y no tener motivación alguna, ya que en caso contrario, por muy mínima que sea tal justificación o motivación, no será calificada como despido, sino que merece

⁶⁷ La STS de 13 abril 1982 (RJ 1982/ 2441) establece: “La desobediencia como causa de despido ha de ser grave, con trascendencia suficiente para patentizar la indudable voluntad por parte del trabajador de dejar incumplida la orden emanada de la empresa, olvidando los deberes que le vienen impuestos y equivalente, por tanto, a negativa terminante e injustificada al cumplimiento de las órdenes expresamente recibidas, debiendo ser clara y reveladora de una verdadera indisciplina y además reiterada”.

⁶⁸ STS de 23 enero 1991 (RJ 1991/ 172).

⁶⁹ Así, es circunstancia agravante la realización de un acto de desobediencia o indisciplina a bordo de un buque o aeronave (STS de 19 febrero de 1985-RJ 1985/665). También el hecho de que el trabajador desobediente desempeñe un puesto de responsabilidad, ya que estos trabajadores se le exige con mayor rigor la obediencia y la disciplina (STS de 17 noviembre de 1986-RJ 1986/6687). Por último, circunstancia agravante es también la presencia de compañeros de trabajo o de clientes en el momento en el momento en el que se lleva a cabo el acto de desobediencia o indisciplina, ya que la publicidad del incumplimiento puede afectar a la organización y prestigio de la empresa (STS de 24 mayo de 1983-RJ 1983/2412).

⁷⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, cit., pp. 33 y 34.

⁷¹ STS de 17 julio 1986 (RJ 1986/ 4171).

una sanción menor⁷². Para ello, se debe determinar si la conducta ordenada por el empresario es exigible legalmente y se encuentra dentro del ejercicio regular de sus funciones directivas, ya que de ser así, esta desobediencia es causa de despido⁷³ pero, en caso de ir en contra de las exigencias legales o de excederse del ejercicio regular de las funciones directivas, la desobediencia será injustificada.

En este tema de la desobediencia injustificada, las cuestiones claves a resolver son el principio de *solve et repete* y la determinación de los supuestos en que el despido del trabajador será improcedente por ampararle un derecho de resistencia (*ius resistentiae*):

- a) Principio *solve et repete*: la jurisprudencia ha afirmado la vigencia de la regla “*solve et repete*” (obedecer primero y reclamar después)⁷⁴, es decir, el trabajador deberá, en primer lugar, cumplir las órdenes del empresario (ya que, en caso de no cumplirlas se presume una cierta irregularidad de las órdenes empresariales, que pueden llegar a ser objeto de ilicitud), y posteriormente denunciar la irregularidad detectada en la orden empresarial⁷⁵. Ahora bien, este principio general admite numerosas excepciones (derecho de resistencia) que comentaremos a continuación.
- b) Derecho a la resistencia (*ius resistentiae*): entre una de las excepciones del principio *solve et repete*, se encuentra el derecho a la resistencia. Sin embargo, este derecho no es aplicable en todos los casos, sino en aquellos en los que “el empresario actúe con abuso del derecho⁷⁶, en supuestos en los que el cumplimiento de la orden comporte cierto riesgo para la integridad física del trabajador o de terceros, un desprestigio profesional para el mismo (desobediencia técnica) o cuando las órdenes no guardan relación con el trabajo contratado por incidir en la esfera privada del trabajador o comporta lesión de

⁷² CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 155.

⁷³ STS de 3 mayo 1990 (RJ 1990/ 3943).

⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 612.

⁷⁵ STS de 26 febrero 1985 (EDJ 1985/ 1230).

⁷⁶ STS de 28 noviembre 1989 (RJ 1989/ 8276).

los derechos fundamentales del mismo”⁷⁷. A modo de ejemplo, la jurisprudencia se ha pronunciado acerca de varios supuestos de negativas del trabajador a las órdenes del empresario y que no son consideradas como causa de despido disciplinario, tales como: la realización de servicios fuera de la jornada laboral y de horas extraordinarias⁷⁸; de funciones que excedan de las obligaciones del contrato de trabajo⁷⁹; de desplazamientos⁸⁰; trabajos peligrosos que pongan claramente en peligro la vida o salud del trabajador⁸¹; así como órdenes con fuerte carga de ilicitud.

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

Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos son causa de despido disciplinario ex. artículo 54.2. c) ET.

El propio artículo delimita cuáles son los sujetos pasivos de dicha causa de despido⁸²: *empresario, las personas que trabajan en la empresa, así como los familiares que convivan con ellos*. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido extendiendo la aplicación de esta causa de despido a otras personas distintas a las mencionadas en éste artículo, como por ejemplo: clientes de la empresa⁸³, el público⁸⁴ o el abogado del empresario⁸⁵”.

Por otro lado, tal y como hemos explicado con la causa de despido anterior, esta las ofensas verbales o físicas pueden aparecer junto con la infracción de los deberes de

⁷⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 155.

⁷⁸ SSTs de 6 febrero 1986 (RJ 1986/ 716) y de 8 mayo 1986 (RJ 1986/ 2506).

⁷⁹ STS de 28 diciembre 1989 (RJ 1989/ 9281).

⁸⁰ STS de 16 marzo 1991 (RJ: 1991/ 1864).

⁸¹ El artículo 21.2 LPRL establece: “el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud”.

⁸² GIL Y GIL, J. L, GÓMEZ ABELLEIRA F. J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “El Despido disciplinario” en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, cit., p. 166.

⁸³ STS de 2 junio 1987 (RJ 1987/ 4117).

⁸⁴ STS de 19 mayo 1986 (RJ 1986/ 2575).

⁸⁵ STS de 4 marzo 1985 (RJ 1985/ 1269).

disciplina o desobediencia en el trabajo⁸⁶. Es el caso de la STS 5793/2016, de 22 de diciembre⁸⁷, en la que el TS declara despido procedente del trabajador al cometer un comportamiento grave y culpable que le hace incurrir en causa de despido disciplinario. Estos comportamientos consisten no solo en negarse a obedecer las órdenes emanadas del empresario (que actuaba como administrador) en el ejercicio regular de su poder de organización y dirección, al no aceptar el ir a Madrid por trabajo, utilizando la expresión “No voy a Madrid porque no quiero”; sino también por haber cometido malos tratos de palabra y obra al empresario al decirle “No me toques las narices, una noche voy a venir al almacén y voy a prender fuego a los camiones, tengo amigos rumanos que por 500 euros te van a dejar que ni tu madre te va a conocer, si no te interesa tenerme contratado, despídeme, si no te vas a arrepentir cada día, algún día le voy a hacer, algo al camión o si no le hago desaparecer, todo ello dentro de la ley ya que estoy estudiando para abogado, si no me pagas por las buenas me pagas por las malas”. Asimismo, el trabajador también realizó graves amenazas y agresiones físicas sin provocación que constituyen, sin duda, un maltrato de obra que es justa causa de despido (tiró al suelo al administrador, y una vez se incorpora, le lanza varios puñetazos al pecho, cortándole la respiración momentáneamente, teniendo que acudir dos personas a auxiliar al agredido y apartando al trabajador. El administrador tuvo que acudir al servicio médico otorgándole el parte de lesiones teniendo que tramitar su baja laboral con motivo del incidente.

