

## PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

### EL EXPEDIENTE CONTRADICTORIO EN EL DESPIDO DISCIPLINARIO

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2012*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** D. Justino, representante legal de los trabajadores y trabajador de un Matadero, es despedido por considerar la empresa que ha llevado a cabo actividades que han transgredido la buena fe y han dado lugar a su propio beneficio y a dejar en mal lugar a la empresa. Demanda D. Justino a la empresa y el Juzgado de lo Social estima que el despido es procedente. Eleva recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y éste también declara que el despido es procedente, confirmando la sentencia recurrida. Pero no desiste, y presenta recurso de casación unificadora ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El alto Tribunal estima el recurso de casación unificadora; casa y anula la sentencia recurrida y declara la improcedencia de despido.

En las tres instancias en las que D. Justino ha actuado, adujo el defecto de forma con que se llevó a cabo su despido, ya que al ser representante legal de los trabajadores tenía recogido por convenio colectivo unas formalidades adicionales a las que el E.T.<sup>1</sup> establece para estos sujetos.

**RESUMEN:** Lo más llamativo de la sentencia que comentamos es quizás el giro que hace con respecto a las dos sentencias que la preceden. No entra la magistrada en si D. Justino obró o no de mala fe, o transgredió la buena fe contractual; se limita a relatar y constatar que D. Justino no tuvo un despido con todos los requisitos formales que establece el convenio colectivo que le es de aplicación y sobre todo y en particular, el requisito establecido convencionalmente de no haber nombrado la empresa a un instructor y un secretario imparciales, para llevar a cabo todo el expediente contradictorio.

\* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T.

**ÍNDICE**

1. DESPIDO DISCIPLINARIO: TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE
2. EXPEDIENTE CONTRADICTORIO: REQUISITOS ESTABLECIDOS EN CONVENIO COLECTIVO
3. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

**1. DESPIDO DISCIPLINARIO: TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE**

Establece el art. 54.1 y 54. 2.d) del E.T.: “El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Se considerarán incumplimientos contractuales, la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

El deber de buena fe del trabajador supone la observancia de una regla de conducta que le obliga a conducirse con probidad, honestidad y celo para no defraudar los intereses del empresario ni la confianza en él depositada<sup>2</sup>.

No obstante, en el ámbito del contrato de trabajo no cabe duda de que el trabajador puede desarrollar una actividad por cuenta propia en el mercado siempre y cuando no se compita con el empleador con el que mantiene, simultáneamente, un vínculo jurídico contractual<sup>3</sup>.

Para que el trabajador compita con su empleador es requisito ineludible, en consecuencia, que desarrolle una actividad de carácter económico que persiga la colocación en el mercado del mismo producto, o la oferta de bienes y servicios de igual o similar naturaleza que los ofrecidos por la empresa contra la que se compite y que, al ir dirigidos a una clientela hipotéticamente igual, sean susceptibles de ocasionar un perjuicio al empleador<sup>4</sup>.

En la sentencia que comentamos cada uno de estos elementos señalados -competencia, actividad económica, mismo servicio y misma clientela-, habían sido claramente ejecutados y desempeñados por el actor, llamando poderosamente la atención que ello mismo no sea ni siquiera “tocado de puntillas” por la magistrada ponente. Más adelante, en el epígrafe siguiente de este comentario, daremos debida cuenta de los argumentos utilizados, que no son otros sino algunos defectos de forma en lo que al procedimiento de despido del actor se refiere.

<sup>2</sup> Conde Marín, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*. La Ley. Madrid 2007. Pág. 381.

<sup>3</sup> Nogueira Guastavino, M.: *La Prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo*. Aranzadi. Pamplona 2007. Pág. 215.

<sup>4</sup> Nogueira Guastavino, M.: *La Prohibición de ..... op. cit.* Pág. 216.

El actor, D. Justino, ya fue en un primer momento, antes del despido, sancionado con 11 días de suspensión de empleo y sueldo por haber tenido el empresario quejas de un cliente denunciando que le habían faltado dos gorrines, que aparecieron en las perchas del actor. Asimismo, el actor, al margen del trabajo en el Matadero, utilizaba sin permiso las instalaciones y el camión del Matadero con su chófer de reparto para entregar a clientes del actor, sus propios gorrines. El propio D. Justino admite los hechos y pide disculpas por los perjuicios causados, comprometiéndose a no utilizar los locales de la empresa ni materiales y/o herramientas de la misma con fines personales, así como a no realizar actividad laboral alguna ajena a la empresa en el ámbito de ésta<sup>5</sup>.

