



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Máster de Acceso a la Abogacía

Dictamen Jurídico: Viabilidad del despido disciplinario.

Presentado por:

José Sanz Gil-Cepeda

Tutelado por:

Milagros Alonso Bravo

Valladolid, 15 de enero de 2021

ÍNDICE

ÍNDICE	2
1. INTRODUCCIÓN	3
2. INFORME JURÍDICO ACERCA DEL DESPIDO DE DON ANTONIO GÓMEZ ROJO.	4
2.1) VIABILIDAD JURÍDICA DE LA OPERACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS.....	4
2.1.1 Documentación aportada por la empresa.....	4
2.1.2 Fuentes de la relación laboral aplicables al caso.....	5
2.1.3. Antecedentes de hecho.....	5
2.1.4. Examen de los riesgos a los que se enfrenta la empresa.....	6
2.2) OBLIGATORIEDAD DE SOMETERSE A UN RECONOCIMIENTO MÉDICO	27
3. INFORME JURÍDICO ACERCA DEL DESPIDO DE D ^a . ANA CONDE GIL.	30
3.1) VIABILIDAD JURÍDICA DE LA OPERACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS.....	30
3.1.1 Documentación aportada por la empresa.....	30
3.1.2 Fuentes de la relación laboral aplicables al caso.....	31
3.1.3. Antecedentes de hecho.....	31
3.1.4 Viabilidad jurídica y riesgos de llevar a cabo la extinción.	32
3.2) REQUISITOS FORMALES A TENER EN CUENTA	42
3.3) PROPUESTA DE CARTA DE DESPIDO.....	45

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este Trabajo de Fin de Máster es, desde un punto de vista eminentemente práctico, analizar la consulta de una empresa respecto la viabilidad de un par de decisiones extintivas de empleo que quiere realizar.

Se trata de un asunto que he conocido mientras cumplía como pasante el período de prácticas curriculares del Máster de Abogacía en el despacho de abogados que me fue asignado al efecto. Para la realización de este dictamen jurídico que presento en forma de dos informes independientes he tenido acceso a una serie de documentación e información remitida por la empresa cliente del despacho al hacer esta consulta, sobre la que he trabajado apoyándome en la normativa vigente y la jurisprudencia.

En resumen, se trata de un estudio jurídico sobre los despidos de un par de trabajadores concretos en el que daré una respuesta a la pregunta de la empresa sobre la viabilidad del despido, el coste de la operación, además de responder de manera particular a cuestiones que la propia empresa dirigió al despacho en la consulta inicial sobre estos casos. Por tanto, el resultado de este Trabajo de Fin de Máster se presenta como un dictamen jurídico dividido en dos informes en los que se da respuesta a todas las dudas manifestadas por la empresa cliente del despacho.

2. INFORME JURÍDICO ACERCA DEL DESPIDO DE DON ANTONIO GÓMEZ ROJO.

2.1) VIABILIDAD JURÍDICA DE LA OPERACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

Este informe jurídico tiene por objeto el examen y análisis, desde el punto de vista jurídico-laboral, de la viabilidad de la intención de la empresa "XYZ, S.L." de extinguir la relación laboral de su trabajador Don Antonio Gómez Rojo. Dicho trabajador viene realizando su prestación laboral en "XYZ, S.L." como Oficial de 1ª dentro del Personal Administrativo.

Así, tras el análisis de la información y documentación que se ha facilitado por parte de la empresa, se van a analizar y exponer los riesgos en que podría incurrir la empresa a la hora de abordar, o no, dicho despido para emitir finalmente una opinión profesional a la vista de las conclusiones que se puedan extraer.

2.1.1 Documentación aportada por la empresa

Se ha remitido por parte del cliente una serie de documentación que ha sido analizada al objeto de extraer las conclusiones pertinentes:

- Nóminas del último año del trabajador
- Contrato de trabajo del trabajador

2.1.2 Fuentes de la relación laboral aplicables al caso

Para la elaboración del presente informe se ha prestado atención, entre otras, a las siguientes:

Leyes:

- -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.
- -Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Convenios Colectivos:

- -Convenio Colectivo para el periodo 2018-2020 del sector de la INDUSTRIA SIDEROMETALÚRGICA de Segovia (40000335011981).
- -Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (99003435011900).

2.1.3. Antecedentes de hecho

Para empezar esta parte central del dictamen jurídico, vamos a reproducir, de manera resumida, los hechos que nos han sido comunicados por la empresa que encarga la realización de este documento.

Según manifiestan los responsables de la empresa "XYZ, S.L.", se tiene la sospecha de que el trabajador Don Antonio Gómez Rojo acude con cierta habitualidad a su puesto de trabajo encontrándose bajo los efectos del alcohol y de diversos estupefacientes. Esto genera situaciones desagradables en el equipo de trabajo e incomodidad. Pese a todo, no puede decirse ni demostrarse que el rendimiento no sea el adecuado, cumpliendo de manera puntual y correcta con las tareas propias de su puesto en la empresa. De manera excepcional ha existido algún episodio no violento en el que su actitud hacia los compañeros no ha sido la

correcta, si bien no ha sido sancionado por ello ni se ha presentado queja alguna a la Dirección de la empresa.

También se manifiesta por parte de la empresa que Don Antonio no cuida en absoluto su aspecto e higiene personal, siendo habitual que se incorpore a trabajar emanando un olor fuerte y repelente. Se indica que Don Antonio no ha sido nunca sancionado ni apercibido por estas conductas.

Además, según informa la empresa, el trabajador no se encuentra afiliado a ningún sindicato ni ostenta el cargo de representante de los trabajadores.

Sintetizando, la empresa tiene la intención de extinguir el contrato de Don Antonio apoyándose en su toxicomanía y embriaguez habitual y en su deficiente higiene personal.

2.1.4. Examen de los riesgos a los que se enfrenta la empresa.

Entrando ya a examinar la viabilidad en términos jurídicos de este despido, cabe adelantar desde este momento, sin perjuicio de un posterior análisis más profundo, que a la luz de los hechos tal y como nos han sido transmitidos por la empresa, nuestro análisis va a recaer en un tipo concreto de despido, como es el despido disciplinario. Así, la normativa de base que ha de observarse es la que se encuentra contenida en los artículos 54, 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores. De manera más específica, va a prestarse especial atención a lo dispuesto en el capítulo del Convenio Colectivo de aplicación relativo al régimen disciplinario.

Despido disciplinario: concepto

Tal y como puede extraerse de la lectura del artículo 54.1 del ET, el despido disciplinario es la extinción del contrato de trabajo por una decisión del empleador que debe estar basada en un incumplimiento grave y culpable del empleado.

Para que el empresario pueda ejercer su facultad disciplinaria deben darse unos requisitos:

- Que la falta esté tipificada, prevista en la ley o el convenio colectivo.
- Que sea merecedora de la sanción del despido, esto es, se trate de un incumplimiento grave y culpable de una entidad suficiente.

En el caso objeto de este apartado del dictamen jurídico, la empresa estaría sancionando con el despido los incumplimientos contractuales que están preceptuados en el artículo 54.2 letra f) del Estatuto de los Trabajadores relativo a la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

Debemos también, como se ha adelantado antes, prestar atención al Convenio Colectivo aplicable. En este caso se da la concurrencia del convenio de ámbito estatal y el provincial. Apoyándonos en el artículo 84.4 del Estatuto de los Trabajadores, encontramos que la materia que nos interesa a efectos de tipificar la falta cometida por el trabajador (régimen disciplinario) se encuentra reservada al convenio estatal, reserva que preceptúa el convenio estatal en su artículo 11.

Así debemos acudir al Capítulo XIII del Convenio estatal del metal, que establece el régimen disciplinario (el convenio provincial recoge en su Título XI un “Código de Conducta Laboral que recoge un contenido idéntico al del Régimen Disciplinario del estatal).