La responsabilidad laboral de este tipo de actuaciones procede independientemente de la posible punibilidad penal de las mismas, ya que tales ofensas pueden consistir en: injurias⁸⁸, calumnias⁸⁹, amenazas y coacciones⁹⁰, agresiones físicas⁹¹, o incluso en acoso psicológico. Ante esto, cabe añadir que el trabajador no solo es responsable de las ofensas que él mismo cometa, sino también las cometidas por sus familiares o acompañantes en la empresa⁹².

⁸⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 480.

⁸⁷ STS de 22 diciembre 2016 (Roj: STS 5793/2016).

⁸⁸ STS de 4 mayo 1988 (RJ 1988/ 3549).

⁸⁹ STS de 22 noviembre 1989 (RJ 1989/ 8229).

⁹⁰ STS de 28 septiembre 1987 (RJ 1987/ 6408).

⁹¹ STS de 10 mayo 1990 (RJ 1990/ 3992).

⁹² MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 480.

Por otro lado y de igual forma que las anteriormente comentadas causas de despido, es necesario que “el comportamiento antijurídico del trabajo ha de tener *suficiente entidad*, es decir, que la conducta del trabajador sea grave y culpable”⁹³. A este respecto, para que pueda proceder causa de despido por ofensas verbales o físicas, el empresario debe examinar para cada caso y de acuerdo con la teoría gradualista, los siguientes aspectos⁹⁴: las circunstancias de cada caso individualmente, así como los datos objetivos y subjetivos que concurren, las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida, los medios que se empleen, el recíproco comportamiento de los intervinientes, finalidad perseguida, medios que se empleen, su nivel cultural, el cargo que el ofensor ocupaba en la empresa, etc., buscando siempre la proporcionalidad y la adecuación entre la conducta y la sanción⁹⁵. Asimismo, es necesario acreditar la culpabilidad de la ofensa asociando la gravedad a la intencionalidad del agresor. Para ello, el empresario deberá acreditar, además, la disposición de ofender física o verbalmente a las personas afectadas por parte del trabajador, ya que de no concurrir esa voluntad, no cabría la procedencia del despido.

Para la valoración de la gravedad debe tenerse en cuenta: “la conducta ofensiva del trabajador, sus consecuencias, la intencionalidad y las circunstancias del lugar y el momento en que se produjo la ofensa, así como la proyección pública o privada de la actuación enjuiciada”⁹⁶. No obstante, para ponderar esta gravedad, se debe tener en cuenta una serie de atenuantes que pueden concurrir, moderando así la gravedad de la falta. Estas atenuantes son tales como:

- Las disculpas inmediatas y espontáneas después de la ofensa o la existencia de provocación previa, así como la falta de ánimo de ofender o injuriar por parte del trabajador o, en su caso, la existencia de un simple *animus defendendi* ante la injusta provocación de contrario⁹⁷.

⁹³ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 612.

⁹⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 157.

⁹⁵ STS de 27 febrero 1986 (RJ 1986/ 944).

⁹⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, cit., p. 36.

⁹⁷ STS de 11 mayo 1990 (RJ 1990/ 4305).

- El clima de tensión y enfrentamiento cuando el comportamiento del trabajador se produjo tras intentar entregarle una carta de despido mantuvo un enfrentamiento, enfrentando las frentes y profiriendo expresiones como cobarde o sinvergüenza, sin perjuicio de que el comportamiento pudiera resultar acreedor de una sanción, que en su caso pueda imponerle el empresario⁹⁸.
- La situación subjetiva del trabajador, por ejemplo, los procesos depresivos por los que estuviera pasando o su estado de ansiedad⁹⁹.

A diferencia de otras causas de despido, no es necesaria la existencia de actos repetidos y reiterados por parte del trabajador para que la actuación sea causa de despido disciplinario, sino que es suficiente con el mero clima de tensión que se produce en la empresa y que produce el conflicto laboral¹⁰⁰.

D. La transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza.

El artículo 54.2.d) ET considera incumplimiento contractual *la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo*.

La buena fe puede definirse como el pilar fundamental sobre el que debe versar el deber del trabajador de prestar servicios a la empresa, cumpliendo las reglas de la buena fe y diligencia debida (art. 5 a) y 20.2 ET). Si el trabajador incumple este deber de buena fe contractual se incurre en causa de despido disciplinario. No obstante, este incumplimiento ha de dotar de suficiente gravedad y culpabilidad, además de suponer la transgresión del deber de conducta del trabajador a la hora de cumplir con el ejercicio de sus obligaciones y la falta de lealtad, honorabilidad, probidad y confianza¹⁰¹. A pesar de que esta confianza empresarial en el trabajador es un factor subjetivo, la cual puede desaparecer rápidamente en función de las conductas que éste trabajador realice, es necesario clasificarla como un criterio objetivo ya que la única forma de poder demostrar y justificar la pérdida de ésta es mediante la aportación de elementos de los que se pueda deducir claramente tal desconfianza por parte del empresario¹⁰².

⁹⁸ STS de 3 noviembre 2011 (RJ 2011/ 3494).

⁹⁹ SSTs de 1 julio 1988 (RJ 1988/ 5732), 11 mayo 1990 (RJ1990/ 4305) y 10 diciembre 1991 (RJ 1991/ 9050).

¹⁰⁰ SSTs de 24 septiembre 1987 (RJ 1987/ 6388) y de 20 de marzo 1991 (RJ 1991/ 1884).

¹⁰¹ STS de 21 julio 1986 (RJ 1986/ 4530).

¹⁰² GIL Y GIL, J. L., GÓMEZ ABELLEIRA F. J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “El Despido disciplinario” en *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, cit., p. 178.

Ahora bien, esta causa de despido es reconocida como una “causa abierta o cajón de sastre” por muchos autores¹⁰³ ya que todas aquellas conductas que no encajen claramente en ninguna de las otras enumeraciones del artículo 54.2 ET, acaban, en muchas ocasiones, encuadrándose dentro de esta causa de despido. Por tanto, ésta es, sin duda, la causa más amplia de toda la enumeración. Por ello mismo, debe controlarse su aplicación en exceso en la práctica ya que, actualmente, existe un gran número de sentencias laborales sobre ella¹⁰⁴.

La jurisprudencia ha recogido una serie de supuestos y conductas que se han acabado evaluando como una vulneración de este principio de buena fe contractual, al no poder encajarlas en ninguna de las restantes causas tasadas de éste artículo 54.2 ET. Estas conductas son las siguientes: abuso de confianza y deslealtad, apropiaciones, uso indebido del ordenador, correo electrónico y de internet, concurrencia desleal, vulneración del pacto de plena dedicación, incompatibilidades, actividades incompatibles con la incapacidad temporal, negligencia en el desempeño de las funciones encomendadas por la empresa.

a) *Abuso de confianza y deslealtad*: El abuso de confianza constituye una expresión directa de la transgresión del deber de buena fe contractual, que se agrava precisamente, cuando el trabajador utiliza en beneficio propio la confianza que en él tenía depositada su empleador. En realidad esta causa opera como un cajón de sastre para otras muchas conductas vulneradoras de la buena fe que no llegan a encontrar una tipificación más detallada.