Por todo ello, a la vista de la declaración de D. Justino, parece quedar claro que aquello que califica a los actos de un trabajador como transgresión de la buena fe, ya no se volvería a producir, y por tanto, todo quedará en una suspensión de sueldo y empleo. A la vista está que no fue así, pues D. Justino fue despedido del Matadero. De nuevo vuelven a llegarle quejas de clientes al empresario: “Por el presente escrito, D. H. y D. F. desean comunicarle su más enérgica protesta por los siguientes hechos que hasta la fecha han sido reiteradamente denunciados de forma verbal al Encargado y al Gerente del Matadero, pero al no haber sido resueltos, procedemos ahora a denunciarlo de forma escrita: Durante todos los días previos a las recientes fiestas navideñas, el trabajador de esa empresa D. Justino ha venido visitando a nuestros clientes habituales, ofreciéndoles los mismos productos que nosotros. Esto, a primera vista puede parecer una competencia sana y normal; sin embargo, nosotros estamos convencidos de que su posición de trabajo en el Matadero le proporciona la suficiente información en cuanto a datos de los propios clientes, consumos, precios, etc., como para poder ofrecer mejores condiciones y en definitiva, aprovechándose de esa información, quitarnos ventas, como así ha ocurrido. Sabemos que anteriormente ya le han llamado varias veces al orden. Sin embargo si ustedes no ponen remedio, hemos decidido rescindir nuestra relación de trabajo con ustedes, dejando de utilizar los servicios del Matadero”<sup>6</sup>. Ciertamente el actor estuvo utilizando a los clientes habituales del Matadero, ofreciéndoles los mismos productos pero a precios más baratos.

Así pues, considerar que el trabajador quiebra el principio de buena fe contractual por captar o desviar clientes de su empleador, resulta evidente cuando se trata de clientela habitual o actual<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

<sup>7</sup> Nogueira Guastavino, M.: *La Prohibición de...* op. cit. Pág. 231.

Cuando un acto que ha producido un daño provoca beneficios para el trabajador, puede ser considerado como transgresor y permite declarar el despido como procedente. El deber de fidelidad implica un deber de abstenerse a conseguir un provecho personal para el trabajador<sup>8</sup>. Es significativo, pensamos, cómo el despido de D. Justino por éstos hechos es calificado de procedente tanto en primera instancia<sup>9</sup>, como en el recurso de suplicación que D. Justino presenta ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra<sup>10</sup> y es el Tribunal Supremo, como anteriormente señalábamos, quien declara improcedente dicho despido, sin entrar en absoluto en el tema que provoca el mismo.

Por tanto, lo esencialmente relevante es que el trabajador, sin autorización del empresario, genere con sus actos intereses contrapuestos, ya que ofrece a la misma clientela, bienes o servicios de igual especie o carácter, y perjudique a aquél, sin que sea necesario que el perjuicio sea efectivo y real, bastando con que sea potencial y que el perjuicio se presume en todo trabajo en actividad idéntica o similar, máxime si se desarrolla, por ejemplo, en la misma localidad o zona, tal como es el caso que aquí traemos<sup>11</sup>.

En definitiva, el incumpliendo del deber de buena fe por parte del trabajador, permite al empleador el uso de su poder disciplinario y, en su caso, la extinción del contrato, circunstancias acaecidas en este supuesto.

Pero ya decíamos que no es este el asunto que trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos<sup>12</sup>, sino el no cumplimiento que ha existido por parte de la empresa de algunos requisitos formales que deben ir aparejados al despido, en este caso al de D. Justino, ya que el mismo es representante de los trabajadores, término establecido correctamente por las sentencias de primera instancia y por la de suplicación interpuesto: “El actor es representante legal de los trabajadores” y tal concepto aparece confundido en el texto de la sentencia del Tribunal Supremo que establece: “Existía en la empresa un solo delegado sindical: el expedientado, y era de imposible cumplimiento dar audiencia a los demás miembros del comité de empresa o delegados sindicales”. Debiera la jurisprudencia tener presente el uso correcto de la terminología, pues una cosa es ser delegado de personal y otra, delegado sindical; y

<sup>8</sup> García Viña, J.: *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo*. Consejo Económico y Social. Madrid 2001. Pág. 197.