El artículo 60 letra l) tipifica como falta leve: La embriaguez o consumo de drogas no habitual en el trabajo.

El artículo 61 letra f) tipifica como falta grave: La falta de aseo y limpieza personal que produzca quejas justificadas de los compañeros de trabajo y siempre que previamente hubiera mediado la oportuna advertencia por parte de la empresa.

También como falta grave se tipifica en la letra m) del mismo artículo: La embriaguez o el estado derivado del consumo de drogas aun siendo ocasional, si

repercute negativamente en su trabajo o constituye un riesgo en el nivel de protección de la seguridad y salud propia y del resto de las personas.

Como falta muy grave, dentro de las faltas tipificadas en las que, a priori, podrían encajar los hechos relatados, encontramos en el artículo 62 letra k): La reincidencia en falta grave, aunque sea de distinta naturaleza, siempre que las faltas se cometan en el período de dos meses y haya mediado sanción.

En cuanto a las sanciones aplicables a dichas infracciones, según el artículo 63 del convenio:

“Las sanciones máximas que podrán imponerse por la comisión de las faltas señaladas son las siguientes:

a) Por faltas leves.

– Amonestación por escrito.

b) Por faltas graves.

– Amonestación por escrito.

– Suspensión de empleo y sueldo de dos a veinte días.

c) Por faltas muy graves.

– Amonestación por escrito.

– Suspensión de empleo y sueldo de veintiuno a sesenta días.

– Despido.”

2.1.3.1 Riesgo de declaración de improcedencia

Aterrizando ya en el caso concreto, debemos detenernos en primer lugar en los requisitos del artículo 54.2 letra f) a fin de determinar si el incumplimiento contractual del trabajador en este caso forma parte de ese tipo de incumplimientos graves y culpables que habilitan al empresario para recurrir al despido disciplinario: La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

A este respecto, y antes de analizar con más detenimiento los requisitos que establece el régimen disciplinario del Convenio Colectivo, es fácil apreciar cómo esta causa de despido está compuesta por dos elementos: La habitualidad y la repercusión negativa en el trabajo. Se exige la concurrencia de ambos requisitos de forma acumulativa¹. Ya que, la no concurrencia de ambos va a suponer la improcedencia del despido.

-Respecto a la habitualidad. Para que la toxicomanía y la embriaguez sean capaces de conllevar el despido disciplinario deben ser habituales. Y corresponde al empleador la prueba de esa situación persistente.

La jurisprudencia ha definido el concepto de habitualidad al delimitar que su concurrencia comporta:

“Una persistencia, un cierto enraizamiento en la vida del individuo, es decir, una más o menos continuidad en la práctica de que se trate, aunque con intervalos más o menos regulares, no siendo suficiente con su ocurrencia en contadas ocasiones para configurarla como causa justificada de despido disciplinario. La embriaguez debe denotar, por tanto, un hábito en el comportamiento del trabajador, una costumbre adquirida por la repetición de actos de la misma especie. Lo sancionado no es beber de manera habitual sino la embriaguez habitual, siendo

¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 20 de enero de 2004 lo expresa: “*Se precisa de forma acumulativa la concurrencia de un consumo habitual y una repercusión negativa en el trabajo*”.

claro que esta equivale al hecho de embriaguez con frecuencia. En nuestro derecho positivo no se tipifica la noción de habitualidad a través de la fijación del número de veces en las que se ha de ejecutar el hecho, sino que es suficiente con una efectiva constatación de la asiduidad en la embriaguez.

La asiduidad queda acreditada de forma diferente en la jurisprudencia dependiendo de las circunstancias del caso y uno de los modos más frecuentes de manifestarse se encuentra en el hecho de reincidir el trabajador en la conducta de embriaguez después de haber sido ya sancionado por ello o advertido de las consecuencias que de esa actitud pueden derivarse”².

De manera que el empresario debe probar que esa embriaguez o toxicomanía se produce de manera reiterada, por lo que cabe deducir, sensu contrario, que el consumo o intoxicación ocasional no es determinante de una adicción y tampoco de la causa preceptuada en el artículo 54.2 f) del Estatuto de los Trabajadores³.

Debe tenerse en cuenta cómo el requisito de habitualidad puede quedar debilitado y ser objeto de un examen no tan riguroso por parte de los órganos jurisdiccionales del orden social en determinados casos atendiendo a la peligrosidad y otras características del puesto de trabajo. Así, lo señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid: “En determinados ámbitos, la embriaguez puede ser causa de despido sin necesidad de la habitualidad, dado el peligro que supone, como por ejemplo, sucede en la profesión de conductor, lo cual puede suceder también en otras actividades cuyas características añaden gravedad a la conducta del trabajador, de manera que los estados de embriaguez y toxicomanía van a

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 17 de Junio de 2004

³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 11 de mayo de 1992, que establece que un consumo ocasional no es determinante de una adicción o toxicomanía: “el hecho de que una aislada prueba analítica haya arrojado resultado positivo a la cocaína, en absoluto es determinante de la adicción del sujeto a semejante droga, siendo de señalar que forma parte de la composición de determinados fármacos cuya ingestión puede producir similar resultado y que, por otra parte, el consumo ocasional no puede llevar aparejada tan grave consecuencia como la pérdida del puesto de trabajo”.

operar con más rigor para determinadas profesiones actuando en las mismas independientemente de la habitualidad".⁴

En dicho caso, el despido podría fundarse en la transgresión de la buena fe contractual tipificada en el artículo 54.2.f) del Estatuto. Se trataría de justificar el despido apoyándonos en una causa diferente

Así, en palabras de la STSJ Castilla y León: "Por lo que se refiere a la característica de habitualidad que el artículo 54.2.f del Estatuto de los Trabajadores exige para la tipificación de la falta laboral susceptible de sanción de despido, ha de entenderse que la misma se refiere en general a la embriaguez como perturbadora del correcto desarrollo de la prestación laboral, pero no impide que la conducta aislada consistente en el trabajo en condiciones de intoxicación etílica o por otras sustancias pueda configurar un ilícito de gravedad suficiente para justificar un despido cuando por su entidad y circunstancias encaje en el supuesto previsto en la letra d del artículo 54.2 (transgresión de la buena fe contractual). Esto sucede cuando la situación de embriaguez o toxicomanía se produzcan en situaciones concretas que pongan en especial riesgo la vida y la integridad física de los trabajadores de la empresa o de terceros, comprometiendo incluso con ello la posible responsabilidad patrimonial de la empresa, o incluso en determinados supuestos cualificados de peligro para los bienes materiales , puesto que en tales supuestos no estamos ante una mera falta de producción o disminución del rendimiento, sino ante la generación de un riesgo grave que toda empresa está obligada a evitar adoptando cuantas medidas sean precisas para ello. Un supuesto claro de este tenor es el caso del trabajador que, teniendo funciones que implican la conducción de vehículos, las desarrolla bajo los efectos del alcohol o de otros tóxicos, poniendo en peligro cierto su propia vida, los bienes cuya custodia tiene encomendada (el camión y su carga) y la vida e integridad física de otros usuarios de las vías públicas , con la consiguiente responsabilidad empresarial en el caso

⁴ Sentencia 8097/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 2018.

de materialización de los daños , siempre y cuando el grado de afectación revista entidad suficiente para ello, como aquí sucede.”⁵

No obstante, y tratándose de un trabajador que desarrolla funciones de tipo administrativo, no va a ser posible en este caso entender que quepa aplicar un menor rigor en la interpretación del criterio de habitualidad, ya que no puede hablarse de un riesgo o puesta en peligro de su vida o la de los demás ni de la producción de daño alguno que, de hecho, y tal y como refiere la empresa, no se ha producido. También sería difícil alegar una puesta en peligro de la responsabilidad patrimonial de la empresa, así como hacer alusión a algún daño potencial que, en ningún caso, eximiría a la empresa de probar esa situación de embriaguez del trabajador y relacionarla con ese peligro para las personas o para el patrimonio de la empresa

Por tanto, debe cerrarse este pequeño inciso sobre la posibilidad de justificar el despido de este trabajador en otra causa diferente concluyendo que no va a poder fundarse el despido en la transgresión de la buena fe contractual.