Asimismo, con carácter general, si el trabajador se arroga funciones diferentes a las que corresponden a su contrato de trabajo, se entiende, que está violentando la buena fe contractual que le es exigible, al incidir de modo directo al principio de confianza que debe presidir la relación laboral. Del mismo modo, podemos encajar la falsedad entendida como un engaño producido por el trabajador en relación al contrato de trabajo que da lugar a la extinción laboral debido a la pérdida de confianza que provoca el trabajador farsante en la empresa.

¹⁰³ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., p. 612.

¹⁰⁴ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 708.

b) *Apropiaciones*: La apropiación indebida de dinero o bienes es causa de despido considerada con transgresión de la buena fe contractual, como por ejemplo la STS de 21 septiembre 2017¹⁰⁵ que dio lugar a un despido procedente por transgresión de la buena fe contractual por hurto, fuera de la jornada y lugar de trabajo, en una tienda de cadena empleadora.

La jurisprudencia viene suavizando el rigor en los supuestos de apropiación indebida aplicando, en ocasiones, la teoría gradualista:

Los supuestos en los que cabe aplicar dicha teoría gradualista son tanto aquellos que suponen una escasa importancia económica, como en aquellas faltas consistentes en apropiaciones debido a otras circunstancias distintas en las que es necesario tener en cuenta las circunstancias subjetivas de cada momento¹⁰⁶. Además, el Tribunal Supremo ha precisado que en estos supuestos se debe considerar la ponderación de la gravedad de la falta dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados¹⁰⁷.

Por otra parte, la exclusión de la teoría gradualista se refiere únicamente a aquellos supuestos en los que ha existido apropiación y así se ha declarado probado en la sentencia del Juzgado, así como en aquellos otros supuestos en los que no consta probada la apropiación, sino únicamente la vulneración de los procedimientos establecidos por la empresa en relación con la gestión de las compras, productos, dinero, etc.¹⁰⁸. En estos casos, la esencia de la transgresión de la buena fe contractual no radica en la causación de un daño evaluable económicamente, sino en la vulneración de la buena fe aparente en cualquier contrato que deriva en una pérdida de confianza en el trabajador. Esta desconfianza no admite grados de evaluación de más grave a menos grave, sino que una vez que se produce hace que se pierda totalmente la confianza en el trabajador siendo muy difícil recuperarla posteriormente. Por esta razón, no puede ser de aplicación la teoría gradualista, sino que se basa en la mera confianza mutua existente en cualquier contrato de trabajo, de forma que la infidelidad producida por el trabajador determina el despido procedente¹⁰⁹.

¹⁰⁵ STS de 21 septiembre 2017 (RJ 2017/ 4310).

¹⁰⁶ STS de 26 diciembre 2007 (RJ 2008/ 1792).

¹⁰⁷ STS de 19 julio 2010 (RJ 2010/ 7126).

¹⁰⁸ STS de 5 febrero 2008 (RJ 2008/ 2582).

¹⁰⁹ SSTs de 6 junio 1987 (RJ 1987/ 4133) y de 22 noviembre 1989 (RJ 1989/ 8230).

c) *Uso indebido del ordenador, correo electrónico y de Internet*: Esta causa supone un supuesto cada vez más habitual en cualquier empresa. Para ello, es necesario establecer unas reglas de uso previas e informar a los trabajadores de los controles de los medios informáticos que van a existir, respetando siempre los derechos fundamentales y particularmente el derecho al secreto de las comunicaciones¹¹⁰. Estas reglas de uso van a consistir fundamentalmente en que la comunicación no puede perturbar la *actividad normal de la empresa*; no puede perjudicarse el *uso específico empresarial preordenado* para el mismo, y, por último, la utilización del instrumento empresarial *no puede ocasionar mayores costes* para el empleador. A modo de ejemplo, el uso de redes sociales empresariales existentes no suele implicar un mayor coste para la empresa, porque la intranet ya está instalada con su propia capacidad y la conexión a internet contratada con la compañía proveedora suele tener un coste fijo a cambio de una capacidad máxima. Sin embargo en el caso de redes que operan a través de telefonía móvil (especialmente en el caso de ordenadores portátiles con tarjeta de conexión 3G, de teléfonos móviles o de determinados aparatos portátiles como agendas electrónicas y PDAs) es posible que la facturación telefónica varíe en función del volumen de la información transmitida o descargada, por lo que el uso privado o sindical de tales dispositivos podría implicar un coste para la empresa. En este caso, el instrumento no puede utilizarse para fines distintos a los productivos, porque la empresa no está obligada jurídicamente a soportar el mayor gasto que ese uso implica¹¹¹.

Por otro lado, ante las dificultades prácticas de prohibir el uso personal de internet para fines personales durante la jornada laboral, se ha tolerado en muchas empresas el uso moderado de los medios de la empresa. No obstante, no se debe olvidar que se tratan de medios que son propiedad de la empresa y que se proporcionan al trabajador para utilizarlos en el cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito del poder de vigilancia del empresario, que implica que éste pueda adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de las obligaciones y deberes

¹¹⁰ STS de 17 marzo 2017 (RJ 2017/ 1480).

¹¹¹ STS de 8 febrero 2018 (RJ 2018/ 666).

laborales sin vulnerar, en ningún momento, la dignidad del trabajador¹¹², ya que de hacerlo sin respetar los límites legales, la prueba así obtenida es ilícita¹¹³.

- d) *Concurrencia desleal*: solamente se prohíbe la concurrencia con el empresario que se considere desleal cuando se da esta concurrencia sobre un mismo mercado y los mismos potenciales clientes, ya que se tratará del mismo sector productivo. De esta forma, se descarta la condena automática de la concurrencia. Esta concurrencia se puede determinar en un contrato para que abarque a un periodo de tiempo determinado o a una zona concreta, pudiendo llegar a impedir la plena dedicación, en cuyo caso deberá existir una compensación económica por parte de la empresa¹¹⁴.
- e) *Vulneración del pacto de plena dedicación*: en este caso, podemos encontrarnos en sectores de actividad distintos, pero aun así puede existir un contrato o cláusula en la que se determine que el trabajador no puede combinar otra actividad laboral. En este caso, si existe otra actividad se puede considerar que el trabajador ha infringido un pacto de plena dedicación por el que se deberá devolver la compensación económica recibida en su momento, pudiendo llegar al despido disciplinario si para combinar estas dos actividades se hubiese incurrido en otras faltas como engaño, defraudación, etc.
- f) *Incompatibilidades*: entorno al sector público, existe para los funcionarios legislación sobre causas de incompatibilidad en sus funciones, siendo una de ellas desempeñar otra actividad laboral. En el caso de que se combinen dichas actividades, el dicho incumplimiento de dicha normativa es causa de despido disciplinario¹¹⁵.
- g) *Actividades incompatibles con la incapacidad temporal*: La incapacidad laboral de los trabajadores es causa de suspensión del contrato de trabajo. Ahora bien, la suspensión del contrato de trabajo no justifica que se vulnere la obligación de buena fe exigible al trabajador, ya que esta situación exonera al trabajador de prestar

¹¹² STS de 26 septiembre 2007 (RJ 2007/ 7514).

