

LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL
EN LOS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES DE LOS
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA: CASUÍSTICA Y
ALGUNOS ASPECTOS DOCTRINALES DESTACADOS

CONTRACTUAL GOOD FAITH TRANSGRESSION IN THE RECENT
PRONOUNCEMENTS OF THE SPANISH HIGH COURTS OF JUSTICE:
CASUISTRY AND SOME DISTINGUISHED DOCTRINAL ASPECTS

Jaime Román Lemos

Alumno del Doble Máster Universitario en Abogacía
y Asesoría Jurídico-Mercantil, Fiscal y Laboral.

Universidad de Sevilla

Orcid: 0000-0001-6537-647

jaime.roman.lemos@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 54 ET, tras señalar que el trabajador podrá ser despedido en caso de incumplimiento grave y culpable (art. 54.1), contiene un listado no exhaustivo de posibles causas de despido. Todas provocan litigiosidad, y todas evidentemente necesitan de una labor judicial que vaya perfilando sus contornos. Pero si eso es así con relación a cualquiera de ellas, con más razón parece que esto pueda predicarse de una (la de transgresión de la buena fe contractual), que, por “compleja y de amplios contornos”¹, juega casi a modo de cajón de sastre. Nuestro objetivo inicial fue aproximarnos a los perfiles teóricos de esta especial figura, acercándonos a la doctrina judicial más reciente sobre la cuestión (una treintena de sentencias de los Tribunales Superiores

1. STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 15 junio 2021 (JUR\2021\303172), FD 5º.

de los últimos dos años nos pareció una muestra significativa). Sin embargo, en un primer repaso de esa treintena de resoluciones pudimos comprobar que la mayoría optaba, en el aspecto teórico, por reiterar la jurisprudencia acacida bajo el sistema procesal anterior, repitiendo lo que en su día había dicho el Tribunal Supremo (cuando este funcionaba como última instancia a través del recurso ordinario de casación, y no como ahora solo mediante el de unificación de doctrina). Además, en ocasiones se reiteraban los pronunciamientos del TS a modo de aluvión, encontrándonos con extensos fundamentos de las sentencias de los TSJ que simplemente copian párrafo tras párrafo de aquellas sentencias. Esto, naturalmente, dificultaba la tarea de delimitar una doctrina propia de los tribunales autonómicos. Fue entonces cuando nos planteamos una óptica distinta de nuestro estudio: el acercamiento casuístico a la transgresión de la buena fe contractual. En este sentido, todos podemos tener una cierta idea de la base fáctica de otras causas de despido. Por ejemplo, podemos tener una idea ciertamente clara de qué es una ausencia al trabajo [cuestión distinta es si la ausencia puede quedar amparada en alguna justificación que haga inaplicable el art. 54.2.a) ET]; igualmente sabemos que un retraso supone la incorporación al puesto de trabajo más allá de la hora establecida [cuestión diferente es qué se entiende por repetición o cuándo, de acuerdo con la tesis gradualista tan seguida por nuestro TS, los retrasos adquieren entidad suficiente para apoyar un despido). Y así podíamos seguir viendo otras causas. Pero ¿qué es “transgresión de la buena fe”? ¿Nuestra percepción de este concepto es igual de clara que la que tenemos del de “ofensa física”? ¿O del de “atraso en la incorporación al puesto de trabajo”? Lo cierto es que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, respecto del cual justamente la casuística es el modo más eficaz que tiene el profesional del Derecho de acercarse al mismo; en palabras de un TSJ, estamos ante un “concepto jurídico indeterminado que exige la oportuna individualización en cada caso”². Por esta razón, más interesante que reiterar conceptos científicos, y más interesante que intentar un acercamiento teórico a sentencias que en muchísimos casos no hacen sino repetir la tradicional jurisprudencia del TS, nos ha parecido acercarnos a la casuística producida, convencidos de que ello es más fructífero que las vías anteriores, porque la visión en un solo texto de esa casuística podrá, cuando menos, esclarecer en el futuro lector la idea que se tenga de “transgresión de la buena fe”. Parafraseando términos de la teoría del razonamiento lógico, podemos decir que, frente al sistema deductivo –que partiendo de una idea general llega a conclusiones específicas–, proponemos un método inductivo, que partiendo de casos concretos permita hacernos una idea general o abstracta. Es pues una perspectiva empírica la que seguiremos, exponiendo los casos tratados en treinta sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en 2020-2021. Para ello expondremos sucintamente el supuesto de hecho de

2. STSJ Galicia 14 mayo 2021 (AS\2021\1504), FD 3º.

que trata cada una de las sentencias que abarcan estos dos años. Aunque, como ya hemos dicho, en la mayoría de las ocasiones lo que hacen las sentencias, en su fundamentación jurídica, es repetir la tradicional jurisprudencia del TS, también –tras la exposición del supuesto de hecho– haremos alguna mención a algún aspecto doctrinal interesante de la resolución judicial del TSJ correspondiente. Y esto nos lleva a la última cuestión que queríamos tratar en estas líneas iniciales: qué criterio seguir a la hora de exponer las sentencias. Las opciones podían ser muchas; por citar solo algunas posibles: simplemente utilizar el orden cronológico, exponiendo una tras otra la treintena de resoluciones judiciales, con independencia del Tribunal que las dicta; hacer la previa clasificación en bloques temáticos, y en cada uno de ellos exponer las sentencias cuya casuística tenga cabida en el bloque, con independencia igualmente del Tribunal que la emita; exponer las sentencias por Tribunales y, dentro de cada uno, por bloques temáticos. Todos los criterios presentan ventajas e inconvenientes. Nuestra opción final es la tercera. Aunque obviamente desde el punto de la casuística no parecía lógico, *a priori*, que existieran diferencias entre tribunales, sí podían ofrecerla en su parte doctrinal, incluso aunque fuera reiterando la jurisprudencia clásica del TS (en realidad comprobaremos que no existe tanta diferenciación). Además, y a pesar de ello, también sería posible dar con algún aspecto novedoso o, cuando menos, que aportase algo a lo clásico ya dicho por el TS (avanzamos ya que alguna novedad existe, aunque no será de gran relevancia).

Optando, pues, por la tercera vía, a continuación encontrará el lector, diferenciado por tribunales, el fruto del análisis casuístico de una treintena de sentencias que versan sobre la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza; como es lógico, nos detendremos con un mayor detalle al principio, recortando en lo posible las exposiciones casuísticas posteriores, a fin de no hacer en exceso tediosa la lectura de este trabajo.

2. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

Son ocho las sentencias que recogemos de las distintas salas del TSJ Andalucía, cuya casuística es desde luego variada pero que podemos reconducir a cinco grandes bloques: apropiación o sustracción de productos o dinero de la entidad; falsificación de firmas o documentos; realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal; trato especial a determinados sujetos; negativa al cumplimiento de determinadas órdenes.

No puede decirse que el TSJ andaluz innove en lo doctrinal, ya que para dar respuesta a esa casuística atiende básicamente –como veremos– a la jurisprudencia clásica del TS, en algún caso con excesiva profusión y citando sentencias a modo de aluvión.

2.1. Apropiación o sustracción de productos o dinero de la entidad

La primera resolución que nos encontramos en este período es la STSJ Andalucía (Sevilla) de 12 febrero 2020³, que trata un supuesto de entrega por el trabajador de productos de la empresa a terceros, sin recibir contraprestación alguna. Es decir, no nos hallamos ante un caso de apropiación de productos de la empresa en beneficio o para provecho del propio asalariado, sino en el de terceras personas que no son clientes de la entidad. En concreto, se trataba de una empresa de productos cárnicos en la que era habitual que los clientes dejaran los productos adquiridos y abonados en el almacén de la empresa, para retirarlos después mediante la entrega del recibo de compra. El trabajador en cuestión es descubierto, en más de una ocasión, entregando bolsas de productos almacenados a terceros no solo sin exigirles el tique –lo que ya de por sí denota que los productos no habían sido adquiridos por quienes se los llevaban–, sino que, además, en todas las ocasiones indicó al personal de caja que los productos se hallaban ya abonados, lo que obviamente era falso. El trabajador es objeto de despido, que impugna en primer lugar con base en la ilicitud de las pruebas alegadas por la empresa (toda vez que se basan en la captación de imágenes de videovigilancia, algo atentatorio a los derechos fundamentales a juicio del empleado), y, en segundo lugar –y es lo que aquí nos interesa–, entendiéndose que se infringe el art. 54.2 ET.

La sentencia, tras recordarnos la jurisprudencia clásica sobre la proporcionalidad exigida a las sanciones⁴, no puede decirse que innove en materia doctrinal, en tanto lo que hace es recoger la jurisprudencia tradicional, sentando los principales elementos que para el TS⁵ delimitan la figura de la buena fe y su transgresión; a saber:

3. JUR\2020\175904.

4. “Respecto de la proporcionalidad respecto de la sanción impuesta por la empresa con la sanción más grave que es el despido, el Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1995 ya se dice con claridad, reiterando pronunciamientos anteriores de 24 de noviembre de 1989 y 15 de abril de 1994 que “reiteradas sentencias de esta Sala, [...] señalan que la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta (SSTS 04/03/91 y 28/06/88), partiendo de la consideración –como planteamiento básico– de que los “más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano” (STS de 21/03/88), de tal forma que en la valoración del hecho ha de tenerse en cuenta tanto criterios subjetivos como objetivos del caso en cuestión” (FD 4º).

5. Jurisprudencia que hace ya tiempo que sentó el TS, como se ve en las fechas de las sentencias que cita el TSJ: SSTS 18 mayo 1987 (RJ 1987\3722), 30 octubre 1989 (RJ 1989\7462), 14 febrero 1990 (RJ 1990\1086) y 26 febrero 1991 (RJ 1991\875). Como paradigma de la tradicional jurisprudencia del TS tenemos que mencionar la sentencia de 19 de julio de 2010 (RJ\2010\7126), que es profusamente citada (y literalmente transcrita) en la mayoría de los pronunciamientos de los TSJ que vamos a ver en este trabajo; conviene pues, siquiera sea en nota, traer aquí su contenido; dice así su FD

- A. La ejecución del contrato de trabajo, como señalan los arts. 5.a) y 20.2 ET, debe realizarse conforme a la buena fe, pues esta es consustancial al mismo, ya que la “naturaleza [del contrato] genera derechos y obligaciones recíprocos, que se traduce en una exigencia de comportamiento ético, acorde a una serie de valoraciones objetivas, que limita o condiciona el ejercicio de los

5º: “Por todo lo expuesto y en base a la normativa y jurisprudencia analizada, cabe concluir en interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET, sobre la determinación de los presupuestos del «incumplimiento grave y culpable del trabajador» fundado en la «La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo», como motivo de despido disciplinario, que: A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual; B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe; C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados; D) Igualmente carece de trascendencia, y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo; E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas; F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la «gravedad» con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado”.

derechos subjetivos, y que se concreta en valores que pueden traducirse por lealtad, honorabilidad, probidad y confianza” (FD 4º).

- B. Nos hallamos, en consecuencia, ante un modo debido de actuar (comportamiento ético): lo ilícito es actuar de forma contraria a unos valores, con independencia del resultado que ello produzca en el patrimonio de la empresa:

“La esencia de su incumplimiento no está en la causación de un daño, sino en el quebranto de los anteriores valores, por lo que a pesar de la inexistencia de perjuicio alguno a la empresa, a pesar de ser un elemento a considerar y ponderar en orden a su gravedad, no se enerva la transgresión, para cuya consideración también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza depositada en el mismo”.

- C. No es necesario el dolo, bastando la culpa si esta es grave e inexcusable:

“Tampoco es necesaria la concurrencia de dolo en la conducta, entendido como conciencia y voluntad en su realización, pues basta que los hechos se produzcan de manera culposa, si la culpa es grave e inexcusable, para estimar cometida la infracción de la norma”.

- D. En todo caso resulta incompatible con la confianza que exige la relación laboral

“la realización de conductas que denotan engaño u ocultación, o malicia, en la medida que hacen tambalear los cimientos de esa confianza”.

En aplicación de todo lo anterior, el TSJ andaluz concluye que en el presente caso nos encontramos ante un incumplimiento grave y culpable del trabajador, que encuentra encaje en el art. 54.2.d) ET.