De modo que, regresando al requisito del elemento de la habitualidad, debe observarse cómo en el presente caso, la empresa que solicita este concreto asesoramiento jurídico no dispone de una contabilidad de las ocasiones en que el trabajador ha sido advertido de su comportamiento.

Además, reconoce que nunca ha sancionado al trabajador por tales hechos, ni siquiera con una amonestación por escrito. Teniendo esto en cuenta, y pese a que la conducta de Don Antonio pudiera ser calificada de “habitual” en algún sentido, la empresa encontraría graves problemas de prueba si decide llevar a cabo su decisión de despedir al trabajador, ya que en el caso de que éste impugnara dicho despido, tal decisión empresarial se vería abocada a un pronunciamiento judicial que declarase su improcedencia.

⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 19 de diciembre 2005, recurso 2164/2005

En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de mayo de 1986:

“Si el recurrente no consta las veces que se ha presentado en su puesto de trabajo embriagado ni su intensidad, ni cuál haya sido su repercusión negativa en su puesto de trabajo, así como la inexistencia de otras sanciones que las de advertencia, a lo que procede sumar el número de años que lleva al servicio la demandada, todo ello hace que prospere el motivo para declarar, por tanto, el despido del actor improcedente”.⁶

Y más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha declarado la improcedencia del despido basado en esta misma causa al entender insuficiente el hecho de que el trabajador desprenda un fuerte olor a alcohol ya que ello “ni significa inexorablemente que hubiera bebido, ni mucho menos que, de haberlo hecho, hubiera influido en su trabajo (y es desde tal punto de vista desde el que se entiende la alusión de la juzgadora de instancia a la trascendencia de la falta de aportación de las grabaciones de seguridad de la nave que permitirán contrastar los testimonios con la actuación del trabajador que critica el recurso, postura empresarial que entra dentro de los elementos de convicción, concepto más amplio que el de medios probatorios)”⁷.

Por tanto, encontramos que en este caso la empresa va a tener graves problemas para acreditar la embriaguez del trabajador y, por supuesto, la habitualidad de la misma siendo ésta, como ya se ha señalado, un requisito imprescindible para poder entender la conducta del trabajador como merecedora de la sanción del despido.

⁶ Sentencia 858/1986 del Tribunal Supremo de 29 de mayo.

⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 30 de septiembre 2019 (rec. 576/2019)

-Respecto del requisito de la repercusión negativa en el trabajo. Aunque el análisis efectuado hasta el momento ya es suficiente para concluir la improcedencia a la que se vería abocada la decisión del despido, aún cabe examinar la concurrencia del referido segundo requisito.

El Estatuto de los Trabajadores exige que la conducta no sólo sea habitual, sino que también tenga una repercusión negativa en el trabajo. En palabras del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco: “la repercusión negativa en el trabajo pueda darse bien porque se realiza menos trabajo del encomendado o cuando se lleva a cabo una ejecución defectuosa, tomando como parámetro la profesión habitual, lo que no equivale a las concretas labores que desempeña el trabajador normalmente y ni tan siquiera a las de su categoría profesional⁸”.

Por tanto, no puede admitirse de manera mecánica⁹ que la embriaguez habitual o la toxicomanía tengan una repercusión negativa en el trabajo, tampoco por afectar a la imagen profesional de la empresa.

Volviendo a la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria: “La habitualidad no es suficiente a efectos del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores como causa justificativa del despido, sino que es preciso que el alcoholismo tenga consecuencias perjudiciales en el trabajo. No basta, desde luego, con cualquier tipo de consecuencia, por leve que sea ésta. Lo esencial es que se trate de consecuencias de cierta entidad, gravedad o persistencia¹⁰”. De los hechos referidos por la empresa resulta constatable la ausencia de cualquier repercusión negativa en forma de consecuencias de una cierta entidad merecedora de aplicar la sanción del despido disciplinario.

⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 14 de febrero de 2006

⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Alfonso (2009): “*El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*” Lex Nova, Valladolid, p. 55.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 99/2004, de fecha 17 de Junio de 2004.

De manera que deberá el empresario probar esa afectación que se concreta en una disminución del rendimiento. La jurisprudencia ha encontrado la manifestación de esa repercusión negativa en casos como los siguientes:

- La realización de menos trabajo o una disminución en el rendimiento del trabajador: En palabras del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: “Dicha repercusión se puede manifestar de diferentes maneras pero, en general, casi todas ellas implican una disminución del rendimiento, porque se realiza menos trabajo del encomendado o se lleva a cabo una ejecución defectuosa.”¹¹

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León encuentra que se produce tal repercusión negativa en el trabajo desarrolla menos trabajo del encomendado o lo realiza de manera deficiente: “La repercusión negativa en el trabajo puede darse bien porque se realiza menos trabajo del encomendado o cuando se lleva a cabo una ejecución defectuosa.”¹²

Tal y como resulta evidente de la información transmitida por la empresa cliente en su consulta, no existe en este caso una repercusión negativa en el sentido de realización de un volumen de trabajo inferior al normal, ni tampoco una realización deficiente del mismo. Por lo que tampoco va a poder probar el empleador este punto.

- Problemas de convivencia: En este sentido, sentencias como la ya citada del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 2004 encuentran la manifestación del requisito de la repercusión negativa en el trabajo en la alteración de la convivencia en la empresa y la realización de ofensas verbales hacia los compañeros de trabajo:

¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Málaga, de fecha 9 de junio de 2000.

¹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 25 de noviembre de 2004.

“Concorre, pues, el requisito de habitualidad ya que el actor ha reincidido en una conducta por la que fue anteriormente sancionado y fue advertido de las consecuencias que podía derivarse de esa actitud. Y también se da el segundo requisito, relativo a la repercusión negativa en el trabajo, (...) es más, esa repercusión negativa en el trabajo se desprende, igualmente, de su comportamiento el día 12 de mayo, ya que dicho estado le llevó a efectuar una serie de ofensas verbales y vejatorias frente a sus compañeros de trabajo y al Delegado de Personal.”¹³

En este caso, no se ha producido ningún incidente reseñable en este sentido, la empresa no refiere la producción de ningún incidente de este tipo.

- Riesgo de accidente: Dicha repercusión negativa puede concretarse también en el incremento del riesgo de que se produzca un accidente de trabajo en atención a las características de la actividad laboral desempeñada por el trabajador.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia: “Se da el segundo requisito, relativo a la repercusión negativa en el trabajo, desde el momento en que existe un riesgo potencial de que se produzca un accidente laboral o lesión para él o tercera persona, debido a las características del puesto de trabajo desempeñado, realización de trabajos de encofrado y manejo de grúa en el sector de la construcción”.¹⁴

Ya se ha comentado anteriormente que un trabajo administrativo como el de este trabajador no comporta un especial riesgo de accidente, por lo que tampoco desde este punto de vista va a poderse justificar la repercusión negativa.

Además, tampoco vamos a poder probar tal repercusión negativa apoyándonos en una habitualidad que, ya se ha analizado, tenemos problemas para demostrar. Ya

¹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 99/2004, de fecha 17 de Junio de 2004

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 15 octubre de 2003

que, si bien existe una postura jurisprudencial que entiende que “si el trabajador se embriaga frecuentemente, esta circunstancia necesariamente va a repercutir de un modo desfavorable en el trabajo”¹⁵. Hemos de tener en cuenta que, en el caso objeto del presente dictamen, no se ha podido probar la habitualidad de dicha embriaguez y que, en palabras del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: “La embriaguez aislada no repercute en el trabajo.”¹⁶. Por tanto, no va a poder acreditarse la repercusión negativa apoyándonos es una habitualidad que tampoco va a poder probarse.