¹¹³ STS de 8 marzo 2011 (RJ 2011/ 932).

¹¹⁴ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Las causas del despido”, en TOLOSA TRIBIÑO, C., *Despido*, cit., p. 147.

¹¹⁵ El artículo 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 de lugar a una situación de incompatibilidad.

servicio, pero no de cumplir con las restantes obligaciones del contrato de trabajo encaminadas a obtener la reparación de la salud. Es por ello que la realización de actividades o conductas que impidan una rehabilitación adecuada, deben considerarse como una agresión a la buena fe contractual. Para ello, se debe valorar si la realización de una actividad empeora o retrasa el proceso de curación de la enfermedad. Evidentemente, la situación de baja por IT, no impide al trabajador el desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico, siempre que estas no perjudiquen o retrasen su curación. Por tanto, no toda actividad desarrollada durante la IT es sancionable con el despido sino solo aquellas que pueden perturbar la curación del trabajador¹¹⁶.

A modo de ejemplo, se declara improcedente el despido de quien, estando de baja por depresión, asesoraba o supervisaba el puesto de castañas de su mujer, conducía y hacía alguna compra como el pan, ya que estas ocupaciones no suponen ningún peligro para la curación de la enfermedad¹¹⁷; o el despido de un empleado bancario que, estando de baja por depresión, trabajaba como profesor en un cursillo por recomendación del médico de la seguridad social ya que esta actividad le suponía una beneficiosa ayuda terapéutica¹¹⁸.

h) Negligencia en el desempeño de las funciones encomendadas por la empresa: la existencia de culpabilidad puede darse tanto en actuaciones plenamente intencionales o dolosas, como en conductas negligentes en las que el trabajador no ha observado la diligencia debida. En este último caso, el trabajador transgrede la buena fe y abusa de la confianza del empresario ya que en el trabajador se ha depositado un deber de diligencia que aumentará en función del cargo o puesto de trabajo que ostente el trabajador¹¹⁹. Por tanto, no es preciso que la conducta haya sido dolosa, puesto que la culpa puede provenir también de la negligencia o desidia en el cumplimiento de las obligaciones¹²⁰.

¹¹⁶ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Las causas del despido”, en TOLOSA TRIBIÑO, C., *Despido*, cit., p. 127.

¹¹⁷ STS de 29 enero 1987 (RJ 1987/ 177).

¹¹⁸ STS de 4 octubre 1985 (RJ 1985/ 4662).

¹¹⁹ STS de 19 enero 1987 (RJ 1987/ 66).

¹²⁰ STS de 7 marzo 2018 (Roj: STS 996/ 2018).

El supuesto de transgresión de la buena fe por expresiones inadecuadas o por comunicación a terceros de informaciones relativas a la empresa ha sido tratado conjuntamente con las ofensas verbales.

E. La disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal o pactado

La disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal o pactado como causa de despido, aparece regulado en la letra e) del artículo 54 ET. Así pues, el bien jurídico protegido, tal y como recoge el *Memento Práctico Despido*, es “por un lado, el cumplimiento del contrato de trabajo, conforme a las reglas de buena fe y diligencia debida y por otro lado, la contribución a la mejora de la productividad, deberes básicos de los trabajadores que conducen a garantizar el exacto cumplimiento de la prestación, a cuya realización se comprometen, a cambio del salario correspondiente”¹²¹.

Al igual que las otras causas de despido, la disminución en el rendimiento normal o pactado debe tener notoria gravedad y culpabilidad, es decir, que esta reducción del rendimiento se lleve a cabo en un periodo de tiempo aproximadamente amplio y no se trate de meros casos aislados¹²².

Como ya se ha mencionado, el rendimiento en el trabajo puede ser normal o pactado. Con respecto al rendimiento pactado, este puede medirse teniendo en cuenta el rendimiento mínimo pactado en el contrato, siempre que éste no sea abusivo, como por ejemplo fijando un número mínimo de ventas¹²³, pero también según lo pactado en convenio colectivo, por los usos y costumbres, propios de la actividad correspondiente, así como por las órdenes e instrucciones del empresario, siempre que se impartan en el ejercicio regular de sus funciones. De no hacerse así, no cabría hablar de rendimiento exigible¹²⁴.

¹²¹ VV. AA. *Memento Práctico Despido*, Francis Lefebvre, 2018 (versión online).

¹²² STS de 13 febrero 1990 (RJ 1990/ 913).

¹²³ STS de 23 febrero 1990 (RJ 1990/ 1215).

¹²⁴ STS de 13 noviembre 1986 (RJ 1986/ 6338).

Para demostrar tal disminución en el rendimiento del trabajador, debe determinarse un término de comparación que sirva de referencia para probar si realmente se ha producido o no dicha disminución¹²⁵. Para que este elemento comparativo demuestre tal reducción en el rendimiento del trabajador puede tenerse en cuenta tanto “el nivel de productividad pactado en el convenio colectivo, contrato de trabajo o acuerdo posterior por el empresario, como el rendimiento alcanzado por otros compañeros en condiciones de homogeneidad o el propio rendimiento del trabajador obtenido con anterioridad”¹²⁶.

Por tanto, sin la existencia de un término comparativo claro, el despido deberá ser declarado improcedente ya que éste es un elemento imprescindible para justificar la causa de despido tratada. A este respecto, la STS 302/1988 de 25 de enero 1988¹²⁷ acaba estimando el recurso de casación interpuesto por los trabajadores despedidos al no demostrar la empresa demandante la existencia de una disminución en el rendimiento pactado en la que pueda apreciarse claramente la existencia de un incumplimiento contractual. Asimismo, tampoco resulta concluyente la comparación con los rendimientos anteriores de los trabajadores despedidos ni las comparaciones establecidas con los rendimientos de otro trabajador de la empresa en condiciones de homogeneidad. Es más, el tribunal establece que, a parte de que un solo trabajador no es un término suficientemente significativo (especialmente cuando lo que se imputa en la carta de despido es una disminución del rendimiento con respecto a períodos anteriores de los despedidos), hay que tener en cuenta que estos trabajadores despedidos venían presentando meses atrás y durante años rendimientos superiores a los del trabajador con respecto del cual son comparados. Es decir, el rendimiento de estos trabajadores se redujo del que venían prestando, que era superior al pactado, por lo que esto no puede ser considerado como causa de despido de la letra e) del artículo 54 ET.

Por otro lado, suelen aprovecharse, en ocasiones, situaciones de incapacidad temporal del trabajador para alegar una causa de despido disciplinario por una disminución del rendimiento del trabajo, siendo el despido nulo en estos casos. En relación con esto la STS 2351/2016 de 5 de mayo de 2016¹²⁸ muestra cómo una trabajadora de una teleoperadora sufrió un accidente de tráfico camino del trabajo, que le provocó un

¹²⁵ STS de 21 diciembre 1990 (RJ 1990/ 1128).

¹²⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 156.

¹²⁷ STS de 25 enero 1988 (Roj: STS 302/ 1988).