A diferencia del caso que acabamos de ver, en el supuesto de la STSJ Andalucía (Sevilla) 4 marzo 2020⁶ el trabajador sí se apropia para él mismo de productos de la empresa. Se trata de un mozo de almacén que es detectado (igualmente por cámaras de videovigilancia) portando varias cajas de productos, reconociendo los hechos y siendo objeto incluso de denuncia ante las Fuerzas de Seguridad. En materia doctrinal el Tribunal se limita aquí a reproducir lo dicho en la anterior sentencia comentada, concluyendo la procedencia del despido.

En este bloque de apropiación de dinero de la empresa podemos incluir también la STSJ Andalucía (Sevilla) 5 marzo 2020⁷, aunque aquí beneficiarios son tanto el trabajador como el cliente cuyo concurso resulta necesario. El supuesto es el de un

6. JUR\2020\210588.

7. AS\2020\2272.

operario de gasolinera que simulaba repostajes no realizados realmente, siguiendo un complejo procedimiento de abono mediante tarjeta que concluía en la salida de dinero en efectivo de la caja,

“conducta infractora del actor que contribuyó con su actuación al engaño y perjuicio económico para la empresa, [y] llega a constituir la falta muy grave prevista en el artículo 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores, de transgresión de la buena fe contractual, como incumplimiento de los deberes contractuales” (FD 5º).

En lo doctrinal esta sentencia, como tantas otras, acude a la tradicional jurisprudencia del TS, si bien cabe destacar que la resume en un solo párrafo que, por su valor de síntesis, merece ser reproducido:

“Ciertamente el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores considera como incumplimiento grave y culpable, susceptible de ser sancionado con el despido, la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, habiendo declarado el TS sobre el particular que la buena fe contractual, que el precepto legal cuida de proteger, es la que deriva de los deberes de conducta y el comportamiento que el artículo 5, a) en relación con el artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores impone al trabajador; buena fe en su sentido objetivo que constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (STS 4 marzo 1991 (RJ 1991, 1822)), incluso sin que sea necesario perjuicio económico para la empresa por cuanto que la esencia del incumplimiento contractual no lo constituye la causación de un daño, sino la vulneración de la lealtad debida, de la buena fe recíprocamente exigibles en cualquier relación contractual, y significadamente en la relación laboral (STS 9 diciembre 1987 (RJ 1987, 8867)), y esta buena fe contractual se ha transgredido en el presente caso de forma grave y culpable, por lo que el despido resulta procedente”.

La STSJ Andalucía (Granada) 4 marzo 2021⁸ trata un supuesto que vemos relativamente repetido: el de un trabajador (camarero en este asunto) que no ingresa lo percibido del cliente en la caja de la entidad, reteniéndolo para sí. El razonamiento del TSJ en la resolución es coincidente con la doctrina previa del TS, comenzando por recordarnos la necesidad de que

“en las cuestiones disciplinarias o sancionadoras, han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, pues elementales principios de justicia exigen perfecta

8. AS\2021\1319.

proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga la conducta del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas” (FD 1º).

A partir de ahí nos reitera los puntos básicos de la jurisprudencia sobre transgresión de la buena fe, con amplia cita de sentencias del TS: a) el principio de buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo; b) si bien la transgresión admite distintas graduaciones en su objetiva gravedad, cuando sea grave y culpable es causa de despido; c) no resulta determinante la inexistencia o escasa cuantía de los perjuicios que pueda sufrir la empresa; d) no es necesario que el trabajador haya querido dolosamente conculcar sus deberes, bastando la negligencia; e) el deber de buena fe, exigible a todo trabajador, cabe predicarlo con mayor rigurosidad de los puestos de mayor confianza; y f) como toda causa de despido, debe ser interpretada restrictivamente.

La aplicación de la jurisprudencia lleva al TSJ a admitir aquí la infracción cometida y la consecuente procedencia del despido. Y aunque esta sentencia no parece aportar novedad a lo ya dicho previamente por el TS u otras sentencias del mismo TSJ, sí conviene resaltar alguna expresión que no deja de tener su enjundia: “En este caso es patente que la conducta es reiterada, implica ocultamiento por el *modus operandi* y correlativa exposición al resto de compañeros de un riesgo de sospecha y ser investigados al hilo de las sustracciones que se iban produciendo” (FD 3º); obviamente no es esta circunstancia lo que determina la existencia o no de mala fe o abuso de confianza, pero que lo mencione la sentencia ya es un dato significativo, que viene a ser una llamada de atención, para pronunciamientos futuros, sobre la necesidad de tener en cuenta que, a veces, la actuación –en estos casos sobre todo de sustracciones de dinero– puede tener repercusiones –siquiera sea en términos de sospechas– sobre otros trabajadores.

2.2. Falsificación de firmas o documentos

Iniciamos un nuevo bloque en que lo sustancial es que el empleado falsea documentos o incluso firmas de clientes. La STSJ Andalucía (Sevilla) 8 julio 2020⁹ es significativa a este respecto. Se trataba del director de una oficina de una agencia inmobiliaria, al que una clienta encargó el alquiler de su vivienda; el trabajador consigue arrendar la vivienda, y no es ya que firme él en nombre de la mandante, sino que falsifica la firma de esta en el contrato de alquiler, siendo más que evidente “que no se puede admitir que en una agencia inmobiliaria se puedan firmar contratos falseando la firma de los clientes”, sino que “debe existir una autorización expresa del titular de

9. AS\2021\431.

la vivienda o un poder notarial, y en ese caso no se falsea la firma sino que se firma en representación de la propietaria de la vivienda con el nombre del trabajador que interviene en el contrato”.

En materia doctrinal, esta sentencia, en el largo FD 2º, reitera la jurisprudencia tradicional del TS, llegando a citar hasta veintiuna sentencias del mismo. En cualquier caso nos interesa destacar dos aspectos:

- A. El abuso de confianza no es algo distinto a la transgresión de la buena fe contractual [es decir, el art. 54.2.d) ET no contiene dos causas de despido], sino una modalidad concreta de aquella:

“El abuso de confianza se conceptúa como una «modalidad cualificada de la transgresión de dicha buena fe contractual, de un mal uso o uso desviado por parte del trabajador, de las facultades que se le confieron, con lesión o riesgo para los intereses de la empresa», debiendo estarse para la valoración de la conducta que la empresa considera contraria a este deber, a la entidad del cargo de la persona que cometió la falta y sus circunstancias personales (STS 20 octubre 1983 (RJ 1983, 5127))”.

- B. Y, precisamente, porque en su valoración debe considerarse el puesto que ocupa el asalariado, debe resaltarse que si la buena fe es exigible *ex arts. 5 y 20 ET* a cualquier trabajador, con mayor razón debe serlo a quienes, como en este caso, desempeñan cargos de confianza:

“Los deberes de fidelidad y lealtad, si deben ser cumplidos por cualquier trabajador, lo deben ser con mayor escrupulosidad y rigor por quienes ejercen cargos de confianza, dada su categoría profesional en la empresa a que pertenecen, máxime cuando se trata de persona que desempeña en la empresa cargos de confianza y relevante categoría, con intervención decisiva en las operaciones de la misma (Sentencia de 25 de febrero de 1984 (RJ 1984, 921))”.

2.3. Realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal

Una resolución encontramos del TSJ Andalucía (Granada) que se ocupa de esta cuestión, la de 19 noviembre 2020¹⁰. El asunto era el de la monitora de un gimnasio que se encontraba en situación de IT por un aborto prematuro. Sin embargo, la empresa tiene conocimiento de que, durante dicha situación, la trabajadora, deportista

10. AS\2921\547.

amateur, había participado en un campeonato de pádel¹¹. Se da la circunstancia de que, desarrollándose la actividad deportiva en localidad distinta, la asalariada había solicitado de la Inspección Médica autorización para desplazarse a dicha localidad, pero sin especificar el motivo; la autorización le fue concedida como medida de relax.

Pues bien, el TSJ nos recuerda –con el TS– que no toda actividad queda prohibida a un trabajador en situación de IT, sino solo aquella que es justamente incompatible con su recuperación:

“Hay que recordar la doctrina del TS sobre la realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal, manifestada, entre otras, por las SSTs de 12 (RJ 1990, 6102) y 23 de julio de 1990 (RJ 1990, 6455), que señala que «no toda actividad realizada en situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido, sino solo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa»¹².

Con ese punto de partida, del pronunciamiento del TSJ destacamos tres cuestiones:

- A. Deja claro que, precisamente por lo anterior, lo que está vedado es toda actividad que suponga un esfuerzo mayor al que exige la prestación laboral, lo que supone un perjuicio no solo para la empresa, sino también para la Seguridad Social:

11. Como curiosidad, y por ser una circunstancia cada vez más posible en estos tiempos de las nuevas tecnologías, reseñemos que la entidad había tenido conocimiento de la participación de la trabajadora en el torneo a través de internet. Indicaba así la carta de despido: “Que como se ha indicado, en fecha 29/09/2019 la empresa ha tenido acceso a través de publicaciones en Redes Sociales y en la página web de la «... Sport Club & Spa» de fotografías y noticias que acreditan su participación activa en el «... Pádel Tour», celebrado en.... Dichas fotografías y noticias quedan a su disposición en su centro de trabajo, por si estima conveniente consultarlas” (AH 2º).

12. FD 4º. Por supuesto, la empresa, en la carta de despido, se encargó de remarcar que la actividad externa de la trabajadora exigía menos esfuerzo que la actividad deportiva, lo que era la base para entender la transgresión de la buena fe: “Las tareas que la actora realiza como monitora multidisciplinar consisten en dar pautas a las mujeres clientes del gimnasio en el circuito de máquinas que hay, para que las citadas mujeres hagan un entrenamiento bueno, para lo que las entrenadoras/monitoras hacen indicaciones gestuales o de palabra. Las monitoras señalan los movimientos que deben hacerse por las usuarias en cada máquina, por lo que el nivel de exigencia física de las monitoras es mínimo” (AH 2º). Naturalmente, la empresa pretendía aclarar que si se podía practicar deporte, con mayor razón realizar la actividad –de menor exigencia– de monitora; de no ser así, podía haberse utilizado por la asalariada la jurisprudencia transcrita en el texto precisamente para justificar la participación en el campeonato deportivo.

“Tales hechos constituyen una clara transgresión de la buena fe contractual, pues el incapacitado temporalmente debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud de tal modo que ha de resultar compatible la enfermedad con la realización de alguna actividad, habida cuenta de que sobre la empresa pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir, ya que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a la que perjudica, y cuando, como es el caso, realiza una actividad que supone un esfuerzo superior incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutivo del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido” (FD 4º).

- B. Pese a ese doble perjuicio económico, se encarga igualmente de recordarnos que eso es un elemento adicional, pero no esencial, pues –como ya habíamos visto– “la esencia de incumplimiento contractual no está en la causación de un daño”, sino en la quiebra de valores como la lealtad, honorabilidad, confianza, etc.
- C. Y, como corolario de lo anterior, y frente a la tradicional postura gradualista en materia sancionadora, indica el Tribunal –y esto hay que destacarlo– que, en casos como este, no existe graduación posible, pues defraudar la confianza no admite matizaciones:

“Aplicando los anteriores razonamientos al caso presente, esta Sala, partiendo del relato de los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida, tiene que declarar que dicha conducta supone el encuadramiento de la falta prevista en el artículo 54.2, d) del ET, considerando que se trata de un incumplimiento contractual por transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que no admite la aplicación de la teoría gradualista, ya que concurriendo la causa disciplinaria expresada en la carta de despido, la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza, es indiferente la gravedad de dicha transgresión, toda vez que la infracción del deber de buena fe se produce «per se» sin que sea posible acudir al elemento mitigador de la teoría gradualista”.

2.4. Trato especial a determinados sujetos

Este tipo de situaciones, si nos atenemos a la definición de cohecho, nos refiere inmediatamente a empleados públicos, aunque pudiéramos hacer una interpretación

no técnica del término que nos lleve a aglutinar aquí otras posibles situaciones aun del sector privado. En todo caso la sentencia que aquí traemos [STS] Andalucía (Málaga) 9 diciembre 2020¹³] sí se ocupaba de un empleado público, “el cual venía prestando servicios para el Ayuntamiento demandado como arquitecto jefe del Departamento de Urbanismo”, siendo así que “requirió a un constructor promotor para que le abonase la suma de 2000 € para agilizar los trámites administrativos de un expediente urbanístico que se estaba tramitando en el Ayuntamiento [...], realizándose efectivamente una transferencia por el referido importe a la cuenta corriente del [arquitecto]”.