En adición a lo anterior, si se acude a la tipificación de las faltas en el convenio colectivo estatal, aún se puede encontrar un requisito extra que va a restringir todavía más las opciones del empresario para sancionar con la conducta del trabajador con el despido disciplinario.

El artículo 61 letra m) tipifica la embriaguez y el consumo de drogas como falta grave y, por tanto, no acreedora de la sanción del despido según el artículo 63 de dicho texto. Se tipifica como falta muy grave (ante la que sí cabría la sanción máxima del despido) la reincidencia en falta grave con el requisito de que se hayan cometido en el período de dos meses y de que haya mediado sanción.

Esto es, el convenio colectivo requiere la existencia de una sanción previa para acreditar dicha reincidencia. Como ya se ha dicho, no consta que “XYZ, S.L.” haya sancionado a Don Antonio por la conducta, en virtud de la cual, ahora quiere despedirle.

De todo lo expuesto hasta ahora cabe deducir que **la intención de despedir disciplinariamente** a Don Antonio por motivo de su embriaguez o consumo de estupefacientes estaría **destinada a un pronunciamiento que declarase dicho despido como improcedente** en caso de que el trabajador impugnase dicha decisión del empresario.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 9 de junio de 2000

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 12 de Junio de 2001

Respecto a las alusiones que la empresa hace sobre la deficiente higiene personal del trabajador, ya se ha referido anteriormente cómo el artículo 61 letra f) tipifica como falta grave “la falta de aseo y limpieza personal que produzca quejas justificadas de los compañeros de trabajo y siempre que previamente hubiera mediado la oportuna advertencia por parte de la empresa”.

En este caso, para poder sancionar al trabajador debe haber mediado una advertencia por parte de la empresa (advertencia que no nos consta si se ha hecho por parte de la dirección de la empresa) no pareciendo suficientes las quejas de los compañeros para poder sancionar.

En cualquier caso, y tratándose de una falta grave, lo máximo que cabe aplicar es una suspensión de empleo y sueldo de 20 días pero no el despido disciplinario.

A la vista de lo expuesto, es fácil concluir que **no concurren los requisitos** que Estatuto de los Trabajadores, la jurisprudencia y el convenio colectivo exigen **para llevar a cabo el despido**. Por este motivo, existe **un riesgo muy elevado de que el despido sea declarado improcedente**.

2.1.3.2 Sobre la posible declaración de nulidad del despido

Por último, una vez analizado el elevado riesgo a que se enfrenta la empresa de que recaiga un pronunciamiento que declare la improcedencia del despido, si finalmente decide llevar a cabo dicha decisión extintiva, merece la pena comentar brevemente una consecuencia, bastante más remota, que podría desprenderse del despido disciplinario de Don Antonio si éste impugnase tal decisión empresarial.

La empresa que solicita asesoramiento jurídico-laboral sobre este asunto se pregunta si no podría ser nulo este despido. Es interesante dedicar unas líneas a esta posible consecuencia de llevar a cabo el despido, ya que, a priori, no es posible desechar del todo la posibilidad de que la jurisdicción social entienda que

el despido es nulo por haberse vulnerado los derechos fundamentales del trabajador.

Para entender que con un despido así se vulneran derechos fundamentales deben conceptualizarse el alcoholismo y la drogadicción como enfermedades. Debe advertirse que con la información con la que cuenta la empresa no puede afirmarse que estemos ante uno de estos casos de enfermedad, ya que no es lo mismo estar bajo los efectos de esas sustancias que padecer una adicción a tales sustancias.

De esta forma, y asumiendo que se está frente a un trabajador enfermo, el debate debe responder a la pregunta de si despedir a un trabajador enfermo simplemente con motivo de su enfermedad es una decisión que vulnera el artículo 14 de la Constitución Española, al tratarse de un actuación discriminatoria y contraria al principio de igualdad.

El Tribunal Supremo, en sentencia 27 de enero de 2009, recurso 602/2008 examinando el supuesto en el que se procede al despido de un trabajador alegando falta de rendimiento, cuando la causa real eran las situaciones de Incapacidad Temporal que venía presentando, ha concluido que la enfermedad no es equiparable a discapacidad, a efectos de discriminación, por lo que el despido debía ser calificado de improcedente y no nulo:

"Como dice nuestra sentencia de 29 de enero de 2001, la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, "pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta". Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que "históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas"

Este elemento de segregación, en palabras del Tribunal Constitucional, se trata de "determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas" que han situado a "sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE".¹⁷

El Alto Tribunal en la citada sentencia de 29 de enero de 2001 ha resuelto que "la enfermedad desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la CE [si bien] pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación"

En un pronunciamiento más reciente, el Tribunal Supremo, ha resuelto un caso parecido al que es objeto de este informe puntualizando que un despido de este tipo debe considerarse improcedente y no nulo, "salvo en los supuestos en que concurren el elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad con independencia de razones distintas que permitan poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador"¹⁸

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1988 de 26 de Septiembre de 1988.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 366/2016 de 3 de mayo de 2016: "El elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato sino, al contrario, la empresa ha tenido en cuenta que la trabajadora y sus otras compañeras en la misma situación de IT no eran aptas para desarrollar su trabajo, por lo que procedió a despedirlas, a fin de que pudieran ser sustituidas por otras personas y garantizar así la productividad y la continuidad del servicio. No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio".

Por ello, “no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE”¹⁹

Así, siguiendo con el razonamiento del Tribunal Supremo, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes²⁰.

A nivel comunitario se ha producido un debate al respecto. En resumen, se trata de si debe conceder a la enfermedad la protección contra la discriminación que reconoce a la discapacidad la Directiva 2000/78.

Ya desde la Sentencia sobre el Asunto Chacón Navas, el TJUE entiende que el hecho de que se use en la Directiva el término discapacidad y no el de enfermedad “hace ver que no cabe equiparar uno y otro concepto”, argumentando en su apartado 54 que “ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal”.²¹

En la sentencia del Caso Ring (TJUE de 11 de abril de 2013) el TJUE insiste en que no cabe equiparar “de forma pura y simple” enfermedad y discapacidad,

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 366/2016 de 3 de mayo de 2016.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 366/2016 de 3 de mayo de 2016.

²¹ Sentencia del TJUE de 11 julio 2006 2006/192 asunto C-13/05.

pero da un paso más extendiendo los efectos de la referida directiva Comunitaria a las “enfermedades de larga duración”:

“Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.”²²

En el caso Daoudi (STJUE de 1 de diciembre 2016, C-395/15), el TJUE perfila aún más la cuestión al responder a una cuestión prejudicial del Juzgado de los Social n.º 33 de Barcelona en el caso de un despido disciplinario de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal tras un accidente laboral.

El TJUE señala que “el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera»”²³

Para analizar el carácter duradero de esa limitación, el Tribunal considera estos indicios:

- Que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo; o
- Que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

²² Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 asuntos C-335/11 y C-337/11

²³ Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15.

A la vista de todo lo anterior, y teniendo en cuenta que en este caso no estamos hablando ni siquiera de un trabajador en situación de incapacidad temporal (por tanto, difícilmente puede hablarse de un trabajador enfermo), no concurren los elementos que la jurisprudencia entiende necesarios para poder equiparar enfermedad a discapacidad. El trabajador se encuentra realizando su prestación laboral con normalidad, sin encontrar ninguna “limitación” que se lo impida. No nos encontramos ante un caso en el que pueda hablarse de un trabajador “discapacitado” en el sentido de la Directiva 2000/78, y por tanto, **no hay un riesgo significativo de que recaiga un pronunciamiento que declare la nulidad del despido** por discriminatorio por razón de discapacidad.