¹²⁸ STS de 5 de mayo 2016 (Roj: STS 2351/ 2016).

“latigazo cervical” del que fue asistida médicamente y por el que se le dio la baja médica en la misma fecha, iniciando proceso de incapacidad temporal. Diez días después del accidente, estando en situación de incapacidad temporal, la demandante recibió comunicación escrita de despido disciplinario en la que se alegaba la disminución de su rendimiento en el trabajo en periodos anteriores al accidente, presentando comparaciones de su rendimiento con el de otros de sus compañeros que eran notoriamente superiores en cuanto al ratio promedio de ventas. El Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona declaró la nulidad del despido por vulneración de los artículos 24.1 CE, 14 y 15 CE (por indefensión y discriminación en el despido, y lesión al derecho a la integridad física). Sin embargo, recurrida dicha sentencia en suplicación por la empresa y el posterior recurso de casación para la unificación de la doctrina por la trabajadora, el Tribunal Supremo estima despido improcedente, no nulo, ya que no existe riesgo de que la trabajadora sea despedida por no volver a su puesto de trabajo durante el periodo de baja, ni tampoco la empresa ha realizado actuaciones que, por sí mismas, pudieran empeorar el estado de salud de la trabajadora, ni la empresa ha prescindido de la prevención de riesgos laborales necesarios, de manera que si se despide a la trabajadora no se ataca a su salud o recuperación, por lo que no supondría una lesión del derecho del artículo 15 CE, ni del derecho a la dignidad del artículo 10 CE.

F. La embriaguez habitual o toxicomanía.

La embriaguez habitual o toxicomanía representa la penúltima causa de despido disciplinario regulada en la letra f) del mismo artículo 54.2 ET.

En primer lugar, resulta conveniente establecer las diferencias entre embriaguez y toxicomanía. De este modo, la embriaguez se equipara principalmente al alcoholismo como enfermedad¹²⁹, mientras que la toxicomanía se refiere a la intoxicación por drogas, sin hacer distinciones en cuanto al tipo e intensidad de las mismas, ya que a pesar de que algunos autores son partidarios de establecer una distinción entre drogas blandas y duras, la norma y la jurisprudencia no se detienen en la determinación o

¹²⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 156.

examen del tipo de droga a la que el trabajador es adicto (STS 4336/2008 de 21 de mayo de 2008¹³⁰).

Para que una situación de embriaguez habitual o toxicomanía pueda ser clasificada como una causa de despido disciplinario, es necesario que la conducta sea realizada de forma habitual y reiterada por el trabajador¹³¹ y que tenga una repercusión negativa en el trabajo¹³², es decir, no basta solo con demostrar que la embriaguez o toxicomanía es habitual, sino que además el empresario para acreditar el despido deberá demostrar que repercute de forma negativa en el trabajo, ya que de no hacerse así, sería inviable la convalidación del despido.

Ahora bien, cabe destacar que para determinados profesionales, como los conductores de vehículos de transporte, el requisito de habitualidad se puede atenuar ya que, aunque la embriaguez se haya cometido en un acto aislado, esto implica la máxima sanción disciplinaria debido a las características del trabajo realizado¹³³.

En relación a la repercusión negativa del estado de embriaguez del empleado en el trabajo, habitualmente se manifiesta en una disminución en el rendimiento del trabajador, aumento del absentismo o incluso faltas de respeto a compañeros y superiores. Esto hace que, en ocasiones, se despidan disciplinariamente al trabajador por otras causas recogidas en el mismo artículo 54.2 ET como los apartados a) las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas, d) la transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza, e incluso e) la disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado¹³⁴.

¹³⁰ STS de 21 mayo 2008 (RJ 2008/ 4336).

¹³¹ La STS de 1 julio 1988 (RJ 1988/5732) establece que “una más o menos continuidad en la práctica de que se trate, no siendo suficiente su ocurrencia en contadas ocasiones para configurarla como causa justificada de despido disciplinario”.

¹³² STS de 18 noviembre 1989 (RJ 1989/ 8077).

¹³³ Entiende CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 156 que “Desde el año 1963 y hasta la actualidad, la jurisprudencia ha venido considerando que la embriaguez habitual comprende también el alcoholismo, pese que a tratarse de una enfermedad, por entender que el comportamiento del trabajador al contraer el alcoholismo es voluntario y, por lo mismo, no encuadrable dentro de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo”.

¹³⁴ MARÍN MALO, M.: La prevención del consumo de alcohol por parte de los trabajadores en la negociación colectiva de los años 2016 y 2017”, *Revista de Información Laboral* (revista electrónica), n. 11, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017. Disponible en:

[http://aranzadi.aranzadigital.es.roble.unizar.es:9090/maf/app/document?docguid=Icf459e00ca7511e7a398010000000000&srguid=i0ad6adc600000168e22f5fb5b8fe5809&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=](http://aranzadi.aranzadigital.es.roble.unizar.es:9090/maf/app/document?docguid=Icf459e00ca7511e7a39801000000000&srguid=i0ad6adc600000168e22f5fb5b8fe5809&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=)

G. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual.

La letra g) del artículo 54.2 ET describe como séptima y última causa de despido disciplinario el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. El fundamento de esta causa de despido es la defensa de la garantía del derecho a la integridad, dignidad e intimidad del empresario o trabajador acosado¹³⁵.

Tal y como se ha apreciado en las ofensas verbales o físicas, se incluye como víctimas de este acoso objeto de despido disciplinario no solo a trabajadores de la propia empresa, sino a otras personas que se relacionan con ésta, como clientes o proveedores, pero también personas trabajadoras de otras empresas (contratistas o ETTs) o trabajadores autónomos que colaboran con la empresa. No obstante, es la causa menos común de todas las que componen el artículo 54.2 ET, hasta tal punto que no existe doctrina del Tribunal Supremo a propósito de esta específica causa de despido disciplinario¹³⁶.

Dentro de la misma, de todos los casos de acoso que regula esta última causa, el acoso sexual es la más extendida. La Disposición Adicional 11ª de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (a continuación, LOIMH) modificó el artículo 54.2 g) del Estatuto de los Trabajadores, de tal forma que el acoso sexual, ya sea al empresario o a los trabajadores de la empresa, es considerando como incumplimiento contractual grave y, por tanto, causa de despido disciplinario¹³⁷. Sin embargo, pueden aparecer ciertas dudas acerca de este concepto de acoso sexual ya que se han planteado varios significados para el mismo en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, la doctrina científica ha señalado que el acoso moral o *mobbing* “constituye un

¹³⁵ A este respecto cabe señalar el art. 4.2 ET que en su apartado e) apunta que todos los trabajadores tendrán derecho “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

¹³⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, cit., p. 156.