<sup>9</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Pamplona, de 20 de julio de 2011: “Ha quedado acreditado que el actor utilizaba el Matadero donde prestaba servicios como matarife para matar sus reses y efectuar la venta y reparto de las mismas entre los clientes de la empresa, en clara concurrencia con la actividad de la demandada al desviar clientes de la misma en beneficio propio, transgrediendo la buena fe que debe presidir en el ámbito empresarial”.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, de 24 de noviembre de 2011.

<sup>11</sup> García Viña, J.: *La Buena Fe*.... op. cit. Pág. 214.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

más en este caso, donde nunca podrían coincidir en la misma persona, uno y otro –delegado sindical y delegado de personal– pues el número de trabajadores en el Matadero tan sólo daba para elegir a un delegado de personal, ni siquiera a tres ni haber tenido un comité de empresa.

Así pues, visto el tema que debería haber centrado el despido de D. Justino, pasamos al que ocupa la sentencia que aquí traemos: el cumplimiento del expediente contradictorio y los requisitos que éste conlleva al tratarse de un despido de un representante de los trabajadores.

## **2. EXPEDIENTE CONTRADICTORIO: REQUISITOS ESTABLECIDOS EN CONVENIO COLECTIVO**

El art. 68.a) E.T. establece que “los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal”.

Así pues, el expediente supone una exigencia adicional a la pura comunicación escrita de la sanción o a la carta de despido, en el sentido de que a la comunicación que inicia el expediente, en la que deben figurar los hechos que se le imputan al representante, debe seguir una fase o periodo en el que el posible sancionado traslade sus criterios a la empresa, y que también lo hagan el resto de representantes, o incluso se practiquen las pruebas necesarias<sup>13</sup>

La sentencia que aquí analizamos ha dispuesto en sus Fundamentos de Derecho el proceder o no de la empresa a la hora de hacer efectivo el despido de D. Justino<sup>14</sup>.

El art. 55.1 E.T. dispone: “El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido. Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a la que perteneciese, si los hubiera”.

<sup>13</sup> González de Lena Álvarez, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*. Fundación Confemetal. Madrid 2000. Págs. 85 y 86.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012. Es una sentencia Unificadora de Doctrina, basada en la necesidad de cumplir los requisitos formales que un convenio colectivo pueda disponer para llevar a cabo el despido disciplinario de un trabajador que es representante de los trabajadores.

Y esta posibilidad legal –establecer por convenio colectivo otras exigencias formales- es lo que ha establecido justamente el convenio colectivo que es de aplicación al Matadero donde trabaja D. Justino, que es el convenio colectivo básico, de ámbito estatal para las Industrias Cárnicas<sup>15</sup>, que dispone en su art. 72.2 que “en los casos en que se imponga una sanción por falta grave o muy grave, a los representantes legales de los trabajadores, que se encuentren en el desempeño de sus cargos, o a aquellos respecto a los que no hubiera transcurrido un año desde la extinción de su mandato, será preceptiva la incoación de un expediente, que se ajustará a las siguientes normas: a) La Empresa notificará al trabajador la apertura del expediente, comunicándole simultáneamente el pliego de cargos en el que se contengan los hechos en que se basa el expediente; b) En el mismo escrito de apertura del expediente, se designará por la Empresa un Secretario y un Instructor del expediente, imparciales; c) La Empresa dará traslado de este escrito al interesado para que, en el plazo de diez días, exponga las alegaciones y proponga la práctica de las pruebas que estime pertinentes.....El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos implicará la nulidad de la sanción impuesta”.

La cuestión que se plantea en esta sentencia<sup>16</sup> es determinar si dadas las exigencias formales adicionadas en negociación colectiva para proceder la empresa a un despido disciplinario, es o no suficiente para entender cumplido dicho requisito formal el transmitirle al trabajador los hechos imputados en la carta de despido y que se haya seguido el expediente sin nombramiento de secretario ni instructor.

No existe una definición legal de lo que deba entenderse por “expediente contradictorio”, pues la ley se centra más en establecer su obligatoriedad que en identificar su contenido mínimo, o mucho menos en adoptar una definición.

