

Esta obra colectiva ha sido realizada por la redacción de  
**Francis Lefebvre,**  
a iniciativa y con la coordinación de la Editorial, y  
con la colaboración en ésta o anteriores ediciones de

**Agustí Maragal, Joan** (Magistrado especialista de lo Social).  
**Baker & McKenzie**  
**Baker & McKenzie Sport & Entertainment**  
**Barreiro González, Germán** (Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de León).  
**Ceinos Suárez, Ángeles** (Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social -acreditada Profesora Titular-. Universidad de Oviedo).  
**Cobo Sánchez, Abraham** (Letrado del FOGASA)  
**Cosmen del Riego, Fernanda** (Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado).  
**De la Puebla Pinilla, Ana** (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid).  
**De Miguel Monterrubio, Manuel** (Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales).  
**Duce Sánchez de Moya, Ignacio José** (Magistrado Sala de lo Social TSJ de Canarias).  
**Folguera Crespo, José Ángel** (Magistrado Gabinete Técnico Sala 4ª TSJ).  
**García Perrote Escartín, Ignacio** (Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha. Socio de Uría & Menéndez).  
**García Rodríguez, Bernardo** (Abogado).  
**García Tejedor, María Luisa** (Letrada de la Administración de Justicia).  
**Juanes Fraga, Enrique** (Magistrado Sala de lo Social TSJ de Madrid).  
**Landaluce Acevedo, Asier** (Abogado de Cuatrecasas).  
**Limón Luque, Miguel Ángel** (Magistrado-Juez de lo Social).  
**López Álvarez, María José** (Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pontificia Comillas (ICADE) Madrid).  
**López Parada, Rafael** (Magistrado Sala de lo Social TSJ de Castilla y León).  
**Lousada Arochena, José Fernando** (Magistrado Sala de lo Social TSJ de Galicia).  
**Menéndez Sebastián, Paz** (Letrada del Tribunal Supremo. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Oviedo).  
**Miró-Granada Álvarez, Miguel** (Asesoría Jurídico Laboral CEPESA).  
**Morón Prieto, Ricardo** (Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Madrid).  
**Nogueira Guastavino, Magdalena** (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. Ex Letrada del Tribunal Constitucional).  
**Olalla del Olmo, Ana** (Letrada de la Administración de Justicia).  
**Ollé Sesé, Verónica** (Magistrada-Jueza de lo Social).  
**Orellana Cano, Nuria Auxiliadora** (Magistrada especialista de lo mercantil de la Sección VI de la Audiencia Provincial de Málaga).  
**Ortega Ugena, María Soledad** (Magistrada-Jueza de lo Social en Jerez de la Frontera).  
**Palomo Balda, Emilio** (Magistrado Sala de lo Social TSJ del País Vasco).  
**Prados de Reyes, Francisco** (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada).  
**Redondo Valdeón, María Dolores** (Letrada del Tribunal Supremo. Letrada de la Administración de Justicia).  
**Rentero Jover, Jesús** (Magistrado, Sala de lo Social TSJ de Castilla-La Mancha).  
**San Martín Mazzucconi, Carolina** (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -acreditada Catedrática-, Universidad Rey Juan Carlos).  
**Segura del Pozo, Cristina** (Abogada).  
**Sequeira de Fuentes, Marcial** (Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha).  
**Silva Goti, María** (Letrada del Tribunal Supremo. Letrada de la Administración de Justicia).  
**Tascón López, Rodrigo** (Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León).  
**Uriz Álvarez J. Javier** (Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social).

© FRANCIS LEFEBVRE  
LEFEBVRE-EL DERECHO, S.A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid.  
www.efl.es  
Precio: 109,20 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-16924-86-8  
ISSN: 1699-681X  
Depósito legal: M-27150-2017

Impreso en España  
por Printing '94  
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