¹³⁷ VIDAL LÓPEZ, P.: “El acoso sexual como causa de despido” en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi* (revista electrónica), n. 942, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018. Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es.roble.unizar.es:9090/maf/app/document?docguid=1a8dd13c0920611e880bc01000000000&srguid=i0ad6adc600000168e0dc0def5fa83727&src=withinResuts&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#>

género amplio dentro del cual se puede distinguir el acoso sexual como una especie del mismo, siendo una de las notas definitorias del acoso la reiteración y persistencia en el tiempo de los actos que componen dicha conducta, exigiéndose por parte de la doctrina judicial y científica una sistematicidad o un plan preconcebido por parte del agresor”¹³⁸. No obstante, el acoso moral no se encuentra regulado en ninguna de las causas de despido disciplinario del artículo 54.2 ET, por lo que, en caso de sanción por este delito, lo enmarcaríamos como causa de despido de las letras c) o d) de dicho artículo 54.2 ET o en ambas a la vez, esto es, las ofensas verbales o físicas y la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza. Esto no resulta algo novedoso, ya que, tal y como hemos explicado anteriormente, muchas conductas que no tienen especificada una causa de despido se han incluido en la transgresión de la buena fe contractual. De lo anterior se entiende que, tanto en conductas indeterminadas en cuanto a la culpabilidad e intencionalidad de los actos, como en aquellas en las que claramente se puede apreciar voluntad acosadora, resulta más sencillo desviar la causa despido hacia las recogidas en el artículo 54.2 ET debido a su generalidad, como consecuencia de falta de criterio uniforme a la hora de considerar las conductas de tipo acosador¹³⁹. Así, entre otras muchas, se puede citar la STS 1989/7172 de 13 de octubre de 1989¹⁴⁰ en la que el Tribunal Supremo califica como despido procedente un acto de exhibicionismo en el trabajo realizado por un trabajador delante de una compañera de trabajo señalando que “de la realidad de los hechos que se le imputaron al hoy recurrente en la carta de despido, no hacen falta grandes razonamientos para mantener la conclusión de que la conducta observada por aquél quebrantó la buena fe contractual manifestó abuso de confianza y supuso ofensa a compañera de trabajo, perjudicando su libertad y dignidad”.

¹³⁸ ÁLVAREZ GIMENO, R.: “El acoso sexual en el trabajo: despido disciplinario y presunción de inocencia”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (revista electrónica), paráfrasis 11, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018. Disponible en:

[http://aranzadi.aranzadidigital.es.roble.unizar.es:9090/maf/app/document?docguid=I248b2e305e2b11dfa2ce010000000000&srguid=i0ad6adc600000168e0dc0def5fa83727&src=withinResuts&spos=14&epos=14&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=](http://aranzadi.aranzadidigital.es.roble.unizar.es:9090/maf/app/document?docguid=I248b2e305e2b11dfa2ce01000000000&srguid=i0ad6adc600000168e0dc0def5fa83727&src=withinResuts&spos=14&epos=14&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=)

¹³⁹ ROALES PANIAGUA, E.: “El acoso moral en el trabajo: causa inespecífica de despido”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (revista electrónica), paráfrasis 69, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es.roble.unizar.es:9090/maf/app/document?docguid=I9528c0500d4311df81b40100000000000&srguid=i0ad82d9b00000168e10a543042bf5631&src=withinResuts&spos=15&epos=15&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>

¹⁴⁰ STS de 13 de octubre 1989 (RJ 1989/ 7172).

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce el despido disciplinario como una forma de extinción del contrato de trabajo, por voluntad del empresario, que se basa en el incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, por la realización de actos que se pueden encuadrar en alguna de las causas recogidas en el artículo 54.2 ET.

SEGUNDA. En todo caso, el empresario deberá probar la existencia de alguna de las causas contenidas en dicho artículo 54.2 ET sobre las cuales se apoya su decisión de despido. Con ello, se logra evitar abusos de poder por parte del empresario, que ocasionaría la nulidad del despido, si se produjera la vulneración de alguno de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española. De tal forma, la existencia de despido disciplinario siempre aparece justificada por un claro incumplimiento contractual por parte del trabajador.

TERCERA. Por otro lado, considero que para que el comportamiento de un trabajador sea sancionable por despido disciplinario, hay que tener en cuenta el tiempo transcurrido desde que la empresa es conocedora de los hechos hasta el momento en el que se establece la sanción. Esto es así porque el hecho de no sancionar una conducta ilícita de un trabajador cuando el empresario lo percibe supondría, en cierta medida, una tolerancia empresarial. No obstante, también es importante tener en consideración que solo serán sancionables aquellas conductas ilícitas realizadas por el trabajador que afecten directamente al trabajo y al desempeño de sus obligaciones contractuales, sin evaluar aquellos comportamientos que éste tenga fuera del ámbito laboral y que no repercutan para una correcta realización del trabajo.

CUARTA. Una situación de despido disciplinario solo procede cuando el trabajador ha incurrido en conductas de especial gravedad y trascendencia, ya que no toda falta que se produzca en el ámbito de la empresa puede dar lugar a la sanción más grave. El concepto de gravedad en los incumplimientos que pueden dar lugar al despido disciplinario del trabajador es muy amplio. Esto se debe a que, mientras en algunas causas basta con que la conducta se realice una sola vez, como en el caso de la indisciplina, las ofensas físicas, o la transgresión de la buena fe contractual, en otras se requiere que haya reiteración, como en el caso de las faltas de asistencia o puntualidad,

la disminución en el rendimiento o el acoso. Sin embargo, hay casos en los que, a pesar de que se requiera continuidad o reiteración de la conducta, puede bastar con que la conducta se realice una sola vez para dar lugar al incumplimiento (como, por ejemplo, la embriaguez de los conductores).

QUINTA. Cada una de las causas de despido disciplinario aparecen enumeradas y recogidas en el artículo 54.2 ET. Estas deben ser estudiadas mediante un criterio individualizador donde se puedan valorar las circunstancias y elementos tanto subjetivos como objetivos que concurren en cada caso concreto. Se considera que este listado legal de causas constituye *numerus clausus*, es decir, un conjunto cerrado de causas tasadas en el que poder encuadrar y argumentar todo tipo de despido de este tipo. Sin embargo, alguna de estas causas son tan amplias y genéricas (como, por ejemplo, la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza) que permiten incluir un gran número de incumplimientos del trabajador sancionables con el despido.

SEXTA. En las faltas repetidas e injustificadas de asistencia y puntualidad será el trabajador quien deba justificar las faltas de impuntualidad y asistencia para evitar medidas sancionadoras del empresario. La diferencia entre ambos términos es fundamental por la gravedad de las acciones ya que la ausencia total en el trabajo (inasistencia) tiene una gravedad mayor que la ausencia parcial (o impuntualidad). En ambos casos, es requisito imprescindible que las faltas estén injustificadas. De acuerdo con la doctrina, creo que un problema fundamental de la ley es que no señala cuántas faltas de asistencia o de puntualidad son necesarias para justificar un despido. Sin embargo, también considero que es una causa de despido que no puede establecer un número máximo de faltas aplicable a todos los supuestos por igual, sino que es muy importante evaluar las circunstancias concretas de cada caso, entrando en juego de esta forma la teoría gradualista y siendo los convenios colectivos o en su defecto los Tribunales los responsables de fijar un límite según las circunstancias.