Desde la perspectiva doctrinal el expediente contradictorio podría definirse como “el conjunto de diligencias o actuaciones necesarias para, con la intervención del trabajador expedientado, preparar la decisión sobre unos hechos susceptibles de ser sancionados disciplinariamente por su empresario”<sup>17</sup>

Desde la óptica jurisprudencial, contradictorio significa “que deben hacerse saber a quien se pretende sancionar con claridad los hechos y las faltas que se le imputan, dándole audiencia y otorgándole la posibilidad de desvirtuarlas en el mismo expediente, sin que el dato de poder defenderse excuse de

<sup>15</sup> Resolución de 6 de marzo de 2008. BOE de 18 de marzo de 2008.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

<sup>17</sup> Sempere Navarro, A. V. y Pérez-Campos, A. I.: *Las Garantías de los Representantes de los Trabajadores. (Estudio del Art. 68 E.T.)* Thomson. Aranzadi. Navarra 2004. Págs. 28 y 29.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1982, de 5 de febrero de 1990 y de 4 de abril de 1990.

la necesidad de que en aquél deben existir una serie de garantías mínimas para el interesado que no se cumplen sólo con haberle recibido declaración y entregarle la carta de despido que pone fin al expediente<sup>18</sup>.

Como señalábamos, la negociación colectiva puede establecer o disponer una regulación más exhaustiva de este expediente contradictorio.

La mayoría de los convenios colectivos cuando optan por afrontar la cuestión, lo que suelen hacer es una reiteración de lo establecido en el precepto estatutario y sólo en contadas ocasiones se entra en una más detenida regulación del expediente, incidiendo en aspectos sobre su modo de tramitación. Actuación esta última ante la que nos encontramos en el convenio colectivo de aplicación en el supuesto que analizamos.

Decíamos que la cuestión que se plantea es determinar si no habiendo seguido todas las exigencias formales recogidas en el convenio colectivo, y fundamentalmente la de no nombrar un instructor y un secretario como establece el art. 72.2 del convenio colectivo de Industrias Cárnicas, es motivo suficiente para declarar la improcedencia del despido del actor. No debemos perder de vista que tanto en primera instancia como en suplicación, ello no fue óbice para declarar la procedencia del despido en base a los hechos probados de transgresión de la buena fe que D. Justino llevó a cabo.

De una parte, la doctrina “nada entre dos aguas”; por un lado, se afirma categóricamente que la falta de estos sujetos –instructor y secretario- en la tramitación de un expediente contradictorio, decae nula la sanción, y por otro lado, se quiere salvar al instructor, pero no pasa nada si no hay secretario. Así, se dispone que cuando se han pactado en convenio determinadas formalidades o concretos requisitos en la instrumentalización del expediente, de no observarse los mismos, ha de concluirse con la necesaria declaración de improcedencia o nulidad (del despido o la sanción) en función de los preceptos aplicables<sup>19</sup>, o “parece imprescindible, tomando en consideración las particularidades del equilibrio sinalagmático presente en el vínculo laboral, la presencia de un tercero ajeno a las partes del contrato que pueda aportar equilibrio e imparcialidad y, al tiempo, refuerce las garantías del procedimiento sancionador. Nada impide el establecimiento en convenio colectivo de su nombramiento, en cuyo caso, su ausencia resultará relevante para determinar la nulidad del procedimiento<sup>20</sup>”.

<sup>19</sup> Sempere Navarro, A. V. y Pérez-Campos, A. I.: *Las Garantías...* op. cit., Pág. 44.

<sup>20</sup> Fernández-Costales Muñiz, J.: *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo 2005. Pág. 76.

“Numerosos convenios colectivos incluyen la participación del instructor y secretario en la tramitación del expediente, lo que plantea el grado de exigibilidad que, en estos supuestos, deba atribuirse a este requisito formal. En el caso del instructor, la ausencia de éste cuando así se hubiera prescrito convencionalmente representa un vicio grave que podrá determinar la nulidad del procedimiento ya que, dado el papel que se le asigna dentro del expediente, su introducción en el mismo por vía convencional no es un elemento accesorio sino un incremento sustancial de las garantías que se ofrecen al trabajador. Por el contrario, la omisión de secretario no debería generar en todo caso similares consecuencias anulatorias ya que su función, constatar por escrito el desarrollo y contenido de las diferentes actuaciones, podrá ser suplida en ocasiones por el instructor, a quien por otro lado cumplimenta”<sup>21</sup>.