La conducta descrita, sin mayores precisiones por ahora, parece claro que supone una transgresión de los deberes básicos que pesaban sobre el empleado. Así lo entiende la sentencia, cuya doctrina, en términos generales coincidente con la tradicional jurisprudencia del TS –aunque con alguna aportación propia–, puede sistematizarse de la siguiente manera:

- A. En primer lugar, comienza recordando con el TS la necesaria adecuación entre la actuación del trabajador y la sanción –la máxima prevista en nuestro ordenamiento–, de forma que se haga inviable la “convivencia” en el seno de la entidad:

“Es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que, puesto que el despido es la máxima sanción contemplada en el ordenamiento jurídico laboral, por la trascendencia y gravedad de tal medida para el sujeto infractor, solamente podrá imponerse cuando exista proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado, el comportamiento del trabajador y la sanción; debiendo basarse el despido en un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, gravedad y culpabilidad de la infracción que implica que ésta ha alterado sustancialmente la relación entre las partes y ha deteriorado la convivencia necesaria en el seno de la empresa, hasta hacerla prácticamente imposible, por los incumplimientos del sujeto deudor del trabajo” (FD 8º).

- B. Como bien indica el TS, la lealtad deriva en general del deber de buena fe establecido en el art. 7 del Código Civil, pero si ello es así en todo tipo de relación, con más razón en aquellas, como la de prestación de servicios (aquí, de un empleado público, pero que bien podemos extender a la de cualquier trabajador por cuenta ajena), establecidas *intuitu personae*:

“El artículo 54-2 d) del Estatuto de los Trabajadores tipifica como incumplimiento contractual del trabajador que justifica el despido la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza. Dicho precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que es fundamental en el tráfico

13. AS\2021\610.

jurídico que los sujetos acomoden su actuación a los deberes de lealtad y buena fe que deben presidir estas relaciones (artículo 7-1 del Código Civil) y con mayor razón las derivadas del contrato de trabajo, que es «intuitu personae»”.

- C. La prevalencia del lugar que se ocupa en el organigrama empresarial juega a modo de agravante, aunque, en realidad, en estos temas que afectan a empleados públicos, integra en sí el ilícito cometido, ya que “el artículo 95.2.j) del Estatuto Básico del Empleado Público [...] califica como falta muy grave la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro”.
- D. Finalmente, y como ya hemos visto en un caso anterior, transgredido el deber de lealtad en supuestos como este, no cabe aplicar una teoría gradualista que matice el incumplimiento, pues “siendo indiferente a esos efectos la mayor o menor cuantía de la cantidad exigida”, la actuación en sí es un quebranto de los principios que deben regir la prestación de servicios del empleado:

“Siendo de resaltar que en estos supuestos de transgresión de la buena fe contractual por abuso de confianza resulta de difícil aplicación la teoría gradualista, pues en la pérdida de confianza de la empresa en el trabajador no cabe establecer grados, máxime cuando la conducta del actor supone un quebranto de los más elementales principios éticos que deben regir la conducta de los empleados públicos, entre los cuales se encuentra la obligación de no aceptar ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada por parte de personas físicas o entidades privadas [...], pues como tal debe considerarse el requerimiento de una determinada cantidad de dinero a un particular para la agilización de los trámites de un expediente”.

2.5. Negativa a la prolongación de la jornada en determinados supuestos

Con la STSJ Andalucía (Sevilla) 22 octubre 2020¹⁴ nos encontramos un caso que, como se deduce de la propia resolución, está “a caballo” entre dos causas diferentes de despido: la del apartado b) del art. 54.2 ET y la del apartado d). Como veremos, además, esta sentencia presenta algún detalle que, cuando menos, la distingue algo de las anteriores, en las que –como hemos visto– lo que suele hacerse es reiterar la jurisprudencia del TS.

El asunto concreto es el de una empresa que recibe un pedido urgente. El convenio colectivo de aplicación prevé la realización de horas extraordinarias obligatorias. Ante la urgencia del pedido, y para poder atenderlo, el mismo día que se recibió

14. AS\2021\788.

(dicho pedido) la empresa indicó a sus trabajadores (en torno a una veintena) que su jornada debía prolongarse una hora más (de 15 a 16 horas). Como hecho probado se consigna que la trabajadora “dijo que su jornada terminaba a las 15 horas y que no iba a trabajar un minuto más”. Pese a esta tajante expresión, que de algún modo es lo que provocó el despido (no se olvide que por transgresión de la buena fe), lo cierto es que la trabajadora tenía una cita médica, por lo que para el TSJ el despido de que fue objeto se trata

“de una sanción desproporcionada cuando la actora contaba con una causa justificativa para no prolongar su jornada más allá de su horario ordinariamente establecido, dado que tenía una cita médica una escasa hora después, fuera de su horario ordinario de trabajo, lo que igualmente justifica que no pidiese previamente permiso para acudir a dicha cita” (FD 5º).

Dicho de otra forma,

“contando la actora con una justificación objetiva para negarse a realizar la hora extra que de modo imprevisto le fue requerida por la empresa, por la necesidad ineludible de atender a un bien superior como era el de su salud, no puede apreciarse la necesaria gravedad en la desobediencia”.

Esta sentencia nos resulta interesante sobre todo por su interpretación *contrario sensu*. Efectivamente, punto de partida a nuestros efectos es que la causa esgrimida inicialmente para el despido no fue la desobediencia del art. 54.2.b) ET, sino la transgresión de la buena fe (debe entenderse que porque forma parte también de la buena fe coadyuvar a que la empresa dé respuesta a las necesidades urgentes que se le presenten)¹⁵. Pues bien, aunque el Tribunal entra en la desobediencia propiamente di-

15. De todas formas, y cuando la recurrente plantea que no se usó en su despido el precepto adecuado del Estatuto, señala el TSJ que lo relevante es la imputación de unos hechos concretos en la carta de despido, de manera que el asalariado tenga conocimiento de los mismos, y no tanto la calificación jurídica que de los hechos se haga o su específico encaje legal, que es competencia en su caso del juzgador: “Nos debe bastar con que el incumplimiento contractual imputado a la trabajadora en la comunicación escrita de despido se precise suficientemente en ésta (se negó a prolongar la jornada establecida durante una hora más, como le fue requerido por el gerente de la empresa, marchándose al finalizar dicha jornada)... Ello nos lleva a concluir la falta de vinculación por la errónea tipificación de la falta imputada en la que la empresa demandada hubiese podido incurrir en la carta de despido, pues una vez que está suficientemente detallada la conducta imputada a la despedida, no es precisa una descripción sobre la naturaleza jurídica de la falta, dado el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge el principio «iura novit curia». Por ello, si bien se detecta que la empresa demandada ha tipificado la falta imputada a la trabajadora como una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, dispuesta en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, nada impide que pueda tomarse en consideración, para la calificación del despido como procedente o improcedente, lo que constituye el objeto del proceso, que los hechos imputados en la carta de despido sean

cha [y, en realidad, los párrafos transcritos antes están más dirigidos a ella que a la causa del art. 54.2.d) ET], lo cierto es que también analiza la cuestión desde el punto de vista de este último precepto, de forma que, “dada la existencia de dicha justificación [la cita médica], no podemos considerar que la actora se condujese de mala fe y con abuso de confianza, por actuar precisamente con justificación” (FD 4º). *Contrario sensu* habrá que entender que, de no haber existido tal justificación, sí se hubiera producido transgresión de la buena fe. Corolario de todo lo anterior podría ser el siguiente: la existencia de justificación o la atención de –en palabras de la sentencia– bienes superiores (como la salud) excluye la transgresión de la buena fe.

3. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Son solo tres los pronunciamientos que traemos aquí del TSJ de Asturias: uno que presenta cierta analogía con la falsificación de datos vista en 2.2, y dos que tratan posibilidades distintas de transgresión de la buena fe contractual, como la gestión gravosa para la entidad (aunque en el supuesto concreto finalmente no se aprecie deslealtad) o la negligencia en el trato a los clientes (en el caso: usuarios de una residencia de personas mayores).

3.1. Gestión comercial con perjuicio para la empresa

En la Sentencia de 28 abril 2020¹⁶ nos encontramos con un asunto en el que al trabajador se le acusa de realizar una gestión comercial que tiene una repercusión negativa para la empresa, en cuanto esta asume el coste de determinados suministros y obras, que, en principio, correspondían al cliente. Concretamente se trataba de una empresa de ascensores que se encargaba de la modernización de las instalaciones de un edificio.

constitutivos de una falta de desobediencia del artículo 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores, pues dicha eventual errónea calificación no vincula a la Juzgadora. Ciertamente, como expresa la STS 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1883), ninguna trascendencia tiene al efecto una mera equivocación en la cita del precepto legal en que el empleador subsume los hechos imputados, pues éste no está obligado a tal cita, y lo único relevante es que el trabajador conozca inequívocamente los hechos que se le reprochan y la fecha de efectos del despido, de modo que el recurrente pueda articular, en su caso, su defensa con plenitud de garantía. Por consiguiente, la errónea calificación de los hechos imputados no vincula al tribunal que los juzga. Ello implica la estimación del motivo de recurso planteado y, en consecuencia, la toma en consideración en esta sentencia de que los hechos imputados en la carta de despido puedan ser constitutivos de la falta de desobediencia contemplada en el artículo 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores” (FD 3º); es decir, lo importante es el motivo por el que se despide, no que ello sea encuadrado por la empresa en el apartado b) o en el d) del art. 54.2 ET.

16. AS 2020\2167.

Pues bien, según la carta de despido, el trabajador ofreció algunos de los servicios “sin coste” para la comunidad de propietarios del edificio:

“El actor presentó en abril de 2018 una oferta a la comunidad de propietarios de la calle [...] Se trata de un edificio grande en el que se iban a instalar tres ascensores. El 15 de enero de 2019 firmó un anexo a la oferta en el que ofrecía puertas automáticas de planta baja en ascensores fondo y montacargas, así como la albañilería necesaria para el cambio de dichas puertas, todo ello sin coste para la comunidad” (AH 2º).

Reconoce en este mismo párrafo la carta de despido –y lo resaltamos porque, como veremos, el TSJ lo tendrá en cuenta para su pronunciamiento– que “el administrador de dicha comunidad lo es de otras muchas en Gijón, resultando un potencial generador de nuevos clientes”. Señalemos también, aunque este sea un aspecto en el que después no se entra en la sentencia, que, entre los diversos argumentos utilizados por la empresa, se alude a que del trabajador, por sus funciones “calificables como de especial confianza”, se espera una actuación que sea ejemplo para el resto de asalariados¹⁷.

En el aspecto doctrinal, la sentencia, que acaba validando la actuación del trabajador, comienza por recordarnos que no son exactamente equivalentes “transgresión de la buena fe” y “abuso de confianza”, siendo esta última una modalidad de la primera:

“Según la jurisprudencia, la deslealtad constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes –artículos 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores–, mientras que el abuso de confianza es una modalidad cualificada de la primera, y consiste en un mal uso o un uso desviado por parte del trabajador de las facultades que se le confieron, con lesión o riesgo para los intereses de la empresa –sentencia de 18 de mayo de 1987” (FD 6º).

Este pronunciamiento parece, pues, poner el énfasis en los perjuicios que pueden derivar para la entidad (económicos; aunque cabría pensar que también podrían ser de otro tipo: fama, consideración entre los clientes, etc.). Sin embargo, vimos antes

17. “El puesto que Ud. ha ocupado de delegado, en el periodo comprendido entre abril de 2012 y febrero de 2019, es calificable como de especial confianza, de lo cual es buena muestra el contenido competencial asociado a su posición en la Descripción de Puestos de Trabajo vigente en esta entidad, y detallado en párrafos precedentes, en el que se le asignan tareas tan relevantes como la gestión de los recursos según un presupuesto previamente asignado, para optimizar al máximo los costes y rentabilizar la unidad de negocio que se le asigna; siendo así que se espera que, en la medida en que se erige Ud. en el máximo responsable a nivel local de dicha unidad organizativa, se convierta en un referente de conducta para los empleados que se encuentra a su cargo, dando ejemplo de cumplimiento de las instrucciones emanadas de esta mercantil”.

que, si bien el “daño patrimonial” puede ser considerado en una valoración conjunta de la situación, no constituye en sí el núcleo de la falta prevista en el art. 54.2.d) ET, que puede cometerse aun sin detrimento económico para la empresa; también nos lo recuerda aquí el TSJ de Asturias recogiendo la literalidad de un pronunciamiento previo del TS:

“Como señala la sentencia de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7462), «el daño o perjuicio patrimonial causado a la empresa es uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la transgresión de la buena fe contractual, pero no es el único elemento a tener en cuenta para establecer el alcance disciplinario del incumplimiento del trabajador, pues pueden jugar otros criterios, como la situación objetiva de riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza en el desempeño del trabajo o el efecto pernicioso para la organización productiva»”.