2.1.3.3 Traducción económica de dichas consecuencias.

En caso de que recaiga un pronunciamiento que declare el despido como improcedente, “XYZ, S.L.”, según el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, debería optar entre:

-Readmitir al trabajador abonando los salarios de tramitación (una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación)

-El abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.²⁴

Se ha descartado la posibilidad de que recaiga un pronunciamiento que determine la nulidad del despido, pero no está de más señalar que en el caso de que así fuera, la consecuencia sería la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación además de la eventual indemnización por el daño moral consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales del trabajador²⁵.

Para traducir estas expresiones a una cuantía económica, debemos partir de la estructura salarial establecida en el Convenio Colectivo del Metal de la provincia de Segovia, así como a las tablas salariales actualizadas para el año 2020 teniendo en cuenta el salario regulador al momento del despido y el tiempo de prestación de servicios.

²⁴ No se aplica la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012 al haberse incorporado el trabajador a la empresa con posterioridad al 12 de febrero de 2012.

²⁵ Artículo 183.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: “Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

- -Tiempo de prestación de servicios en la empresa. Del 2 de mayo de 2014 hasta 2 de octubre de 2020: 6 años, 5 meses y 1 día.
- -Salario regulador de la indemnización: Éste no es el que el trabajador cobraba al momento de ser despedido, sino el que tenía derecho a cobrar, ya que se ha observado que no se ha actualizado el salario a las tablas de 2020.

Atendiendo al convenio colectivo y a las nóminas del trabajador, las partidas salariales de Don Antonio según su categoría profesional es:

- -Salario Base mensual: 1.399,66€
- -Plus de asistencia: 2,12€ por día trabajado. Habiendo 273 días trabajados al año, la cuantía mensual sería:

$$2,12€ * 273 \text{ días} / 12 \text{ meses} = 48,23 \text{ euros al mes}$$

- -Pagas extraordinarias. Son dos pagas extraordinarias, en julio y Navidad, en la cuantía de 30 días de salario base y "antigüedad consolidada". En este caso el trabajador no percibe antigüedad al haberse incorporado a la empresa con posterioridad al acuerdo de 1997, según el artículo 30 del convenio colectivo.

$$\text{La prorrata de las pagas extras equivaldría a: } 1.399,66€ * 2/12 = 233,27 \text{ €}$$

De forma que el salario mensual prorrateado serían:

$$1.399,66 + 48,23 + 233,27 = 1.681,16 \text{ euros al mes}$$

$$\text{Equivalentes a } (1.681,16€ \times 12 \text{ meses}) = 20.174 \text{ € al año}$$

Resultando (20.174 €/365=) 55,27 €/ al día.

Por tanto, para calcular la indemnización en caso de improcedencia, el cálculo es:

- 6 años (por 33 días) = 198 días
- 5 meses (por 33/12) = 13,75 días
- 1 mes (por 33/12) = 2,75 días

Haciendo un agregado de 214,5 días

214,5 días multiplicado por 55,27 €/ al día equivale a 11.855,41 € (cuantía que resulta inferior al máximo de 24 mensualidades que fija el artículo 56 del Estatuto)

Así, el **riesgo de la declaración e improcedencia** equivale a un total de **11.855,41€.**

2.2) OBLIGATORIEDAD DE SOMETERSE A UN RECONOCIMIENTO MÉDICO

Dentro de la consulta, la empresa cliente nos plantea la posibilidad de someter -de manera obligatoria- al trabajador a un reconocimiento médico.

Para resolver este punto de la consulta planteada, se ha de partir de lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En dicha norma jurídica se establece en que supuestos resulta obligatorio el someterse a un reconocimiento médico.

En concreto es el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales el que preceptúa que el empresario debe garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud.

No obstante, el mismo artículo exige la necesidad de que medie el consentimiento del trabajador para poder realizar tal reconocimiento. Dicha voluntariedad es acorde con la protección que el artículo 18 de la Constitución Española hace de la intimidad personal del trabajador, en este caso.

La voluntariedad del reconocimiento médico esta exceptuada por la propia LPRL en una serie de supuestos²⁶:

a) cuando su realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores,

b) cuando su realización sea necesaria para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa

²⁶

Artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

c) cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Merece la pena citar lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de marzo del 2018 resolviendo que la voluntariedad decae “ante un interés preponderante como es el de la integridad física o la salud de otros empleados o de terceras personas”.

Así, el Tribunal Supremo establece que tal voluntariedad “«no implica la existencia de un derecho absoluto a mantener un estado de opacidad de las condiciones de salud del individuo. La norma que protege su intimidad impone, al mismo tiempo, sacrificios a la misma cuando la negativa a someterse a los reconocimientos médicos puede colisionar con otros derechos básicos y fundamentales o con otros bienes jurídicamente protegidos, esto es, cuando debe primar el derecho a unas condiciones de salud y seguridad en el medio laboral que permitan garantizar un trabajo sin riesgos y, cuando para ello, se revele el reconocimiento médico como imprescindible.”

Siguiendo el razonamiento del Tribunal Supremo en la citada sentencia, debe tenerse en cuenta que las excepciones del artículo 22 de la LPRL reproducidas anteriormente “deben ser interpretadas restrictivamente, pero también, en función de los riesgos inherentes al trabajo”.

Así, en palabras del Tribunal Superior de Justicia de Asturias: La pauta general de actuación impuesta legalmente es clara: el reconocimiento médico de un trabajador sólo puede llevarse a efecto con su consentimiento. Por más que la empresa recurrente intente ampliar el sentido de las excepciones, no puede subordinar a éstas la regla general, lo que supondría prácticamente dejarla sin contenido real; al contrario, la salvaguarda del derecho a la intimidad de los

trabajadores impone que las excepciones sean operativas únicamente cuando concurren, y así se acredite, las circunstancias determinantes de su vigencia.²⁷

Esa misma sentencia, ante un caso en el que la empresa quería someter a todos los trabajadores tras una baja laboral prolongadas a un reconocimiento médico, resuelve que tal medida no puede calificarse de imprescindible “ ya que ha de presumirse que el alta médica recibida responde a una valoración especializada sobre la recuperación por el trabajador de su capacidad laboral en condiciones que le permitan afrontar con seguridad para sí, sus compañeros de trabajo y terceros los requerimientos físicos-psíquicos del puesto de trabajo”.

En el caso objeto del presente dictamen, ni siquiera se ha producido ninguna baja por motivo de incapacidad temporal que induzca a pensar que el trabajador no se encuentre en condiciones de afrontar con seguridad los requerimientos de su prestación laboral.

Además, poniendo atención en el tipo de tareas -administrativas- que realiza el trabajador y el bajo riesgo de accidente laboral asociado a las mismas, es claro que no nos encontramos ante ninguno de los supuestos exceptuados, por lo que Don Antonio no podrá ser sometido a un reconocimiento médico si no media su consentimiento.

En cualquier caso, en el apartado referente al despido ya se ha aclarado que el consumo de drogas o la intoxicación etílica, en sí mismas, no son suficientes para poder proceder al despido disciplinario del artículo 54.2 letra f) del Estatuto.

Con lo que, un reconocimiento médico que revelase que el trabajador ha consumido una determinada sustancia estupefaciente no resolvería el problema de prueba que tiene la empresa que convierte el hipotético despido del trabajador en improcedente.

²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 9 de noviembre 2007 (rec. 2651/2007)

3. INFORME JURÍDICO ACERCA DEL DESPIDO DE D^a. ANA CONDE GIL.

3.1) VIABILIDAD JURÍDICA DE LA OPERACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS.

Este informe jurídico tiene por objeto el examen y análisis, desde el punto de vista jurídico-laboral, de la viabilidad de la intención de la empresa “XYZ, S.L.” de extinguir la relación laboral de su trabajadora D^a Ana Conde Gil. Dicha trabajadora viene realizando su prestación laboral en “XYZ, S.L.” como Directora Administrativa de la empresa.