Debe quedarnos claro que no estamos ante la ausencia de cualquier requisito formal para llevar a cabo el expediente contradictorio. El expediente se ha tramitado, aunque defectuosamente, y por ello habrá que distinguir en función de que se haya provocado indefensión o no al trabajador expedientado<sup>22</sup>. No queda reflejado en ninguna parte de la sentencia, ni por manifestación del actor ni por intervención de la magistrada., que aquél haya sufrido indefensión; el problema radica que no fueron nombrados instructor y secretario por la empresa, tal y como dispone el convenio colectivo.

Establece la sentencia<sup>23</sup> que “como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en su informe, la exigencia de nombramiento de Instructor y Secretario imparciales “no es baladí”; responde a la necesidad de garantizar la pureza del procedimiento sancionador, designando a personas imparciales que sin prejuicios puedan tramitar con solvencia el expediente, haciendo constar en el mismo todas las circunstancias, tanto favorables como desfavorables, así como apreciar la pertinencia de las pruebas que se pudieran proponer”

De conformidad con lo establecido en el art. 108.1 de la L.J.S.<sup>24</sup>, el juez calificará el despido como improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario o en el supuesto que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del art. 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Así pues, el despido es declarado improcedente por imperativo de lo dispuesto en el art. 55.1 E.T.<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> López Álvarez, M<sup>a</sup>. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*. Aranzadi. Pamplona 1999. Pág. 181.

<sup>22</sup> Matorras Díaz-Caneja, A.: *El Despido Disciplinario: Forma, Lugar, Tiempo, Calificación y Efectos*. Aranzadi. Pamplona 2009. Pág. 39.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

<sup>24</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.



### 3. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

Ya hemos dejado señalado con anterioridad cuál ha sido la calificación del despido de D. Justino: improcedente, llamando poderosamente la atención que ninguno de los dos juzgados anteriores –el de lo Social y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra– dieran dicha calificación al mismo. El despido en las dos instancias precedentes fue calificado de procedente.

No podemos perder de vista que una de las finalidades principales de la figura del expediente contradictorio la constituye el otorgar protección a quienes pueden ser objeto de los despidos disciplinarios. Se trata de una garantía inmediata –*ad personam*– para el representante de los trabajadores individualmente considerado, garantizando la independencia en el ejercicio de su tarea a quienes ocupan esta clase de puestos en una empresa, al evitar en buena medida la imposición de sanciones discriminatorias<sup>26</sup>.

Y pensemos que es en esto último donde está el *quid* de la cuestión: el expediente es una garantía de protección frente a la sanción disciplinaria en el ejercicio de su tarea representativa. Y nos preguntamos: si el trabajador obró mal, actuó transgrediendo la buena fe, se benefició de su posición en el Matadero, pero en ningún momento dichas actividades estaban relacionadas con su actividad representativa, ¿qué pesaría más, la falta de nombramiento de instructor y secretario, aún cuando se tramitó el expediente contradictorio, o por el contrario el mal obrar disciplinariamente de este sujeto?

El E.T. dice textualmente: “cuando el trabajador fuere representante de los trabajadores procederá la apertura de expediente contradictorio”, art. 55.1. El expediente contradictorio se señala en la sentencia<sup>27</sup> que se tramitó, pero ha quedado claro que no cumplieron todos los requisitos formales establecidos en el convenio colectivo.

Cierto es que el empresario podría haber llevado a cabo lo dispuesto en el art. 55.2 E.T.: “Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente.....”. No consta que lo hiciera en ningún momento.

A la vista de todo, parece que D. Justino tuvo “suerte” de ser representante de los trabajadores, para que por incumplimiento formal del trámite que convencionalmente se exigía para el expediente contradictorio, su despido haya sido declarado improcedente.

Por ello, será D. Justino quien tenga la opción de elegir entre permanecer en el Matadero o ser indemnizado.

<sup>26</sup> Fernández-Costales Muñoz, J.: *Poder disciplinario*.....op. cit. Pág. 73.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.