De ahí que, finalmente, el TSJ, teniendo en cuenta las facultades de que disponía el trabajador, dadas sus funciones, y la posibilidad de que este negocio –pese a la pérdida que se dice– pudiera atraer a otros futuros clientes a la empresa, acabe concluyendo la validez de la actuación del delegado comercial:

“La actuación del actor para cerrar una operación importante para la empresa demandada, por el precio final y por la intervención de un administrador que podía facilitarle nuevos trabajos, que llevaba paralizada más de seis años, cediendo en que la empresa asumiera un costo mínimo (4.000 €), no puede calificarse como desleal o contraria a la buena fe, sino que se encuadra dentro de sus tareas comerciales que le permiten ciertas cesiones con el fin de que prospere la operación”.

Negando así la transgresión de la buena fe, este pronunciamiento nos ofrece un elemento que el juzgador deberá tener en cuenta cuando una determinada actuación ocasione perjuicios económicos: si, pese a ello, esa actuación puede resultar ventajosa en el futuro.

3.2. Conducta negligente y desconsideración en el trato a los clientes

La STSJ Asturias 16 marzo 2021¹⁸ nos ofrece un caso en que se dan varios hechos, todos susceptibles de originar un posible despido, de un auxiliar que prestaba servicios en una residencia de personas mayores. En lo que más nos interesa, al trabajador se le imputa, entre otras cosas, no haber suministrado a un residente un tratamiento que tenía prescrito; pero es que, además, cuando tras la denuncia de los familiares la Dirección le comenta la situación, él lo niega; solo al final concluirá

18. AS\2021\1231.

reconociendo que efectivamente se produjo la omisión. Ello sirve al Tribunal para señalar que algo que quizás pudiera en principio haber sido tratado como un simple olvido –aunque grave–, habrá de ser incardinado en el art. 54.2.d) ET atendiendo a las circunstancias:

“Lo que podía haber sido un olvido, como alegó en la vista la recurrente, si bien grave por la trascendencia para la enferma, calificado como mera negligencia, se agravó porque negó tal hecho cuando la llamaron por teléfono para confirmar el dato, y solo al insistir la usuaria y su esposo y comprobar las otras trabajadoras que no se había administrado la dosis semanal, es cuando la sancionada reconoce el hecho y pide que no la descubran. Ello supone una falta de diligencia en su trabajo que vulnera el principio de buena fe y confianza mutua, lo que a la postre se traduce en una general degradación del trato debido a los usuarios, y que no es sino una clara deslealtad de la trabajadora respecto de su empresa, quien confía en que sus órdenes e instrucciones van a ser cumplidas, tanto más por la especial naturaleza de los usuarios destinatarios de esas instrucciones” (FD 6º).

En cuanto a la fundamentación jurídica, la STSJ sigue lo que hemos visto antes, recogiendo sin entrecomillar los pronunciamientos previos del TS en cuanto a la buena fe como límite del ejercicio de los derechos de los trabajadores; de forma que,

“como declara la jurisprudencia, el principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual” (FD 5º).

Con todo, y pese a esa reiteración de la doctrina del TS, sí hay tres datos interesantes en este pronunciamiento autonómico en cuanto a su aporte doctrinal:

- A. En primer lugar, que, al menos en casos como este, no se exige reiteración para que la falta en sí sea considerada grave (FD 6º).
- B. Ya hemos dicho que no es preciso, para entender una situación incurso en lo previsto en el art. 54.2.d) ET, que exista un daño efectivo para la empresa, aunque no deja de ser una circunstancia a tener en cuenta, en su caso. Pues bien, cuando se habla de “daño” pensamos siempre en el económico, pero

también hemos de tener en cuenta lo que el Tribunal califica de daño “reputacional”:

“Los hechos resultan acreditados y debidamente tipificados en el convenio colectivo y en el Estatuto de los trabajadores, que califican como faltas muy graves tanto la deslealtad como la desobediencia por el daño reputacional”¹⁹.

- C. Se produjeron aquí determinadas desconsideraciones calificadas por el Tribunal como incumplimiento contractual, “no constando que existiera por parte de ésta [la usuaria] un motivo o razón suficiente que justifique o mitigue la gravedad de la actuación [del trabajador]”. *Sensu contrario*, esta expresión deja un portillo abierto a una menor gravedad en caso de que haya mediado provocación por el cliente.

3.3. Falsificación de los instrumentos de control de la actividad laboral

En la STSJ Asturias 23 marzo 2021²⁰ nos encontramos un supuesto que, en buena medida, guarda relación con lo antes visto en 2.2 (falsificación de documentos), aunque aquí lo que se falsea son los instrumentos que utiliza la empresa para controlar la prestación laboral. Se trata de un delegado de ventas que, como prueba de sus visitas a los comercios que tiene encomendados (farmacias), debía confeccionar y subir a determinadas plataformas informáticas los reportajes fotográficos de tales visitas. La empresa, en los controles rutinarios, obtuvo, como indica en su carta de despido,

“indicios de que Usted estaba reportando [...] informes irregulares, donde adjunta fotografías que no se corresponden con el día de la visita supuestamente realizada [...] habiendo utilizado sistemáticamente fotografías anteriores al del día de la visita y que habían sido utilizadas por Usted con anterioridad para el reporte de otras visitas”.

De esta sentencia nos interesa sobre todo la cuestión de la prescripción, dado que en muchos supuestos la actuación del asalariado es continuada. Ante la alegación por el trabajador sancionado de que algunos de los actos fraudulentos cometidos habían prescrito, el TSJ acudirá al TS para advertirnos que la ocultación “es una falta continua de lealtad que impide, mientras perdura, que se inicie el cómputo de la prescripción”²¹.

19. FD 7º. La STSJ Asturias 23 marzo 2021 (AS\2021\1365), que comentaremos a continuación, nos habla, como veremos, de daños “de imagen”.

20. AS\2021\1365.

21. FD 4º: “La actuación del actor encaja en el concepto de falta continuada, al darse una sucesión de acciones uniformes de las mismas características, y como tal el incumplimiento disciplinario se prolonga en el tiempo. En estos casos de «ilícito laboral configurado por la repetición de actos de igual

Digamos por último que, reiterando la ya conocida doctrina del TS, nos recordará el TSJ que no se precisan perjuicios concretos para entender incumplida la obligación laboral: “Aunque la actuación del trabajador descrita no produjo perjuicios económicos o de imagen [...] la índole de las acciones constituye una transgresión de la buena fe contractual de máxima gravedad” (FD 5º).

4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA

4.1. Inobservancia del deber de confidencialidad. Alcance del mismo

Tan solo una sentencia traemos del Tribunal cántabro, la de 10 mayo 2021²². Se trata de un empleado (desempeñaba su labor en el Departamento de Recursos Humanos) que alude en un comunicado que remite a la empresa a las percepciones de otros trabajadores (con objeto de solicitar un incremento salarial). Diversos son los temas abordados, abundantemente, en esta Sentencia, que concluye en la ilicitud del despido. Pero lo que aquí nos concierne hace al deber de confidencialidad, muy unido –como es lógico– al deber de buena fe. Muy sintéticamente, la Sentencia viene a negar que el trabajador haya incumplido el deber de confidencialidad, en tanto los datos que por su cargo conoce no son revelados a terceros ajenos a la empresa (FD 4º).

5. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

5.1. Gestión comercial fraudulenta

Traemos de este Tribunal un caso (STSJ Castilla-La Mancha 8 mayo 2020²³) que guarda alguna analogía con el que vimos en 3.1, pero con alguna diferencia –a resaltar– tanto en los hechos como en la fundamentación. La trabajadora en cuestión

tendencia (...), hasta el último realizado no puede reputarse terminada la conducta sujeta a enjuiciamiento, pues aquella pluralidad se reconvierte en unidad, al quedar todos ellos reflejados en el momento en que el acto final tuvo lugar, de manera que el tiempo de prescripción no comienza su cómputo sino a partir de aquél, para el plazo de los seis meses, y desde el conocimiento empresarial, para el de duración inferior, pero en todo caso, sujeto al primeramente indicado» [STS de 16 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2162)...]. En este mismo sentido, «es muy reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala (baste citar su Sentencia de 6 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7541), que se remite a otras) que establece que, tratándose de faltas de naturaleza continuada que responden a una conducta que se prolonga con el tiempo y cuyo encubrimiento se mantiene, la prescripción ... se inicia desde el momento en que estos hechos se conocen por la empresa en todo su alcance y extensión» STS de 25 de enero de 1991 (RJ 1991, 182) ...]”.

22. AS\2021\1263.

23. AS\2020\2289.

prestaba servicios en una plataforma de venta de líneas móviles. La entidad había establecido diferentes niveles de riesgo (de 0 –bajo– a 3 –muy alto–), de forma que los vendedores habían de rechazar los pedidos de aquellos clientes que resultasen de riesgo alto o muy alto (es lo que se denomina en la práctica comercial “filtro de riesgo” o *scoring*). En la carta de despido consta que

“se habían realizado pedidos en la plataforma [...] que no pasaban el filtro de *scoring*/ riesgo correspondiente, por lo que a través de esa vulnerabilidad se forzaban las ventas, contratando productos y servicios con clientes que tienen algún tipo de impago o fraude y que por tanto no superan el *scoring*”.

El mecanismo utilizado por la trabajadora, fraudulento por supuesto, era relativamente simple:

“la actora al verificar [que] el cliente que llamaba tenía un *scoring*, que limita o impide la realización de la venta, [introducía] en la plataforma [...] un nuevo número de cliente [...] que sabía que no tenía *scoring*, avanzando con la venta sin limitaciones, [...] durante la operativa la actora volvía a introducir el número de teléfono del cliente que había realizado la llamada y concluía la contratación del producto o servicio”.

La actuación es –obviamente– fraudulenta y supone un engaño de la empleada a la empresa. Sin embargo, y aparte de otros motivos, frente a la sanción de despido de que fue objeto, la trabajadora alegó que la entidad no desplegó la diligencia necesaria para controlar dicha actividad, de forma que

“se presenta una duda razonable [de] que la empresa pudo contribuir a [...] la práctica que se dice realizada por numerosos trabajadores por su falta de control de la actividad de sus empleados”.

Resulta algo cuando menos sorprendente que la asalariada se escude, para justificar su incumplimiento, en la falta de control empresarial. La respuesta del Tribunal es a nuestro juicio suficientemente clara: la ausencia de controles nunca justificará la transgresión de la buena fe:

“Cuando la buena fe se impone como principio regulador de la relación laboral no puede exigirse un control inmediato, permanente y pleno del empleador sobre todos sus trabajadores, porque tal principio y las bases en que se asienta dejan claro que la sola constitución de la relación laboral impone su desarrollo en condiciones de confianza a la que lleva la determinación legal de los derechos y obligaciones de cada una de las partes. La infracción de la obligación de actuar con buena fe no depende de que la empresa realice un control pormenorizado de la actividad de los trabajadores: es previo y al margen de que se ejercite ese control; y si el trabajador actúa en contra de los dictados, las reglas y

procedimientos establecidos en la actividad laboral particular, y lo hace voluntariamente y conscientemente, sin justificación, no puede amparar su acción ilícita, no puede justificar la conducta, en que la empresa no se ha enterado de su infracción y por eso ha continuado su actividad ilícita” (FD 5º).

6. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

6.1. Realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal

En la STSJ Cataluña 24 enero 2020²⁴ nos encontramos un nuevo caso de realización de actividades en situación de IT. En este supuesto se trataba del responsable de compras de una entidad que es, a su vez, mánager de un conjunto musical, dándose la circunstancia, según la carta de despido, de que

“aprovechando Ud. que está en situación de baja, realiza la actividad de *road manager* del conjunto musical [...], comprendiendo la índole de sus trabajos la conducción de una furgoneta, traslado de los miembros del conjunto y sus instrumentos, que previamente ha cargado en el vehículo; realizando varios desplazamientos sin descanso (entre ellos, viajar hasta Valencia y regresar el mismo día; viajar a Oviedo y al día siguiente actuar en El Vendrell). Colabora en el montaje del material y la descarga y carga del mismo; realiza las tareas de vendedor de los productos de promoción de la banda musical, incluyendo el cobro de los artículos despachados”.

Al contestar a la alegación del trabajador que no se produjo transgresión de la buena fe (pues, a su juicio, lo que constituiría transgresión sería, en su caso, “la simulación de la enfermedad o dolencia por la que la baja ha sido concedida”; siendo así que sí queda acreditada la razón médica de la baja), el TSJ catalán aprovecha para exponernos la teoría general sobre la realización de actividades en situación de incapacidad, con cita tanto de jurisprudencia –que ya conocemos– como de pronunciamientos previos del propio Tribunal. Merece la pena recoger aquí esa teoría general:

“La realización de trabajos incompatibles con la situación de IT se ha apreciado como transgresión grave de la buena fe contractual, entre otras, en: STS de 23 enero 1990 (RJ 1990, 198) y de 12 de julio de 1990 (RJ 1990, 6102). Tal doctrina es seguida por esta Sala, entre otras, en SSTJ Catalunya núm. 8178/2010 de 16 diciembre [...]; núm. 3256/2010 de 5 mayo [...]; núm. 513/2010 de 26 enero, y en la reciente STSJ Catalunya núm. 4086/2011 de 8 junio [...], cuando se afirma: «El TS entiende que no toda actividad realizada en situación de IT es sancionable con el despido, sino solo aquella

24. AS\2020\1745.

que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS 12 de julio de 1990), habiendo señalado asimismo que la realización de actividades laborales por cuenta propia o ajena durante la situación de IT, constituye una clara transgresión de la buena fe contractual, pues el incapacitado temporalmente debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud en el sentido de abstención de toda actividad laboral, de tal modo que en el supuesto de resultar compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir (STS de 12 de julio de 1990), ya que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a la que perjudica...» (FD 2º).

Por lo demás, nos recordará con otros TSJ que, a efectos de transgresión de la buena fe, resulta “indiferente que la actividad [desarrollada durante la situación de IT] esté o no remunerada, que sea por cuenta propia o ajena, así como su mayor o menor intensidad o frecuencia”, como el propio Tribunal había sentenciado en pronunciamientos previos, pues el dato a valorar es si la actividad realizada presupone o no capacidad para ejercer aquella en la que se halla de baja:

“En la STSJ Catalunya núm. 3337/2011 de 13 mayo [...], apreciamos que el hecho de estar realizando una actividad que le exponía a una recaída prologando la situación de IT, contraviniendo su deber de recuperación normal de su salud en perjuicio de la empresa demandada, y del Sistema de la Seguridad Social, es motivo de despido, doctrina que se repite en las Sentencias de esta Sala de fechas 17/7/98, 4/10/99 y 19/4/02, en las que se considera, que fuese cual fuese la patología que originó la IT, si la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho, el despido acordado por tal causa ha de ser considerado procedente, por cuanto si era capaz de llevar a cabo la actividad referenciada, aunque hubiera sido sin cobrar cantidad alguna, también podía desempeñar su trabajo habitual, que realiza mediante la ejecución de un contrato de trabajo en que el trabajador se obliga a trabajar a cambio de contraprestaciones por parte de la empresa, tales como el salario, las cotizaciones de Seguridad Social, etc.”

6.2. Abandonos del puesto de trabajo

En el supuesto enjuiciado en la STSJ Cataluña 13 de febrero 2020²⁵ la empresa despidió a una trabajadora (que ejercía funciones de socorrista en una piscina) por varios

25. AS\2020\1618.

motivos, siendo uno de ellos la “trasgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza en el desempeño de su trabajo y desobediencia, básicamente por el motivo de haber incurrido en reiterados abandonos de su puesto de trabajo...”. Utiliza obviamente la trabajadora muchos y variados argumentos en sus alegaciones, y el Tribunal muchos y variados razonamientos para contestar a las mismas. Pero, aunque no se refiere única y exclusivamente a la transgresión de la buena fe (con respecto a la cual nos recuerda la doctrina ya conocida), la afirmación que sigue entendemos también se refiere a esta posible causa de despido:

“Doncs bé, en el present supòsit ocorre que l’actora havia estat advertida i sancionada en relació a l’abandonament del seu lloc de socorrista. I no obstant això reiterà la referida conducta en forma reiterada varis cops al dia al llarg de vint dies en un mes. L’existència d’un il·lícit contractual és clara i evident. I concorre a més la nota de gravetat, atès la reiteració continuada de les absències laborals, *així com l’afectació real que per a la negativa té la conducta del demandant en relació als usuaris de les seves instal·lacions, així com les possibles repercussions negatives que podria haver comportar la concurrència d’un accident en els moments en que la demandant no es trobava en el seu lloc de treball*” (FD 9º).

En definitiva, no deja de valorar el TSJ las consecuencias o repercusión que la actuación incorrecta del trabajador puede tener en los clientes (en este caso los usuarios de la piscina), máxime cuando esa actuación puede poner en riesgo su integridad física.

6.3. Apropriación o sustracción de dinero

Nuevo caso el de la STSJ Cataluña 22 mayo 2020²⁶ en que se despide a una trabajadora por apropiarse del dinero que los clientes abonaban, ya que

“durante el desempeño de [...] [sus] funciones de cobro a cliente en la posición de caja, Ud. marca en la caja el precio del producto solicitado, recoge el dinero que le entrega el cliente, le devuelve el cambio pertinente, pero no llega a introducir el dinero en la caja registradora, sino que se lo guarda en su bolsillo, apropiándose indebidamente de dicho dinero y sin que el pedido quede registrado”.

En cuanto a la casuística, pues, no existe nada especial que esta sentencia añada a casos vistos anteriormente (2.1). Pero sí nos interesa una afirmación en el contenido doctrinal de la resolución. En este sentido, y cuando la trabajadora alega infracción de los arts. 54.1 y 54.2.d) ET “dada la poca gravedad de los hechos [...], procediendo, por tanto, la aplicación de la doctrina gradualista del despido”, el Tribunal catalán afirmará que

26. AS\2021\93.

“respecto de la doctrina gradualista del despido, resulta que la conducta de la trabajadora constituye un caso evidentemente claro de transgresión de la buena fe contractual con pérdida de la confianza debida entre empresa y trabajador, que tiene como consecuencia que sea razonable que por la misma se lleve a cabo un despido disciplinario, siendo de difícil su aplicación [de la teoría gradualista]” (FD 2º).

Si, como ya hemos visto en más de una ocasión, no es necesario el enriquecimiento del trabajador para que se aprecie la transgresión de la buena fe, este razonamiento aclara que tampoco podrá alegarse que ese enriquecimiento ha sido mínimo: el hecho mismo de apropiarse de dinero de la empresa –sea cual sea la cantidad– basta para justificar la pérdida de confianza.

7. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

7.1. Prestación por cuenta propia de servicios propios de la empresa (y en las instalaciones de esta)

La STSJ Comunidad Valenciana 29 septiembre 2020²⁷ nos resulta interesante en cuanto relaciona la transgresión de la buena fe con la concurrencia desleal. El caso en cuestión es el de un monitor de un club de tenis, cuyos reglamentos disponen que sus trabajadores debían declarar las clases impartidas y cobrarlas a determinado precio, cantidad de la cual una parte iría a engrosar la nómina del asalariado. El trabajador impartió por su cuenta, en las mismas instalaciones deportivas de la empresa, una serie de clases que “no están declaradas, ni liquidadas por el mismo a la entidad y, por tanto, no figuran contabilizadas por la entidad”, además de que “el precio cobrado por el actor han sido 25 euros, cuando el precio que se debería cobrar, según los precios del Club, debiera ser de 28 euros”.

En lo doctrinal, el TSJ reitera la tan citada STS de 19 julio 2010²⁸, concluyendo que la actuación es desleal y causa perjuicio económico a la empresa:

“No cabe duda que el actor al no liquidar a la empresa demandada algunas de las clases que impartía en el Club, y ocultarle además la utilización de las pistas de tenis cuando impartía clases como monitor en los días que se reflejan en la carta de despido, actuó fraudulentamente y con deslealtad, causándole además un evidente perjuicio a la empresa demandada, que se vio privada de la ganancia económica que tendría que haber obtenido tanto por la utilización de las referidas pistas como por las clases impartidas por el demandante como monitor en las instalaciones de la demandada. Los referidos incumplimientos

27. AS\2021\302.

28. Cfr. nota núm. 5.

contractuales revisten, por lo tanto, la gravedad necesaria para justificar la imposición de la máxima sanción que en el ámbito laboral constituye el despido” (FD 2º).

Recurre además el Tribunal al régimen sancionador del convenio colectivo de aplicación, que, en un mismo precepto, menciona “deslealtad” y “negociaciones por cuenta propia”, lo que nos advierte de la relación estrecha de ambos conceptos en lo laboral. El precepto de la norma convencional tipifica como falta muy grave

“el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los otros trabajadores o con cualquier otra persona durante el trabajo, o hacer negociaciones de comercio o industria por cuenta propia, o de otra persona, sin expresa autorización de las empresas, así como la competencia desleal en la actividad de la misma”²⁹.

8. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

8.1. Realización de actividades externas incompatibles con restricciones de trabajadores especialmente sensibles

Aunque, finalmente, en la STSJ Galicia 18 febrero 2020³⁰ no se aprecia transgresión de la buena fe contractual, queremos traerla a este trabajo por ser de las pocas que encontramos en materia de prevención de riesgos laborales, además de contener algún elemento doctrinal a destacar. La hemos incluido bajo un epígrafe cuya dicción es muy parecida a las de 2.3 o 6.1, pero aquí no se trata de realización de actividades durante la situación de IT, sino de actividades que la empresa entiende incompatibles con las restricciones que, como consecuencia de la aplicación de la LPRL, acuerdan los Servicios médicos de empresa con respecto a las funciones del trabajador.

El asalariado sufrió un accidente de tráfico que ocasionó diferentes bajas médicas, a raíz de lo cual

“la empresa procedió a la evaluación de condiciones de trabajo para situaciones de especial sensibilidad, concluyendo que el trabajador «no debe realizar tareas por encima del nivel del hombro...» y se adaptó su puesto de trabajo para que no tuviese que realizar dichas tareas”.

Se adaptaron pues las funciones del trabajador y, vigentes estas restricciones, el asalariado se presentó (y superó) las pruebas médicas para el acceso al Cuerpo

29. Art. 43, Faltas muy graves.3, del IV Convenio Colectivo Estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE de 11 de junio de 2018).

30. AS\2020\2467.

Nacional de Policía, habiendo aportado, además, para poder concurrir a la oposición, certificado médico en que se consignó que “reúne las condiciones físicas precisas para realizar las pruebas de aptitud física para el ingreso en la Policía Nacional”. La empresa alegó que esto

“obstaculizó, retrasó o perjudicó la buena evolución, mejoría y/o desaparición de las molestias o limitaciones que originaron las citadas restricciones para el puesto, o, cuanto menos, supuso la realización de una actividad incompatible con las mismas”.

Finalmente, como decimos, el TSJ entendió que no existió transgresión de la buena fe; entre otras razones, por cuestiones temporales: el certificado médico y las pruebas se realizaron en el mes de septiembre, y, en la revisión a que hubo de someterse el trabajador en el mes de octubre, los Servicios médicos de la entidad levantaron las restricciones, es decir, dejaron de considerarlo “especialmente sensible”. Pero –quizás– de haber sido otros los elementos temporales, hubiera variado la decisión judicial. Nos interesa, pues, la Sentencia por la posible inclusión, entre las modalidades de transgresión de la buena fe, de este tipo de situaciones.