SÉPTIMA. En relación con la causa de la indisciplina o desobediencia en el trabajo, es necesario que ésta esté injustificada y que su realización no tenga motivación alguna. Además, es fundamental que las órdenes del empresario sean claras y concretas y que estén directamente relacionadas con la actividad profesional y que no afecte a la dignidad e integridad física y moral del trabajador, además de que no existan

situaciones de peligrosidad, ya que en éste caso el trabajador podrá incumplirlas. En relación con esto, destacar que la valoración del cumplimiento de las obligaciones y disciplina a seguir en el trabajo es realizada únicamente por el empresario, debiendo ser una valoración más objetiva. Esta indisciplina y desobediencia en el trabajo ha sido relacionada en varias ocasiones por el Tribunal Supremo junto con la trasgresión de la buena fe contractual, pero puede guardar relación también con el resto de causas, ya que todas ellas suponen una desobediencia en las obligaciones a cumplir dentro del horario laboral.

OCTAVA. Las ofensas verbales o físicas en el trabajo es una de las causas más amplias tanto en el ámbito objetivo, porque la realización de un ataque a otra persona da lugar a una violación del derecho al honor concurriendo así en causa de despido, como subjetivo ya que las ofensas no van dirigidas únicamente al empresario o a los trabajadores sino que se incluyen, además, a los familiares que convivan con estos. A diferencia de otras causas de despido, no es necesaria la existencia de actos repetidos y reiterados por parte del trabajador para que la actuación sea causa de despido disciplinario, sino que es suficiente con el mero clima de tensión que se produce en la empresa y que produce el conflicto laboral. Sin embargo, de igual forma que otras causas de despido es necesario que dichas ofensas sean de suficiente entidad, es decir, que sean gravosas y culpables aplicando siempre, para ello, la teoría gradualista.

Asimismo, las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos a sido tratado en varias ocasiones con la transgresión de la buena fe por expresiones inadecuadas o por comunicación a terceros de informaciones relativas a la empresa.

NOVENA. La transgresión de la buena fe contractual es la causa más amplia del listado la cual, dada su generalidad, se ha convertido en un “cajón de sastre” en el que incluir todos aquellos incumplimientos objeto de despido por parte del trabajador que no llegan a encuadrarse en ninguna de las otras causas del artículo 54.2 ET.

Para incurrir en transgresión de la buena fe contractual no es necesario que las actividades realizadas por el trabajador causen daño a la empresa, sino que bastará con que produzca una pérdida de confianza irrecuperable en el empresario hacia ese

trabajador. Varias Sentencias basan el quebrantamiento de la buena fe contractual en dicha pérdida de confianza, siendo dicho criterio utilizado por la jurisprudencia cuando existe una pérdida de confianza plena en la que no cabe graduación alguna. A este respecto señalar que la buena fe no se puede medir y que para analizar si existe o no transgresión de la buena fe contractual la doctrina gradualista se basa en las causas objetivas y subjetivas de cada caso concreto. Sin embargo, en mi opinión considero que esta pérdida de confianza por parte del empresario no siempre significa una transgresión de la buena fe contractual, sino que también se vincula a la deslealtad e infidelidad laboral por parte del trabajador.

Asimismo, considero que la regulación de la buena fe contractual en el Estatuto de los Trabajadores tiene mayor incidencia en los trabajadores que en los empresarios, ya que a pesar de ir dirigido a ambas partes, empresario y trabajador (artículo 20.2 ET), la jurisprudencia y el propio Estatuto de los Trabajadores (artículo 5 a) ET) hacen mayor hincapié en el cumplimiento del principio del deber buena fe contractual por parte del trabajador que del empresario. En relación con esto, no existe ninguna norma que atribuya a estos últimos una sanción de igual o similar gravedad que el despido por no respetar dicho principio.

Además, dentro de esta transgresión de la buena fe contractual se encuentran recogidas varias conductas que no pueden ser encajadas en ninguna de las otras causas tasadas del artículo 54.2 ET, como es el abuso de confianza. Este abuso de confianza suele surgir sobretodo en los trabajadores que ocupan altos cargos en la empresa, como puestos de jefatura que requieren cierta diligencia o incluso aquellos empleadores que trabajan en sus propios domicilios.

DÉCIMA. La disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal o pactado debe ser llevada a cabo por el trabajador durante un periodo aproximadamente amplio de tiempo y que no se trate de meros casos aislados. Para ello, el empleador deberá demostrar tal disminución en el rendimiento del trabajador mediante un término de comparación que sirva de referencia, sin el cual el despido será declarado improcedente. Además, en ocasiones esta causa de despido suele ser aprovechada para despedir a trabajadores que se encuentren en situaciones de incapacidad temporal alegando una disminución del rendimiento del trabajo, siendo el despido nulo en estos

casos. Por otro lado, creo conveniente diferenciar entre la falta de actitud y falta de formación o adaptación de un trabajador a su puesto de trabajo, ya que solo la falta de actitud concurriría en despido disciplinario, al presuponer que se produce de forma voluntaria. En relación con la falta de formación debe ser el empleador el encargado de facilitar los mecanismos necesarios al trabajador para la realización de manera correcta de la actividad laboral.

UNDÉCIMA. En el caso de la embriaguez habitual o toxicomanía es necesario que la conducta sea realizada de forma habitual y reiterada por el trabajador (excepto para ciertos profesionales para los que este un acto aislado de embriaguez implica la máxima sanción disciplinaria debido a las características de su trabajo) y que tenga una repercusión negativa en el trabajo, ya se presenten síntomas tanto en horario laboral como fuera del horario puesto que afecta al desarrollo normal del trabajo al quedar limitadas las capacidades del trabajador. Ahora bien, si la embriaguez se produce fuera del horario laboral y no repercute para una correcta realización del trabajo no se considerará despido. Por otro lado, considero que puede haber una cierta confusión con el término “toxicomanía” ya que éste es considerado como consumo reiterado de drogas como enfermedad (entendiendo al trabajador toxicómano como un trabajador enfermo) y no siempre que hay consumo hay un trabajador enfermo.

DUODÉCIMA. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual es la causa menos común de todas las que componen el artículo 54.2 ET, hasta tal punto que no existe doctrina del Tribunal Supremo. Sin embargo, creo conveniente diferenciarlo del *mobbing* o acoso moral, pues en éste último quien lo realiza es el empresario mientras que el acoso en todas las modalidades que recoge el apartado g) de este artículo hace referencia al acoso entre compañeros o hacia el empresario.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MELLADO, C. *et al.*: *Relaciones Laborales: Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Esquemas*, SALA FRANCO, T. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE; M. E.: *Derecho del trabajo*, 24ª ed., Civitas, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014.

ÁLVAREZ GIMENO, R.: “El acoso sexual en el trabajo: despido disciplinario y presunción de inocencia”, en Revista Doctrinal Aranzadi Social (revista electrónica), paráfrasis 11, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es.roble.unizar.es:9090/maf/app/document?docguid=I248b2e305e2b11dfa2ce010000000000&srguid=i0ad6adc600000168e0dc0def5fa83727&src=withinResuts&spos=14&epos=14&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las Causas del Despido Disciplinario en el Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Las Causas del Despido Disciplinario en la Jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 141-169.

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

GIL Y GIL, J. L., GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “El Despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), MARTÍN JIMÉNEZ, R. (coord.): *El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Aranzadi, 2004, pp. 69-321.