Así, tras el análisis de la información y documentación que se ha facilitado por parte de la empresa, se van a analizar y exponer los riesgos en que podría incurrir la empresa a la hora de abordar, o no, dicho despido para emitir finalmente una opinión profesional a la vista de las conclusiones que se puedan extraer.

3.1.1 Documentación aportada por la empresa

Se ha remitido por parte del cliente una serie de documentación que ha sido analizada al objeto de extraer las conclusiones pertinentes:

- Contrato de trabajo de la trabajadora.
- Nóminas del último año.
- Comentarios de la trabajadora en diferentes perfiles de sus redes sociales.

3.1.2 Fuentes de la relación laboral aplicables al caso

Para la elaboración del presente informe se ha prestado atención, entre otras, a las siguientes:

Leyes:

- -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.
- -Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Convenios Colectivos:

- -Convenio Colectivo para el periodo 2018-2020 del sector de la INDUSTRIA SIDEROMETALÚRGICA de Segovia (40000335011981).
- -Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (99003435011900).

3.1.3. Antecedentes de hecho.

Para empezar esta parte central del dictamen jurídico, vamos a reproducir, de manera resumida, los hechos que nos han sido comunicados por la empresa que encarga la realización de este documento.

La empresa “XYZ, S.L.” ha comprobado cómo la trabajadora Doña Ana Conde Gil ha realizado múltiples comentarios en sus redes sociales de contenido ofensivo contra sus compañeros y todo el personal de la empresa que han sido causantes de un grave menoscabo a la imagen de la empresa. Tales comentarios han sido realizados fuera del horario laboral de la trabajadora y con cierta frecuencia temporal.

La organización ha tenido noticia de los comentarios mediante la creación de un perfil anónimo en diferentes redes sociales en las que esta trabajadora tiene un perfil de usuario. La trabajadora cuenta con varios perfiles en diferentes redes sociales, algunos de esos perfiles son públicos y otros requieren de la autorización de la trabajadora para acceder a ellos (solicitud de amistad).

Además, según informa la empresa, la trabajadora no se encuentra afiliado a ningún sindicato ni ostenta el cargo de representante de los trabajadores.

3.1.4 Viabilidad jurídica y riesgos de llevar a cabo la extinción.

Al igual que en el anterior informe, la figura a la que la empresa debería acudir en este caso para extinguir su relación con la señora Conde Gil es el despido disciplinario.

En este supuesto, "XYZ, S.L." debería sancionar con el despido disciplinario los incumplimientos contractuales (graves y culpables) contenidos en los artículos 54.2 letras c) y d) del ET relativos a las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, y a la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Una vez más, debe hacerse referencia al Convenio Colectivo aplicable, cuyo apartado referido al régimen disciplinario recoge las siguientes infracciones que podrían resultar aplicables al caso:

-El artículo 61 letra l) del Convenio Colectivo tipifica como falta grave las ofensas puntuales verbales o físicas, así como las faltas de respeto a la intimidad o dignidad de las personas por razón de sexo, orientación o identidad sexual, de nacimiento, origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

-El artículo 61 letra c) tipifica como falta muy grave el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y el hurto o robo, tanto a sus compañeros/as de trabajo como a la empresa o a cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa, o durante el trabajo en cualquier otro lugar.

Respecto a las sanciones aplicables, nos remitimos al artículo 63 del Convenio Colectivo cuyo contenido ya se reprodujo en el anterior informe jurídico.

El análisis de la viabilidad jurídica de este despido debe comenzar con la determinación de que el aludido incumplimiento contractual que pretende castigarse verdaderamente lo es y, posteriormente, tratar de dilucidar si merece la máxima sanción del ordenamiento laboral: el despido disciplinario.

Cabe en primer lugar preguntarse por la trascendencia que la actuación de la trabajadora deba desplegar en el ámbito de su relación jurídico laboral.

Es decir, si “XYZ, S.L.” va a poder sancionar ese comportamiento teniendo en cuenta que la trabajadora está actuando fuera de su horario laboral y en sus cuentas personales de diferentes redes sociales. Para responder a esto, debe acudir a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que deja claro que los actos que directa o indirectamente redunden en perjuicio de la empresa siendo transgresores de la buena fe contractual, pueden merecer una sanción por parte del empresario.

Así se expresa en su sentencia 699/2017 de 21 de septiembre:

“El deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe que el art. 5. letra a) ET , impone a los trabajadores como uno de los deberes laborales básicos a los que deben ajustar su actuación -y reitera el art. 20.2º ET al disponer que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a la exigencias de la buena fe-, es uno de los pilares sobre el que descansa la prestación laboral y de ahí que el legislador la configure en el art. 54.2 letra d) ET como incumplimiento contractual que pueden ser objeto de sanción disciplinaria por el empresario. Ninguna duda cabe que el trabajador ha de cumplir

escrupulosamente con ese deber en el lugar y horario de trabajo. Es igualmente indudable que esa obligación se mantiene, pero se relaja y flexibiliza enormemente, cuando no se encuentra en el lugar y horario de trabajo, sino que está en la esfera privada de su vida personal que tiene derecho a disfrutar de manera totalmente ajena a los intereses de su empresa.

Pero esto no quiere decir que durante ese periodo disponga de bula absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa, y que de haber sido efectuadas en horario de trabajo serían objeto de sanción. Baste reparar en la posibilidad de que dispone el empresario para sancionar determinadas actuaciones del trabajador fuera de su horario y lugar de trabajo, cuando se encuentra en situación de incapacidad temporal, o incurre en comportamientos de competencia desleal, o incluso de otras expresamente tipificadas en el art 54. 2 ET, como son las ofensas verbales o físicas a los familiares que convivan con el empresario o con cualquiera de las personas que trabajan en la empresa, que, en buena lógica, se producirán habitualmente fuera del lugar y horario de trabajo”²⁸

Con lo que, resulta evidente que el empresario puede castigar al trabajador por actuaciones cometidas fuera del lugar y tiempo de trabajo, como ocurre en el presente caso al tratarse de hechos que afectan a los deberes de la buena fe contractual.

A partir de aquí, vamos a entrar en los hechos concretos para tratar de resolver si serían merecedores del reproche de despido disciplinario. Los comentarios son los siguientes:

- *“Estoy hasta la polla de trabajar con tanto inútil”*
- *“Además de pagar mal, pagan tarde. Vaya empresa de mierda”*
- *“Es imposible aguantar a jefes tan imbéciles, hasta las narices de cumplir órdenes de estos cabrones y ladrones”*

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 699/2017 de 21 de septiembre

- *“Y yo encerrada en esta casa de vagos que ganas de que me despidan”*
- *“Toda la mañana con los de ventas que no saben ni hacer la O con un canuto”*

Un primer obstáculo que podría encontrarse para sancionar la emisión de tales comentarios sería el derecho a la libertad de expresión. Es decir, cabe preguntarse si el trabajador no podría impugnar dicho hipotético despido aduciendo una vulneración de sus derechos y libertades fundamentales.

Consideramos que, sobre esta cuestión, debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional cuando establece que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, situándose sus límites en “las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1.a de la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto”.²⁹

En un caso similar a éste la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña determinó que resultaba procedente el despido de una trabajadora que injuriaba a su empresa a través de las redes sociales al entender que la actuación del empresario no perseguía cercenar la libertad de expresión de la trabajadora sino sancionar la conducta profesional malintencionada de aquella:

“El derecho fundamental a la libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe aunque matizado con los condicionamientos mutuos impuestos por las relaciones que nacen del contrato de trabajo, límites que afectan tanto a los trabajadores como a la empresa, de tal manera que la difusión libremente de pensamientos, ideas y opiniones, incluyan o no actos de crítica en sentido amplio, terminará donde empieza el derecho a la dignidad y al honor (art. 18 CE) de la otra parte frente a la quien se dirigen, pues no podemos olvidar que en la libertad de pensamiento,

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 126/2003, de fecha 30 de junio de 2003.

ideas y opiniones que proclama el art. 20.1 CE, no quedan englobadas insultos, calificativos, o cualquier otra manifestación tendentes a desprestigiar a personas, ya sean estas físicas o jurídicas, tengan o no la condición de trabajador.”