En cuanto al aspecto doctrinal, y aunque ello no suponga una novedad, resalta la Sentencia la relación entre “poder de dirección”, “deber de obediencia” y “buena fe”. En este sentido, nos dice el Tribunal gallego, siguiendo al madrileño, que

“la base o fundamento jurídico del llamado poder de dirección del empresario [...] está en el contrato de trabajo, y se asienta en las notas de ajenidad y dependencia propias del mismo”.

lo que genera el correlativo deber de obediencia del trabajador, pero

“se trata no solo de un deber básico de obediencia al que se refiere el art. 5.c) del ET, en cuanto sometimiento al ejercicio regular de las facultades directivas empresariales, sino, fundamentalmente, del antecedente deber básico de buena fe (art. 5.a) Estatuto de los Trabajadores), que exige cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, lo cual tiene por finalidad adecuar la relación laboral a la finalidad económica del contrato de trabajo, pues de otro modo se destruiría el equilibrio sinalagmático del contrato” (FD 5º).

8.2. Apropriación o sustracción de dinero o efectos de clientes

Con la STSJ Galicia 24 noviembre 2020³¹ nos encontramos con un caso de apropiación del trabajador, pero no, como en 2.1 o 6.3, de dinero o productos de la empresa, sino de clientes de esta. Se trata del empleado de un banco que hace, de un lado, dos

31. AS\2021\387.

disposiciones de 1.000 y 600 €, respectivamente, de la cuenta de un cliente (que obviamente acude al banco a quejarse, reintegrando entonces el trabajador el dinero en aquella) y, de otro lado, una disposición de 2.000 € de la cuenta de sus propios padres (el mismo día en que es suspendido de empleo y sueldo mientras se tramita el correspondiente expediente disciplinario abierto por el hecho anterior). La justificación dada por el empleado es la necesidad de “ingresarle a su mujer la pensión de alimentos de su hija”.

En lo doctrinal, el Tribunal gallego reitera *in extenso* la ya conocida STS de 19 julio 2010³². Pero hay dos cuestiones aquí que nos interesa mencionar: en primer lugar, y ante la alegación de que la sanción resulta desproporcionada, “vistas las circunstancias de salud del demandante, que padece una depresión aguda con episodios de desorientación”, el TSJ entiende –con la Sentencia de instancia– que no merece acogida tal alegación

“pues, de los informes aportados, se deduce que la patología del demandante tenía varios años de evolución, y ello no le impidió el desarrollo de su ocupación con normalidad, sin que consten periodos de IT de larga duración, más allá del iniciado al tiempo del despido, existiendo un informe médico, del médico de atención primaria, que, incluso, afirma que, al tiempo del despido, la evolución de su enfermedad era buena, por lo que estima que la detracción de los referidos importes constituyen obviamente una transgresión de la buena fe contractual, una infracción muy grave que justifica la imposición de la sanción en su grado máximo”³³.

En segundo lugar, nos advierte el TSJ que ni siquiera el consentimiento posterior del cliente “convalida” la actuación fraudulenta del trabajador. Esto nos lo dice en relación con la disposición de 2.000 € de la cuenta de sus padres, constando

“que el actor no era cotitular ni autorizado en las cuentas de sus padres, y los padres no dieron su autorización previa a dicha disposición, ni su consentimiento, sino que este se

32. Cfr. nota núm. 5.

33. Con mayor razón, no podrá ser tenido en cuenta –como factor para minorar la gravedad o culpabilidad– un proceso depresivo posterior a la comisión de la falta: “La actuación del actor es grave y culpable ..., sin que dicha culpabilidad se vea minorada por haber padecido un proceso depresivo con posterioridad a que el banco descubriese dichas apropiaciones indebidas, pues los informes aportados por el actor son posteriores a las apropiaciones de dinero, por lo que no reflejan el estado de salud del actor en el momento en que se cometieron las apropiaciones, y en modo alguno se ha acreditado que dicha situación de depresión o ansiedad la tuviese en el momento en que se produjeron los hechos sancionados con despido. En definitiva, la recurrente en modo alguno ha acreditado que en el momento en que se cometieron los hechos sancionados con despido tuviese el actor sus facultades mentales mermadas en grado tal que le eximan de la responsabilidad de sus actos” (FD 3º).

produjo *a posteriori*: por lo que nos encontramos ante una transgresión de la buena fe contractual al ir en contra de los intereses de la empleadora”.

8.3. Negativa al uso de mascarilla en el centro de trabajo

El uso de la mascarilla durante la pandemia no dejó de suscitar problemas laborales. Traemos por ello a nuestro trabajo la STSJ Galicia 14 mayo 2021³⁴, que enjuicia el caso del despido de una empleada de panadería por no hacer un uso correcto de la mascarilla. El despido fue declarado improcedente, pero –como vamos a ver– por circunstancias puramente temporales.

Los hechos se produjeron justamente al inicio del Estado de alarma³⁵, afirmando la entidad que

“en ese escenario, el 15 de marzo de 2020, y derivado del Estado de emergencia sanitaria, la empresa, en todos los despachos de pan y demás productos, se comunica telemáticamente con todos los empleados, incluyéndola a usted, indicándole la obligación que tienen todos los empleados/as de que durante el periodo de prestación de servicios es obligatorio ponerse mascarillas”.

Pero lo cierto es que:

- A. Lo que se produjo el día siguiente a la declaración del Estado de alarma fue un mensaje whatsapp, mientras que “los protocolos de actuación frente a la Covid 19 se entregan con posterioridad al despido de la trabajadora, sin que a tal efecto baste remisiones por whatsapp que no constan como leídos por la trabajadora, sin que tampoco se hubieran acreditado advertencias individuales a la trabajadora”³⁶.

34. AS\2021\1504.

35. RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

36. Argumento de la Sentencia de instancia recogido en el AH 2º. Más adelante nos dirá el TSJ, con el TS, que un mensaje whatsapp no es un documento (FD 2º), y que “compartimos los argumentos de la Sentencia cuando señala que, para apreciar la gravedad y culpabilidad de la desobediencia y de la transgresión de la buena fe contractual de la trabajadora hasta el punto de ser constitutiva de una infracción muy grave y por lo tanto sancionable con la máxima sanción de despido, es un requisito previo imprescindible que hubiese notificado de forma fehaciente y con mayor diligencia las órdenes dadas que se invocan como desobedecidas. Y, así, las menciones al uso obligatorio de mascarillas se realizan en sendos grupos de whatsapp con una participación numerosa (en hechos probados se habla de más de 50 participantes en uno de ellos, y en fundamentación jurídica se mencionan más de 30 participantes), en los que se tratan temas de todo tipo, y en los que las referencias al uso de las mascarillas es mínimo y pasa totalmente desapercibido, no constando de forma fehaciente que hubieran sido leídos por la actora” (FD 3º).

- B. En ese momento, la legislación sanitaria no recogía de forma clara el uso obligatorio de la mascarilla, debiendo tenerse en cuenta que:

“no se puede enjuiciar la situación con todo lo que sabemos ahora, sino que hay [que] enjuiciarla teniendo [en cuenta] los conocimientos que existían en aquel momento y con una situación de desconcierto generalizado”, siendo así que “a fecha del despido -24 de abril de 2020– no existía normativa a nivel estatal o autonómico que impusiese el uso obligatorio de la mascarilla. La Orden SND/422/2020 [...], en la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de la mascarilla es del 19 de mayo [...] Como bien dice la Sentencia de instancia, en el momento en el que se produce el despido son los primeros momentos de la pandemia en España, y no existía esa certidumbre que existe en la actualidad respecto al uso de la mascarilla”.

Dadas estas circunstancias, la Sentencia se ve obligada a declarar la improcedencia del despido (“sin restar un ápice de importancia a los comportamientos poco solidarios o responsables, atendidas las circunstancias que ya se estaban produciendo en marzo/abril de 2020”, FD 3º, recogiendo la literalidad de la de instancia).

Pero la interpretación *sensu contrario* de esta misma Sentencia nos llevaría a que, cuando ya sí estaba claramente impuesta la obligatoriedad de la mascarilla, la negativa a portarla hubiera devenido en un ilícito laboral sancionable, con base tanto, en su caso, en la desobediencia [art. 54.2.b) ET] –si existían órdenes empresariales expresas–, como en la transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2.d)], motivos ambos de sanción que son tratados conjuntamente en la resolución judicial.

9. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

9.1. Incumplimiento de deberes habituales de la profesión

La STSJ Islas Baleares 23 junio 2021³⁷ trata el despido de una camarera de hotel que, al cobrar las consumiciones a los clientes de uno de los bares de la entidad, ni imprime los tiques correspondientes ni, en consecuencia, se los entrega a aquellos. No existe lucro por su parte.

Esta sentencia nos interesa, sobre todo, porque la trabajadora alegó que no había recibido instrucciones precisas sobre el modo de actuar al servir las consumiciones. Para rebatir este argumento recurrirá el Tribunal a lo que podemos denominar “práctica profesional”; reiterando lo ya dicho por la Sentencia de instancia nos dirá que

37. AS\2021\1478.

“la actora tenía que conocer la inexcusabilidad de ese deber profesional de emitir y entregar los tickets de las consumiciones y, aunque no consta probado que la empresa advierta de ello, personal y expresamente por escrito, a todos los integrantes de la plantilla de bares, y de las consecuencias que conlleva su incumplimiento, ello se deduce [...] del normal desarrollo por la experiencia común que existe en este tipo de servicios y que suponen el único control que posee la empresa para verificar sus ingresos de forma fiable” (FD 2º).

Por lo demás, en lo doctrinal esta sentencia reitera literalmente la tan repetida STS de 19 julio 2010³⁸, haciendo hincapié en la irrelevancia, para apreciar la ilicitud de la acción, de que existan o no unos beneficios concretos para el trabajador o, en su caso, de la cuantía de estos:

“Nos hallamos ante un proceder [en] que la importancia no reside en el perjuicio o en la sustracción de determinados importes, en ello no radica la gravedad de los hechos en sí. Es indiferente que haya o no lucro para el trabajador, que se produzca o no perjuicio para la empresa o que lo defraudado tenga mayor o menor valor, en este caso se quebranta una máxima, procediendo de un modo contrario a la lealtad que se supone en el desempeño de su profesión, acreditándose un modo de proceder sistemático, en varios días, en los cuales la trabajadora dejó deliberadamente de emitir los tickets y dejó de entregar el oportuno ticket al cliente, conllevando el hecho en sí desobediencia grave, generándose la desconfianza de la entidad pues dada la deslealtad del trabajador, genera una pérdida de confianza, transgrediendo la buena fe contractual” (FD 2º).

10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS CANARIAS

10.1. Grabación de conversaciones telefónicas con compañeros y responsables de la empresa

Con la STS Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 15 junio 2021³⁹ nos encontramos con una resolución enormemente extensa (ciento treinta nueve páginas –aunque ya solo los antecedentes ocupan ciento dieciocho–, a las que hay que añadir un voto particular). Ciñéndonos a lo que más nos afecta, se trata aquí del despido del Jefe de Comunicación de una determinada empresa (concretamente de un partido político), que, en un procedimiento distinto a este, seguido a su instancia por acoso laboral, aporta como prueba unas conversaciones mantenidas con compañeros y dirigentes. El motivo de despido lo resume así la sentencia:

38. Cfr. nota núm. 5.

39. JUR\2021\303172.

“Argumenta [la empresa], en esencia, que ... procedió a grabar todas las conversaciones que mantenía con miembros del Partido y del Grupo Parlamentario mediante una aplicación instalada en su teléfono móvil, sin haberlo comunicado a ninguno de sus interlocutores”.

La Sentencia canaria, como ya hemos visto que hace alguna otra, nos aclara, en primer lugar, que el abuso de confianza no es sino una modalidad de transgresión de la buena fe, aplicable especialmente a determinados puestos:

“El abuso de confianza es una modalidad de la transgresión de la buena fe contractual, consistente en un mal uso o en un uso desviado por parte del trabajador de las facultades que se le confiaron que provoque lesión o riesgo para los intereses de la empresa o que el empresario pierda la confianza que tenía depositada en el trabajador (STS de 26 de febrero de 1991). El abuso de confianza se aplica señaladamente por la jurisprudencia en puestos de dirección o cargos de confianza, o respecto de quienes trabajan en un especial lugar de trabajo (fuera del centro de trabajo o en el domicilio del empleador)” (FD 5º).