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

LUJÁN ALCARAZ, J., “Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido”, en GÁRATE CASTRO, J., (coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Universidad Santiago de Compostela (ed.), Santiago de Compostela, 1997, pp. 23-32.

MARÍN MALO, M.: La prevención del consumo de alcohol por parte de los trabajadores en la negociación colectiva de los años 2016 y 2017”, *Revista de Información Laboral* (revista electrónica), n 11, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es.roble.unizar.es:9090/maf/app/document?docguid=Icf459e00ca7511e7a398010000000000&srguid=i0ad6adc600000168e22f5fb5b8fe5809&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>

MONEREO PÉREZ, J. L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2017.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2018.

MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.: “Las ausencias al trabajo como causa de despido disciplinario” en MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M. *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013, p.101-180.

ROALES PANIAGUA, E.: “El acoso moral en el trabajo: causa inespecífica de despido”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (revista electrónica), paráfrasis 69, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010. Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadidigital.es.roble.unizar.es:9090/maf/app/document?docguid=I9528c0500d4311df81b4010000000000&srguid=i0ad82d9b00000168e10a543042bf5631&src=withinResuts&spos=15&epos=15&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>

TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Las causas del despido”, en TOLOSA TRIBIÑO, C., *Despido*, DAPP publicaciones jurídicas, Pamplona, 2010, pp. 107-181.

VIDAL LÓPEZ, P.: “El acoso sexual como causa de despido” en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi* (revista electrónica), n. 942, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

Disponible en:

<http://aranzadi.aranzadigital.es.roble.unizar.es:9090/maf/app/document?docguid=Ia8dd13c0920611e880bc01000000000&srguid=i0ad6adc600000168e0dc0def5fa83727&src=withinResuts&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#>

ANEXO JURISPRUDENCIAL

STS de 13 abril 1982 (RJ 1982/ 2441)
STS de 24 mayo de 1983 (RJ 1983/ 2412).
STS de 21 de mayo 1984 (RJ 1984/ 3050).
STS de 19 febrero de 1985 (RJ 1985/ 665).
STS de 26 febrero 1985 (EDJ 1985/ 1230).
STS de 4 marzo 1985 (RJ 1985/ 1269).
STS de 4 octubre 1985 (RJ 1985/ 4662).
STS de 6 febrero 1986 (RJ 1986/ 716).
STS 27 febrero 1986 (RJ 1986/ 944).
STS de 8 mayo 1986 (RJ 1986/ 2506).
STS de 19 mayo 1986 (RJ 1986/ 2575).
STS de 17 julio 1986 (RJ 1986/ 4171).
STS de 18 de julio 1986 (RJ 1986/ 4526).
STS de 21 julio 1986 (RJ 1986/ 4530).
STS de 30 septiembre 1986 (RJ 1986/ 5214).
STS de 13 noviembre 1986 (RJ 1986/ 6338).
STS de 17 noviembre de 1986 (RJ 1986/ 6687).
STS de 9 diciembre 1986 (RJ 1986/7294).
STS de 19 enero 1987 (RJ 1987/ 66).
STS de 29 enero 1987 (RJ 1987/ 177).
STS de 19 febrero 1987 (RJ 1987/ 1072).
STS de 26 febrero 1987 (RJ 1987/ 1125).
STS de 20 de marzo 1991 (RJ 1991/ 1884).
STS de 20 mayo 1987 (RJ 1987/ 3752).
STS de 2 junio 1987 (RJ 1987/ 4117).
STS de 6 junio 1987 (RJ 1987/ 4133).
STS de 2 julio 1987 (RJ 1987/ 5060).
STS de 24 septiembre 1987 (RJ 1987/ 6388)
STS de 28 septiembre 1987 (RJ 1987/ 6408).
STS de 30 de septiembre 1987 (RJ 1987/ 6436).
STS de 1 octubre de 1987 (RJ 1987/ 6795).
STS de 14 octubre 1987 (RJ 1987/6999).

STS de 25 enero 1988 (Roj: STS 302/ 1988).
STS de 4 mayo 1988 (RJ 1988/ 3549).
STS de 11 mayo 1988 (RJ 1988/3605).
STS de 1 julio 1988 (RJ 1988/ 5732).
STS de 31 de octubre 1988 (RJ 1988/ 8189).
STS de 13 de octubre 1989 (RJ 1989/ 7172).
STS de 18 noviembre 1989 (RJ 1989/ 8077).
STS de 22 noviembre 1989 (RJ 1989/ 8229).
STS de 28 noviembre 1989 (RJ 1989/ 8276).
STS de 28 diciembre 1989 (RJ 1989/ 9281).
STS de 13 febrero 1990 (RJ 1990/ 913).
STS de 23 febrero 1990 (RJ 1990/ 1215).
STS de 27 marzo 1990 (RJ 1990/ 2349).
STS de 3 de mayo 1990 (RJ 1990/ 3943).
STS de 10 mayo 1990 (RJ 1990/ 3992).
STS de 11 mayo 1990 (RJ 1990/ 4305).
STS de 24 septiembre 1990 (RJ 1990/ 7040).
STS de 20 noviembre 1990 (RJ 1990/ 8589).
STS de 10 diciembre 1990 (RJ 1990/ 9762).
STS de 23 enero 1991 (RJ 1991/ 172).
STS de 20 febrero 1991 (Roj: STS 956/ 1991).
STS de 16 marzo 1991 (RJ: 1991/ 1864).
STS de 10 diciembre 1991 (RJ 1991/ 9050).
STS de 9 de marzo 1994 (RJ 1994/ 2222).
STS de 29 de enero 2001 (RJ 2001/ 2069).
STS de 27 de junio 2001 (RJ 2001/ 6840).
STS de 26 septiembre 2007 (RJ 2007/ 7514).
STS de 26 diciembre 2007 (RJ 2008/ 1792).
STS de 5 febrero 2008 (RJ 2008/ 2582).
STS de 21 mayo 2008 (RJ 2008/ 4336).
STS de 19 julio 2010 (RJ 2010/ 7126).
STS de 31 enero 2011 (RJ 2011/ 922).
STS de 8 marzo 2011 (RJ 2011/ 932).
STS de 3 noviembre 2011 (RJ 2011/ 3494).

STS de 14 de julio 2015 (Roj: STS 3812/2015).
STS de 11 febrero 2016 (Roj: STS 1950/2016).
STS de 5 de mayo 2016 (Roj: STS 2351/ 2016).
STS de 22 diciembre 2016 (Roj: STS 5793/2016).
STS de 17 marzo 2017 (RJ 2017/ 1480).
STS de 21 septiembre 2017 (RJ 2017/ 4310).
STS de 8 febrero 2018 (RJ 2018/ 666).
STS de 7 marzo 2018 (Roj: STS 996/ 2018).
STS de 15 de marzo 2018 (Roj: STS 1244/2018)
STS de 24 de abril 2018 (Roj: STS 1795/2018).

ATS de 14 de junio 2004 (Roj: ATS 7670/2004).
ATS de 10 de febrero 2009 (Roj: ATS 2620/2009).