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid sentencia que el trabajador es “libre de expresar sus ideas y opiniones en las redes sociales, más tal derecho tiene un límite representado por el honor de las personas a las que se refiere y también, en este caso, por el buen nombre de la empresa para la que trabaja.”³⁰

Otro derecho fundamental que la trabajadora podría alegar que se ha visto atacado si se lleva a cabo el despido disciplinario sería el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón descarta la vulneración de este derecho fundamental en un caso en que una empresa sanciona a uno de sus trabajadores en un caso similar a este argumentando:

“En la presente litis no ha habido una interceptación de una comunicación por un tercero ajeno a los destinatarios sino que los propios destinatarios de la comunicación la divulgaron a terceros, hasta que llegó a conocimiento de la supervisora de la actora.

Y tampoco ha habido un conocimiento antijurídico de lo comunicado. La empresa no ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la demandante porque no ha accedido a su cuenta privada de Facebook. El hecho de que inicialmente los destinatarios del mensaje fueran solo algunos amigos y conocidos de la demandante en modo alguno excluye que estos, como sucede habitualmente en las redes sociales, divulguen posteriormente esta información, que la empresa no conoce porque haya interceptado comunicaciones ajenas, ni porque haya accedido antijurídicamente a su contenido, sino porque la difusión de esta información por sus destinatarios llegó a la supervisora de la accionante. El

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, N^o 804/2019, Rec 223/2019 de 19 de Julio de 2019.

envío de un mensaje impactante en una red social hace que frecuentemente los destinatarios a su vez lo divulguen”.³¹

A este respecto, para no sacar la luz al hecho de que la empresa tenía un perfil falso en la red social “Instagram”, lo más prudente es justificar el despido disciplinario reproduciendo en la carta de despido los comentarios emitidos en las redes sociales Facebook y Twitter donde la trabajadora tenía perfiles públicos, por lo que “XYZ, S.L.” no necesitaría hacer uso de ningún perfil falso para ser conocedora de dichos comentarios.

De modo que sí puede resultar ajustado a Derecho el despido disciplinario de un trabajador justificado en unas ofensas emitidas por las redes sociales que impliquen un desprestigio o humillación moral o un descrédito hacia la imagen pública de la empresa. Incluso, matiza la jurisprudencia, que “puede bastar con una sola ofensa verbal para justificar la procedencia del mismo, siempre que se acredite la gravedad y culpabilidad exigibles”³².

No obstante, debe advertirse que, si bien el artículo 54.2 c) recoge como causa de despido disciplinario “las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos”, el convenio colectivo tipifica como falta grave -no merecedora de la sanción del despido- estas ofensas cuando son puntuales y sólo tipifica como falta muy grave las ofensas cuando estas se producen en el centro de trabajo (artículo 62.h) del Convenio Colectivo). En este caso las ofensas no se han producido en el centro de trabajo por lo que, si la empresa trata de justificar el despido refiriendo dicha causa, corre el riesgo de que el trabajador lo impugne por no cumplirse el principio de tipicidad³³. Es decir, podría entenderse que, en virtud de la tipificación de faltas que hace el convenio colectivo, la falta de ofensas verbales sólo es muy grave (y por

³¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 651/2016 de 18 de mayo 2016

³² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía de 23 de marzo de 2017 R. 1309/2016

³³ Artículo 58.1 ET: Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable

tanto merecedora de la sanción del despido), cuando se produce en el centro de trabajo.

Por lo tanto, para evitar un pronunciamiento que declare la improcedencia del despido, en la carta de despido que se entregará al trabajador (y a la que nos referiremos cuando analicemos los aspectos formales del despido) habrá de identificarse este comportamiento de la trabajadora con otro de los incumplimientos que el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores o el régimen disciplinario del Convenio Colectivo establecen como causa de despido disciplinario. Se trata, pues, de encauzar la decisión extintiva que la empresa quiere llevar a cabo a través de otra causa.

En este caso, y a la luz de los hechos referidos por la empresa, los comentarios vertidos por la trabajadora en sus redes sociales, además de resultar muchos de ellos ofensivos contra sus compañeros de trabajo y la dirección de la empresa, constituyen un claro ejemplo de transgresión de la buena fe contractual. La trabajadora, que en sus perfiles se identifica como empleada de “XYZ, S.L.” ha emitido unos comentarios que no encuentran justificación alguna en diferentes redes sociales de gran alcance y que resultan accesibles no sólo a sus compañeros de trabajo sino a terceros frente a los que la imagen de la empresa queda gravemente dañada.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta la aplicación de la llamada teoría gradualista del Tribunal Supremo. De forma que en la ponderación de los hechos constitutivos de infracciones laborales, para determinar si deben ser sancionados con el despido o no, debe llevarse a cabo un análisis individualizado de cada caso concreto ponderando los diferentes elementos concurrentes, tanto objetivos como subjetivos para determinar si la infracción es de la máxima gravedad y por tanto merecedora de la sanción del despido disciplinario.

En un asunto aparentemente similar al del objeto de este dictamen, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura entendió que, tomando en cuenta factores subjetivos como la intención del trabajador y las circunstancias personales

concurrentes, resultaba improcedente el despido disciplinario justificado en unos comentarios injuriosos en Facebook.

“Para analizar la conducta imputada, hemos de partir del factor humano, de la intención del trabajador, la finalidad que persigue, y de las circunstancias concurrentes, lo que implica una valoración subjetiva, que se traspone, una vez constatada la realidad objetiva, que en este supuesto, en efecto, contiene una calificación ofensiva y desafortunada (...) no hemos de olvidar, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala, que la degradación social del lenguaje hace que sean consideradas de uso corriente expresiones malsonantes como manifestaciones instintivas e inmediatas a una situación frustrante, no atribuyéndosele tampoco ese significado particularmente ofensivo como para permitir apreciar la intención ofensiva del trabajador”³⁴

En aquel asunto, entiende el Tribunal Superior de Justicia que han de tomarse en cuenta las circunstancias personales del trabajador como una persona vulnerable en aquel momento tras haber perdido a un familiar y tratar de desahogarse criticando una actitud por parte de sus compañeros que califica como injusta.

Ahora bien, en este caso, y a la hora de valorar la culpabilidad del incumplimiento de la trabajadora, difícilmente va a poder justificarse su comportamiento en un arrebatado o acaloramiento puntual tras una decisión empresarial, ya que se trata de una conducta que se ha repetido durante varias semanas.

Por otra parte, la trabajadora, una persona con una alta cualificación, no podía desconocer la gravedad de sus palabras y el impacto que las mismas podrían tener al publicar tales comentarios.

³⁴ Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, 187/2017 de 23 de marzo de 2017.

Puede también justificarse la gravedad de estos hechos aludiendo a lo mal parada que queda la imagen de la empresa en el mercado. En este sentido, de nuevo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entiende que unos comentarios ofensivos publicados en redes sociales implican un incumplimiento grave y culpable que determina la procedencia del despido no sólo por ser “gratuitos, inapropiados y poco edificantes y, lo que es peor, ofensivos para algún trabajador de la empresa”, sino por resultar perjudiciales para “el nombre y la posición competitiva de la demandada en el mercado”³⁵:

“Los tweets que se han publicado son susceptibles de ser incardinados en las letras c) y d) del art. 54.2 ET .No se ha acreditado una disminución en el rendimiento ni una indisciplina o desobediencia, pues no se quiebran los acuerdos de confidencialidad ni queda acreditado el número de tweets que se mandan en horario de oficina. No obstante, el referirse a sus compañeros (tanto en la sede de Madrid como la de Valencia) y a sus jefes en la forma que se ha establecido constituye una ofensa verbal a los mismos, al tiempo que, sin duda, supone una quiebra de la buena fe contractual el publicar tales cuestiones relativas a los mismos en una red social, con una fácil identificación de la empresa. También quiebra la buena fe contractual el dar la impresión a terceros de que pueden practicarse determinadas conductas impropias en horario de oficina y en la propia oficina de la empresa”

La publicidad de estos mensajes también sirve para justificar la gravedad de los comentarios emitidos ya que se ha hecho en redes sociales (Twitter, Facebook e Instagram) en las que la trabajadora se identifica con su nombre personal apareciendo en la “biografía” de uno de esos perfiles cuál es su lugar de trabajo, que se identifica con la empresa “XYZ, S.L.”.