A partir de ahí nos recuerda el Tribunal canario las notas vistas que, para la jurisprudencia tradicional del TS, configuran esta especial causa de despido; para concluir que la actuación del trabajador es claramente ilícita:

“A la vista de lo expuesto, hemos de concluir necesariamente que la conducta protagonizada por el trabajador sancionado, grabar de manera indiscriminada y oculta las conversaciones telefónicas que mantenía con sus compañeros de trabajo y con responsables del partido político, a los que supuestamente tenía que asesorar en materia de comunicación, es claramente constitutiva de trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, prevista y sancionada por el artículo 54 párrafo 2º letra d) del Estatuto de los Trabajadores. Es evidente que, en el caso del trabajador despedido, el Partido Político para el que prestaba servicios ha perdido toda confianza en él, especialmente teniendo en cuenta que, al ostentar la condición de Jefe de Prensa del Grupo Parlamentario y Coordinador de Comunicación del Partido, tiene conocimiento de datos, extremos y cuestiones, y maneja información, de la máxima importancia y confidencialidad y puede disponer de ella a discreción y poner en riesgo sus intereses” (FD 5º).

11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

11.1. Realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal

Con la STSJ Madrid 16 enero 2020⁴⁰ nos hallamos ante un nuevo caso de realización de actividades durante la situación de IT. Aunque seamos breves para no repetir argumentos ya vistos en 2.3 o 6.1, conviene detenerse en una particularidad, cual es que la trabajadora, además de su labor por cuenta ajena para la empresa que la despide, se encontraba en alta en el RETA, colaborando en un bar titularidad de su esposo. Y precisamente una alegación de la trabajadora (jefa de sector de una empresa de hostelería) fue

“que su baja laboral estaba exclusivamente vinculada a su trabajo para la mercantil demandada, y no para su actividad de gerencia, llevanza y gestión del establecimiento de su marido, no considerando en momento alguno que con ello vulnerase su deber de buena fe para con su empresario”.

El TSJ, aludiendo a sentencias propias anteriores, reitera que, con carácter general,

“la realización de actividades en IT incompatibles con el trabajo constituye causa de despido, porque la incidencia negativa de estas sobre la curación de la enfermedad retrasa la incorporación al trabajo y transgrede en consecuencia la buena fe contractual”,

señalando en este sentido que “no se requiere que en IT se desempeñen trabajos necesariamente remunerados, sino cualquier actividad contraindicada para la situación clínica incapacitante”, de manera que la realización de actividades aun no retribuidas puede:

- A. bien suponer la simulación de la incapacidad temporal; o
- B. bien dificultar el restablecimiento del asalariado⁴¹.

40. AS\2020\1464.

41. FD 2º. Los entrecuadrados son citas literales que toma esta sentencia de la STSJ Madrid de 10 diciembre 2018 (JUR 2019\74645). Señalaba esta última: “Se explica con acierto por la sentencia de instancia al declarar que si el actor «estaba incapacitado para realizarla en cumplimiento de su obligación prestacional para la empresa demandada, también lo estaba para desempeñarla como trabajador autónomo; porque, además de que desde una perspectiva objetiva es idéntica la limitación funcional de una misma persona para una misma o análoga actividad, el ejercicio por cuenta propia de esa actividad contraindicada respecto de la patología determinante de la baja médica constituye un claro ejercicio de vulneración de la buena fe contractual, porque, como ya se expuso, o bien indica la simulación de la enfermedad o lesión, o bien dificulta el restablecimiento a los efectos de procurar la reincorporación a la actividad laboral en la empresa con la menor demora posible. Dada la evidente gravedad de la conducta sancionada, no cabe aplicar el principio gradualista, siendo destacable que la medida extintiva no

11.2. Apropiación o sustracción de dinero o efectos

El supuesto enjuiciado en la STSJ Madrid 30 abril 2020⁴² es el de una camarera de hotel que, tras la marcha de un cliente y habiendo olvidado este un cinturón de cierto valor, se lo apropia, sin seguir el protocolo establecido por la empresa para estos casos. Puesto en contacto el cliente con el Hotel para informar de su olvido, hasta en tres ocasiones se le preguntó a la trabajadora si sabía algo del cinturón, siendo la respuesta negativa. A la vista de ello, la entidad opta por revisar las grabaciones de las cámaras de videovigilancia, comprobándose entonces que la trabajadora se había apropiado del cinturón.

El TSJ se centra sobre todo en la validez como prueba de las imágenes, pero no deja de hacer algún apunte sobre la buena fe que nos resulta interesante. Así, ante la alegación de la trabajadora de que el despido resulta desproporcionado porque los hechos “serían constitutivos de una tentativa de hurto no penalizada dentro del ámbito laboral, siendo la sanción desproporcionada a la gravedad de los hechos (teoría gradualista)”, la respuesta del TSJ Madrid es inequívoca, en el sentido de que la sustracción supone *per se* una transgresión de la buena fe contractual, sea cual sea el valor de lo sustraído:

“La realidad acontecida demuestra de manera tozuda la gravedad de los hechos y la culpabilidad de la conducta imputada a la trabajadora que procedió a sustraer, sin autorización, un cinturón de piel trenzada negro que procedió a meter en el carrito de limpieza, saltándose los protocolos, y que solo devuelve al ser descubierta. Se trata de una conducta sin duda constitutiva de falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual. La apropiación de efectos de la empresa por regla general debe considerarse conducta que justifica el despido, con independencia de su valor, pues tales hechos son de la máxima gravedad e implican transgresión de la buena fe contractual al no poder depositarse la confianza en un trabajador que tiene a su alcance las mercancías de la empresa y tiene numerosas ocasiones de efectuar similares comportamientos burlando los controles de la empresa. La cuantía económica del bien perteneciente a la empresa del que se apropia o que sustrae el trabajador no es un criterio que, en principio, deba tenerse en cuenta por sí solo para calificar la gravedad de la conducta” (FD 11º).

Pasando a una segunda resolución, ya hemos tenido oportunidad en varias ocasiones de tratar el supuesto en que el trabajador se apropia de dinero de la empresa.

obedece propiamente a que el trabajador desarrollara actividades en competencia desleal con la empresa, sino que, estando aquejado de espolón calcáneo, lesión causante de la IT, no tuviera dificultad para ejecutar tareas que eran incompatibles con esta patología –y sí con su trabajo en la empresa demandada– que exigió al actor permanecer de baja durante más de dos meses” (FD 1º).

42. AS\2020\2481.

La particularidad que presenta la STSJ Madrid 27 mayo 2020⁴³ es que la apropiación es temporal. El supuesto es el de una trabajadora de una clínica privada, encargada de realizar los cobros a los pacientes, que en varias ocasiones percibe el dinero (en metálico) del cliente sin contabilizarlo, si bien con posterioridad hace una anotación contable (ficticia, pues no se corresponde con el día del cobro efectivo) e ingresa el dinero en la cuenta de la entidad. Es decir, nos encontramos en definitiva con una apropiación temporal, en que lo que hace la asalariada es postergar la entrada efectiva del dinero en el patrimonio empresarial.

Lo interesante, a nuestros efectos, de esta resolución judicial es que resalta la falta de confianza derivada del proceder de la actora, sin que mitigue su gravedad ni la escasa cuantía de las cantidades apropiadas ni que estas fueran restituidas:

“La conducta de la actora supondría en todo caso una serie de incumplimientos contractuales, dada su conducta reiterada, de entidad suficiente como para justificar el despido disciplinario (art. 54.2 d) ET), tal como lo entendió la sentencia de instancia, que, tras indicar que se ha acreditado que la demandante ha procedido en la forma expresada en el relato de hechos probados de forma culpable y dolosa, viene a poner de relieve que, aun cuando las cantidades distraídas carecieran de un valor notable y fueran luego restituidas por la actora, lo determinante de la gravedad de su proceder es la confianza defraudada, en cuanto a las irregularidades contables detectadas, solo a ella imputables y que tenían como única finalidad la sustracción de cantidades aún de manera temporal” (FD 2º).

Finalmente, nos encontramos en la STSJ Madrid 8 junio 2020⁴⁴ el caso de un trabajador de una empresa de gestión de residuos sólidos, que es captado mediante videocámaras facilitando el acceso al centro de trabajo de personas ajenas al mismo, las cuales retiran algunos residuos sólidos; dicho en palabras de la carta de despido: “Usted se ha apropiado de materiales de la empresa, los ha hecho suyos, los ha entregado a terceros, [...] y los ha puesto a disposición de estos sin estar autorizado para ello”. Es posible que por ello recibiera una contraprestación económica, pero “no ha quedado acreditado que el actor se lucrara con la venta de chatarra”.

El grueso de la fundamentación jurídica de la Sentencia se centra en la licitud como prueba de las imágenes obtenidas mediante videovigilancia. Pero también se ocupa de la transgresión de la buena fe, al dar respuesta a tres alegaciones concretas del trabajador: que no quedaba acreditada una conducta continuada ni habitual; que no se acreditó que se lucrara con la venta de residuos; y que tampoco quedó acreditado perjuicio económico para la entidad. A esto opone el TSJ Madrid que:

43. AS\2020\1932.

44. AS\2020\2251.

“la jurisprudencia es constante al señalar que la conducta consistente en sustracción de bienes o efectos de la empresa por el trabajador, o por otras personas con acuerdo o consentimiento del trabajador, supone una grave quiebra o transgresión de la buena fe laboral y un abuso de confianza constitutivos del despido procedente, conforme al artículo 54-1-d) del Estatuto de los Trabajadores”, sin que el “presumible escaso valor de los efectos (chatarra) retirados por las personas a las que el actor permitió el acceso y la retirada de aquéllos [...] [excluya] la grave quiebra de la buena fe laboral” (FD 6º).

Frente a la opuesta falta de habitualidad, el TSJ citará su propia doctrina en el sentido de que “la inexistencia de sanciones anteriores [...] no [puede] operar como [...] [atenuante] de la gravedad de la conducta sancionada”⁴⁵.

11.3. Trato especial a determinados sujetos

En la STSJ Madrid 9 diciembre 2020⁴⁶ nos encontramos ante un caso palmario de trato de favor. El trabajador despedido era Jefe de Negociado de una empresa de transporte de viajeros, que al parecer está calificada para la realización de pruebas de aptitud de conducción de autobuses. El trabajador se interesó por un participante en uno de los exámenes de conducción, informándole el examinador que la calificación obtenida fue la de “no apto”; a continuación acudió al Departamento de Recursos Humanos, solicitó el expediente correspondiente a aquel participante y, utilizando un corrector, sustituyó la calificación por la de “apto” (borró la cruz de la casilla de la primera calificación y marcó la de la segunda).

El supuesto se comenta por sí solo, por lo que al TSJ no le cabe más que entender ilícita tal actuación, poniendo de relevancia además el peligro que para los ciudadanos pudo suponer la misma:

“El actor con su comportamiento no solo demostró una evidente deslealtad y abuso de confianza en las tareas encomendadas, entre las que no se encontraban las de examinar y calificar a Don [...]; sino que pudo poner en peligro la circulación y el tráfico permitiendo el manejo de vehículos destinado al transporte de personas a quien no ostenta aptitudes para ello, únicamente por motivos de amistad” (FD 9º).

11.4. Omisión de los deberes de control inherentes al puesto

La STSJ Madrid 10 mayo 2021⁴⁷ trata un supuesto de verdadera ingeniería económica. En una muy apretada síntesis, y para no extendernos en términos que escapan a nuestra Rama del conocimiento, baste el siguiente resumen: el trabajador en

45. La cita es de la STS Madrid de 19 diciembre 2013 (JUR 2014\19652, FD 3º).

46. AS\2020\670.

47. AS\2021\1675.

cuestión era Director gerente de una empresa pública, en función de cuyo cargo fue nombrado Presidente y Consejero delegado de otra empresa participada por aquella; el área económica de esta última empresa procedió a una serie de operaciones de extensión, ampliación y participación de otras empresas, operaciones que fueron calificadas de fraudulentas y delictivas; y todas estas irregularidades sucedieron sin que el trabajador ejerciese actividad alguna de control. En palabras de la carta de despido y la Sentencia de instancia, “incurrió en una absoluta dejación de funciones y despreocupación”; es decir, no se le imputa la comisión de los actos fraudulentos (que, además, produjeron perjuicio para la empresa pública), sino que el motivo de despido es no haber ejercido los deberes de control inherentes a la responsabilidad del cargo que ocupaba, inspeccionando o vigilando la actividad de las distintas áreas de la entidad que presidía.