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, N^o 804/2019, Rec 223/2019 de 19 de Julio de 2019.

Por último, puede aún justificarse la gravedad de la transgresión de los deberes de la buena fe contractual si se tiene en cuenta la categoría de la trabajadora como “Directora Administrativa”, ya que, en palabras del Tribunal Supremo tales deberes “han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa”.³⁶

De manera que cabe concluir este apartado del informe señalando que “XYZ, S.L.” puede confiar en su decisión de llevar a cabo el despido disciplinario de la trabajadora D^a Ana Conde Gil ya que, como se ha expuesto, la misma es responsable, de acuerdo con la normativa aplicable y con la jurisprudencia, de un incumplimiento contractual merecedor de la sanción del despido. Por tanto, siempre que la empresa siga nuestro asesoramiento profesional y actúe guiada por nuestro criterio jurídico, el riesgo de que el despido sea declarado improcedente resulta mínimo.

³⁶

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de enero de 1987.

3.2) REQUISITOS FORMALES A TENER EN CUENTA

Una vez concluido que la decisión extintiva resultaría justificada, debe atenderse a los requisitos formales a tener en cuenta para realizar este despido, ya que la inobservancia de los mismos puede conducirnos a la improcedencia del despido.

Tales requisitos formales están regulados en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores: El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

El trabajador no es representante de los trabajadores ni consta la exigencia de otros requisitos formales para el despido disciplinario en el convenio colectivo sectorial.

Antes de aportar el modelo de carta de despido que deberá entregarse a la trabajadora, cabe hacer alusión a la importancia de la mismas, así como a los actos previos al posible proceso judicial.

Es importante señalar que el requisito de comunicación por escrito del despido no se satisface de cualquier manera, ni con una imputación genérica de un incumplimiento contractual. En palabras del Tribunal Supremo:

"Aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de esta Sala, cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de

ventaja de la que puede prevalecerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador”³⁷

Por tanto, existe un triple finalidad de la carta de despido:

- -Garantizar un conocimiento adecuado de los hechos, evitando la indefensión del trabajador.
- -Determinar los motivos para una posible oposición.
- -Establecer la delimitación fáctica para una hipotética controversia judicial.

Así, resulta imprescindible que la empresa no se aparte de nuestro criterio profesional, plasmado en este informe, para, en caso de que la trabajadora impugne el despido, tratar de asegurarse un pronunciamiento judicial que determine la procedencia del despido, siendo las consecuencias de tal procedencia la convalidación de la extinción de trabajo sin que la trabajadora tenga derecho a recibir indemnización por parte de la empresa, ni a los salarios de tramitación (artículo 55.7 del Estatuto).

Por último, cabe mencionar lo que ocurrirá una vez se entregue la carta de despido. A partir del momento en que se produzca el despido se abre un plazo de 20 días hábiles para que el trabajador impugne dicha decisión empresarial. Para hacerlo, deberá en primer lugar presentar papeleta de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, según el artículo 60 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS, en adelante). El artículo 103 de la LRJS indica que el citado plazo es de caducidad quedando interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación.

Si el trabajador no presentara la papeleta de conciliación, la empresa sería citada al acto de conciliación pudiendo comparecer para llegar a un acuerdo, no llegar a ningún acuerdo, o no comparecer, debiendo atender a la advertencia que hace el artículo 66.3 LRJS:

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de octubre de 1988.

Si no compareciera la otra parte [la empresa], debidamente citada, se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación y se tendrá la conciliación o la mediación por intentada sin efecto, y el juez o tribunal impondrán las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren intervenido, si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación.

3.3) PROPUESTA DE CARTA DE DESPIDO

XYZ, S.L.

CIF B47312345

C/ San Antonio El Real, (Segovia) 40004

TRABAJADOR:
D^a. ANA CONDE GIL.
DNI 70073277-T

En Segovia a 2 de octubre de 2020.

Muy señora nuestra:

La dirección de esta empresa le comunica, a través de la presente, que ha tomado la decisión de imponerle la sanción de **DESPIDO DISCIPLINARIO** con efectos desde el día de hoy por la comisión de las infracciones que a continuación se relacionan:

El artículo 54.2.d) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, establece que tendrá la consideración de falta muy grave: "d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo".

Asimismo, el artículo 61 letra c) del Convenio Colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal tipifica como falta muy grave el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y el hurto o robo, tanto a sus compañeros/as de trabajo como a la empresa o a cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa, o durante el trabajo en cualquier otro lugar.

En este sentido, han llegado al conocimiento de la dirección de la empresa los siguientes hechos:

Que viene usted realizando de manera habitual publicaciones y comentarios en sus redes sociales de contenido totalmente ofensivo hacia el personal de la empresa y la dirección de la misma

Que tales comentarios se han realizado a través de sus perfiles en diferentes redes sociales de acceso público (Twitter, Facebook y LinkedIn). En todos esos perfiles usted se identifica con su nombre y apellidos referenciando también que trabaja para la empresa "XYZ, S.L."

Que, precisamente por la enorme difusión y publicidad que han tenido tales comentarios, los mismos han resultado causantes de un grave descrédito en perjuicio, no sólo de sus compañeros de trabajo, sino de la imagen, buen nombre y posición de esta empresa en el mercado.

Que, por tanto, su comportamiento resulta un claro supuesto de deslealtad contra la empresa y una manifiesta transgresión de los límites de la buena fe contractual. Transgresión que resulta especialmente intensa si atendemos a su posición en la jerarquía de la empresa, ya que tales deberes de la buena fe contractual han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa.

En total se han recopilado más de 16 comentarios publicitados en sus diferentes perfiles que acompañamos como anexo a esta carta de despido. Como ejemplo, van a reproducirse a continuación algunos de ellos:

- *"Estoy hasta la polla de trabajar con tanto inútil"* - Publicado en su cuenta de Twitter en fecha 10 de septiembre de 2020 a las 19:44h
- *"Además de pagar mal, pagan tarde. Vaya empresa de mierda"* - Publicado en su cuenta de Facebook en fecha 5 de septiembre de 2020 a las 13:51h

- *“Es imposible aguantar a estos imbéciles, hasta las narices de cumplir órdenes de estos cabrones”* - Publicado en su cuenta de Twitter en fecha 20 de septiembre de 2020 a las 19:37h
- *“Y yo encerrada en esta casa de vagos que ganas de que me despidan”* - Publicado en su cuenta de LinkedIn en fecha 25 de septiembre a las 20:10h
- *“Toda la mañana con los de ventas que no saben ni hacer la O con un canuto”* - Publicado en su cuenta de Facebook en fecha 2 de octubre de 2020 a las 14:52h

Por tanto, tales comentarios, como constitutivos de una infracción muy grave, resultan merecedores de la sanción que el artículo 63 letra c) del referido Convenio Colectivo prevé para las faltas muy graves: El despido disciplinario.

Se procederá a dar traslado de esta notificación a la representación de los trabajadores, sin que conste a la dirección de esta empresa que se encuentre usted afiliado a ningún sindicato.

El despido tiene efectos desde el día de hoy, 2 de octubre de 2020.

Sin otro particular,

Firmado: D. ANSELMO FERNÁNDEZ ABRIL

Director General “XYZ, S.L.”