Para dar respuesta a este tema, la STSJ Madrid 10 mayo 2021, con cita de pronunciamientos de otros TSJ así como del TS, nos recuerda, en primer lugar, que

“los deberes de fidelidad y lealtad, si deben ser cumplidos por cualquier trabajador, lo deben ser con mayor escurpulosidad y rigor por quienes ejercen cargos de confianza”,

concluyendo, tras una extensa exposición de doctrina judicial sobre la transgresión de la buena fe, que

“basta que esa transgresión atente a la justa convivencia social y a la buena imagen de la empresa, o que haya simplemente negligencia, imprudencia o descuido imputable al trabajador, para que [se] justifique el despido”.

En virtud de ello, estima que la conducta del trabajador aquí enjuiciada está correctamente tipificada conforme al convenio de aplicación⁴⁸,

“como fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones, desempeño y funciones encomendadas; y como provocación de daños graves por negligencia o imprudencia inexcusable” (FD 6º).

11.5. Revelación de datos a la competencia

La STSJ Madrid 30 junio 2021⁴⁹ se ocupa de un caso en que, tras una serie de vicisitudes (entre ellas un despido anterior del que se retractaría la empresa), el trabajador debe entregar el equipo puesto a su disposición por la entidad, equipo que incluía el

48. Cfr. I Convenio Colectivo de Canal Isabel II Gestión SA, art. 90.c), apartados 1 y 14 (BOE de 31 de enero de 2017).

49. JUR\2021\318836.

teléfono móvil. Es entonces cuando la empresa, al preparar el móvil para entregarlo al trabajador que iba a sustituir al ahora despedido, comprueba que este había remitido una serie de mensajes y archivos a una persona que prestaba servicios para una empresa de la competencia; tales mensajes y archivos contenían información sensible sobre potenciales clientes.

El Tribunal madrileño, que finalmente entendió procedente el despido del trabajador, se extiende sobre todo en aspectos como la garantía de indemnidad, el derecho a la intimidad, la protección de datos personales, la indefensión, etc. Pero también entra, aunque brevemente, en la transgresión de la buena fe contractual. En este sentido nos recuerda, con la ya referida STS de 19 de julio de 2010⁵⁰, que

“la buena fe contractual se configura «por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena»” (FD 6º),

concluyendo que

“la conducta del actor constituye un incumplimiento grave y culpable [...] y es causa de despido disciplinario, al haber incurrido en indisciplina, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza”.

12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

12.1. Concurrencia desleal

La sentencia de 20 octubre 2020⁵¹ nos resulta muy interesante por la cuestión que trata: la concurrencia desleal. Como bien se sabe, el art. 5.d) ET impone al trabajador el deber de no concurrencia desleal con su empresa, deber cuyo incumplimiento va a ser entendido como transgresión de la buena fe contractual. En la Sentencia nos encontramos con un trabajador asalariado que, a la vez, presta servicios similares como autónomo para otras empresas. Los hechos quedan bien definidos en la carta de despido:

“La Empresa ha tenido conocimiento de que –de manera concomitante con la misma– presta también usted esos servicios como autónomo utilizando el siguiente nombre comercial: [...] A través del citado nombre comercial, usted ha venido ofreciendo sus

50. Cfr. nota núm. 5.

51. AS\2021\947.

servicios para diferentes personas y sociedades que hasta el momento han sido clientes de esta Compañía”.

Aunque el despido se declara improcedente por incumplimiento de los requisitos formales, no deja el TSJ de pronunciarse sobre el fondo del asunto, reiterando doctrina que, con base en la jurisprudencia del TS, había ya sentado en sentencias previas:

“Nuestro legislador ha querido que, entre los deberes que incumbe a los trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, se incluya el de no hacer concurrencia desleal a su empresario, que obliga a abstenerse de entrar en directa competencia con éste sin su consentimiento (arts. 5-d y 21-1 ET). Regla que, si bien en la literalidad de ese último precepto solo se vulneraría cuando se desempeña trabajando por cuenta de otro empresario en situación de competencia directa, en su recto sentido, derivado de su finalidad, también se infringe cuando el trabajo se realiza por cuenta propia o bien se constituye una sociedad con el objeto de que desarrolle una actividad empresarial directamente competitiva [...]. Deber de abstención cuya infracción constituye uno de los supuestos de incumplimiento grave y culpable que justifica el despido, con encaje en el que se tipifica en el art. 54-2-d) ET como trasgresión de la buena fe contractual, y para lo que no es preciso que la conducta del trabajador haya ocasionado perjuicios efectivos al empresario, bastando con que tenga potencialidad para causarlos al entrar en competencia económica en el mismo ámbito de mercado (STS 8-marzo-91 (RJ 1991, 1840)). El elemento esencial de ese incumplimiento no está en el daño efectivamente producido, sino en la actitud intencional del trabajador, realizando una conducta que, en la búsqueda del beneficio propio, no le importa lesionar los intereses del empresario. Repárese en que la clave de la trasgresión no radica en el hecho mismo de trabajar para la competencia directa, sino en hacerlo sin consentimiento del empresario”⁵².

Aun cuando, como hemos dicho, el despido fue declarado improcedente por defectos formales, afirmará el Tribunal que, de haberse tramitado correctamente, los hechos “harían ver que el demandante sí que ha entrado en colisión competitiva con la empresa”.

13. CONCLUSIONES

Terminada aquí la exposición casuística de la litigiosidad que en los TSJ ha encontrado la transgresión de la buena fe contractual, extraemos las siguientes conclusiones:

1. Con respecto a esto último, cabe decir que, en general, la labor de los tribunales autonómicos no ha resultado especialmente innovadora. Los mismos

52. FD 3º, recogiendo la literalidad de la STS País Vasco de 20 mayo 2005 (AS\2005\2610).

siguen básicamente en lo doctrinal la jurisprudencia sentada con anterioridad por el TS, que muy sintéticamente podemos resumir con el TSJ andaluz del siguiente modo⁵³:

- a) El principio de buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo.
 - b) Si bien la transgresión admite distintas graduaciones en su objetiva gravedad, cuando sea grave y culpable es causa de despido.
 - c) No resulta determinante la inexistencia o escasa cuantía de los perjuicios que pueda sufrir la empresa.
 - d) No es necesario que el trabajador haya querido dolosamente conculcar sus deberes, bastando la negligencia.
 - e) El deber de buena fe, exigible a todo trabajador, cabe predicarlo con mayor rigurosidad de los puestos de mayor confianza.
 - f) Como toda causa de despido, debe ser interpretada restrictivamente.
2. Por su continua aparición, la STS 19 julio 2010 puede calificarse de paradigmática en materia de transgresión de la buena fe. Esta y algunas otras son reproducidas con frecuencia por los TSJ (a veces a modo de aluvión)⁵⁴.
 3. De todas formas, y pese a esa continua referencia al TS, cuando ha resultado posible hemos destacado algún aspecto que, por una u otra circunstancia, quedaba resaltado en la sentencia autonómica que se analizaba.
 4. Volviendo a lo que era objeto central de nuestro estudio (la exposición de la casuística habida ante nuestros TSJ en los dos últimos años), creemos haber cubierto nuestro objetivo: con la lectura de los resúmenes expuestos en las páginas precedentes el lector puede hacerse una idea, bastante aproximada, de en qué se traduce (cuando menos en la Práctica judicial) el concepto jurídico indeterminado de transgresión de la buena fe.
 5. Claramente se aprecia que hay un grupo de supuestos destacado (apropiación para sí o para terceros de productos o dinero de la empresa o de clientes; nueve sentencias), seguido a distancia de un segundo bloque (realización de actividades durante la situación de incapacidad temporal; tres supuestos); otros casos (al menos dos sentencias) hacen a la concurrencia desleal o el trato de favor a determinados sujetos (medie o no contraprestación económica).

53. Cfr. 2.1: STSJ Andalucía (Granada) 4 marzo 2021 (AS\2021\1319).

54. En nota 5 recogemos *in extenso* el FD 5º de la STS mencionada.

ANEXO 1. ÍNDICE ANALÍTICO DE LAS SSTSJ CONSULTADAS

Abandonos del puesto de trabajo	STSJ Cataluña 13 de febrero 2020 ⁵⁵
Actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal	STSJ Andalucía (G) 19 noviembre 2020 STSJ Cataluña 24 enero 2020 STSJ Madrid 16 enero 2020
Actividades incompatibles con restricciones funcionales de trabajadores especialmente sensibles	STSJ Galicia 18 febrero 2020
Apropiación de productos o dinero de la empresa	STSJ Andalucía (S) 12 febrero 2020 STSJ Andalucía (S) 4 marzo 2020 STSJ Andalucía (S) 5 marzo 2020 STSJ Andalucía (G) 4 marzo 2021 STSJ Cataluña 22 mayo 2020 STSJ Madrid 8 junio 2020
Apropiación temporal	STSJ Madrid 27 mayo 2020
Apropiación de productos de clientes	STSJ Galicia 24 noviembre 2020 STSJ Madrid 30 abril 2020
Conducta negligente y desconsideración en el trato a clientes	STSJ Asturias 16 marzo 2021
Concurrencia desleal. Prestación por cuenta propia de servicios de la empresa	STSJ C. Valenciana 29 septiembre 2020 STSJ País Vasco 20 octubre 2020
Deber de confidencialidad. Alcance	STSJ Cantabria 10 mayo 2021
Deberes de control inherentes al puesto. Omisión	STSJ Madrid 10 mayo 2021
Deberes habituales de la profesión. Incumplimiento	STSJ Islas Baleares 23 junio 2021
Falsificación de firmas o documentos	STSJ Andalucía (S) 8 julio 2020
Falsificación de los instrumentos de control	STSJ Asturias 23 marzo 2021
Gestión comercial perjudicial	STSJ Asturias 28 abril 2020
Gestión comercial fraudulenta	STSJ Castilla-La Mancha 8 mayo 2020

55. La referencia Aranzadi Digital de cada sentencia la encuentra el lector en el Anexo 2 que sigue al cuadro.

ANEXO 1. ÍNDICE ANALÍTICO DE LAS SSTSJ CONSULTADAS

Grabación de conversaciones telefónicas con compañeros y jefes	STS Islas Canarias 15 junio 2021
Negativa a la prolongación de jornada (horas extras para pedidos urgentes)	STSJ Andalucía (S) 22 octubre 2020
Negativa al uso de mascarilla en el centro de trabajo	STSJ Galicia 14 mayo 2021
Revelación de datos a la competencia	STJ Madrid 30 junio 2021
Trato especial a determinados sujetos	STSJ Andalucía (M) 9 diciembre 2020 STSJ Madrid 9 diciembre 2020

ANEXO 2. RELACIÓN DE SSTSJ CONSULTADAS

Andalucía (Granada)

19 noviembre 2020 (AS\2021\547)

4 marzo 2021 (AS\2021\1319)

Andalucía (Málaga)

9 diciembre 2020 (AS\2021\610)

Andalucía (Sevilla)

12 febrero 2020 (JUR\2020\175904)

4 marzo 2020 (JUR\2020\210588)

5 marzo 2020 (AS\2020\2272)

8 julio 2020 (AS\2021\431)

22 octubre 2020 (AS\2021\788)

Asturias

28 abril 2020 (AS 2020\2167)

16 marzo 2021 (AS\2021\1231)

23 marzo 2021 (AS\2021\1365)

Cantabria

10 mayo 2021 (AS\2021\1263)

Castilla-La Mancha

8 mayo 2020 (AS\2020\2289)

Cataluña

24 enero 2020 (AS\2020\1745)
13 de febrero 2020 (AS\2020\1618)
22 mayo 2020 (AS\2021\93)

Comunidad Valenciana

29 septiembre 2020 (AS\2021\302)

Galicia

18 febrero 2020 (AS\2020\2467)
24 noviembre 2020 (AS\2021\387)
14 mayo 2021 (AS\2021\1504)

Islas Baleares

23 junio 2021 (AS\2021\1478)

Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife)

15 junio 2021 (JUR\2021\303172)

Madrid

16 enero 2020 (AS\2020\1464)
30 abril 2020 (AS\2020\2481)
27 mayo 2020 (AS\2020\1932)
8 junio 2020 (AS\2020\2251)
9 diciembre 2020 (AS\2020\670)
10 mayo 2021 (AS\2021\1675)
30 junio 2021 (JUR\2021\318836)

País Vasco

20 octubre 2020 (AS\2021\947)