# Despido

**2018-2019**

Actualizado a 24 de septiembre de 2017



# Plan general

Nº

Abreviaturas

100 Introducción

**PRIMERA PARTE: DESPIDO DISCIPLINARIO**

---

200 Causas

750 Comunicación del despido

900 Impugnación

3100 Reclamación al Estado de los salarios de tramitación

**SEGUNDA PARTE: DESPIDO COLECTIVO**

---

3235 Causas del despido colectivo

3270 Número de trabajadores afectados por el despido

3285 Periodo de referencia en el que han de producirse los despidos

3300 Procedimiento de despido colectivo

3500 Impugnación del despido colectivo

3580 Extinción por fuerza mayor

**TERCERA PARTE: EXTINCIÓN DEL CONTRATO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL**

---

3700 Procedimiento concursal

3975 Despido colectivo en el concurso

**CUARTA PARTE: DESPIDO OBJETIVO**

---

4170 Supuestos de extinción

4410 Requisitos formales

4600 Procedimiento de impugnación

**QUINTA PARTE: CONSECUENCIAS COMUNES DEL DESPIDO**

---

4750 Obligaciones asociadas a la extinción del contrato

5100 Efectos en la protección social

5500 FOGASA

**SEXTA PARTE: OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN**

---

5850 Mutuo acuerdo

5950 Cláusulas extintivas y temporalidad del contrato

6600 Extinción del contrato por voluntad del trabajador

7100 Desistimiento durante el período de prueba

7200 Muerte, jubilación e incapacidad del trabajador

7350 Muerte, jubilación, incapacidad del empresario y extinción de la personalidad jurídica

Nº	
<b>SÉPTIMA PARTE: COLECTIVOS CON ESPECIALIDADES</b>	
7650	Especialidades por el nivel de protección
7660	Trabajadora embarazada
7680	Despido durante la suspensión del contrato por maternidad/paternidad
7690	Despido durante el ejercicio de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral
7710	Afiliados a un sindicato
7730	Extranjeros en situación irregular
7760	Representantes de los trabajadores
8020	Víctimas de violencia de género
8150	Especialidades por la actividad
8160	Abogados en despacho
8250	Administraciones Públicas
8440	Alta dirección
8560	Artistas en espectáculos públicos
8610	Cooperativas de trabajo asociado
8670	Deportistas profesionales
8750	Empleados de hogar
8820	Especialistas residentes en Ciencias de la Salud
8840	Profesionales taurinos
8870	Representantes de comercio
8950	Sociedades laborales
8970	Trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE)
9060	Contrato de trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y relevo
<b>OCTAVA PARTE: FISCALIDAD Y CONTABILIDAD</b>	
9200	Régimen fiscal
9550	Contabilidad
9750	Anexos

# Abreviaturas

<b>AAPP:</b>	Administraciones Públicas
<b>Admón:</b>	Administración
<b>AGE:</b>	Administración General del Estado
<b>ANC:</b>	Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva
<b>AN:</b>	Audiencia Nacional
<b>AP:</b>	Audiencia Provincial
<b>art.:</b>	artículo/s
<b>ASAC:</b>	Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (DGE Resol 10-2-12)
<b>BOCA:</b>	Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma
<b>BOE:</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC:</b>	Código Civil
<b>CCAA:</b>	Comunidades Autónomas
<b>CE:</b>	Comunidad Europea
<b>Ce:</b>	Corrección de errores
<b>CEE:</b>	Comunidad Económica Europea
<b>Circ:</b>	Circular
<b>CCol:</b>	Convenio Colectivo
<b>CGPJ:</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>CIVEA:</b>	Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación
<b>Const:</b>	Constitución Española
<b>cont-adm:</b>	contencioso-administrativo
<b>CP:</b>	Código Penal
<b>CTA:</b>	Cooperativa de Trabajo Asociado
<b>D:</b>	Decreto
<b>DF:</b>	Decreto Foral
<b>DG:</b>	Dirección General
<b>DGFES:</b>	Dirección General de Fomento de la Economía Social
<b>DGINSS:</b>	Dirección General del INSS
<b>DGITSS:</b>	Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
<b>DGOSS:</b>	Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social
<b>DGRJ:</b>	Dirección General de Régimen Jurídico
<b>DGSJE:</b>	Dirección General del Servicio Jurídico del Estado
<b>DGT:</b>	Dirección General de Tributos
<b>DGTr:</b>	Dirección General de Trabajo
<b>Dir:</b>	Directiva
<b>disp.adic.:</b>	disposición adicional
<b>disp.derog.:</b>	disposición derogatoria
<b>disp.final:</b>	disposición final
<b>disp.trans.:</b>	disposición transitoria
<b>DL:</b>	Decreto Ley
<b>DLeg:</b>	Decreto Legislativo
<b>DNI:</b>	Documento Nacional de Identidad
<b>DOCE:</b>	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<b>DOUE:</b>	Diario Oficial de la Unión Europea
<b>DSI:</b>	Doctrina Social de Instancia (Ediciones Francis Lefebvre)
<b>EBEP:</b>	Estatuto Básico del Empleado Público (RDLeg 5/2015)
<b>EDJ:</b>	El Derecho Jurisprudencia
<b>EEE:</b>	Espacio Económico Europeo

<b>ET:</b>	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015)
<b>ETT:</b>	Empresas de Trabajo Temporal
<b>FOGASA:</b>	Fondo de Garantía Salarial
<b>IMSERSO:</b>	Instituto de Mayores y Servicios Sociales
<b>INEM:</b>	Instituto Nacional de Empleo, hoy SEPE
<b>Instr:</b>	Instrucción
<b>INSS:</b>	Instituto Nacional de la Seguridad Social
<b>IPA:</b>	Incapacidad permanente absoluta
<b>IPC:</b>	Índice de Precios al Consumo
<b>IPP:</b>	Incapacidad permanente parcial
<b>IPREM:</b>	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
<b>IPT:</b>	Incapacidad permanente total
<b>IRPF:</b>	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
<b>ISM:</b>	Instituto Social de la Marina
<b>IT:</b>	Incapacidad Temporal
<b>ITSS:</b>	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
<b>JS:</b>	Juzgado Social
<b>L:</b>	Ley
<b>LA:</b>	Laudo arbitral
<b>LCAP:</b>	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDLeg 3/2011)
<b>LCon:</b>	Ley Concursal (L 22/2003)
<b>LCoop:</b>	Ley de Cooperativas (L 27/1999)
<b>LEC:</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
<b>LECr:</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD 14-9-1882)
<b>LETT:</b>	Ley de Empresas de Trabajo Temporal (L 14/1994)
<b>LGP:</b>	Ley General Presupuestaria (L 47/2003)
<b>LGSS:</b>	Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015)
<b>LGT:</b>	Ley General Tributaria (L 58/2003)
<b>LIRPF:</b>	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (L 35/2006)
<b>LJCA:</b>	Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa (L 29/1998)
<b>LO:</b>	Ley Orgánica
<b>LOLS:</b>	Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985)
<b>LOPJ:</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
<b>LOSP:</b>	Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (RDLeg 6/2004)
<b>LOTIC:</b>	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979)
<b>LPAC:</b>	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (L 39/2015)
<b>LPG:</b>	Ley de Presupuestos Generales del Estado (anual)
<b>LPRL:</b>	Ley de Prevención de Riesgos Laborales (L 31/1995)
<b>LRJS:</b>	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L 36/2011)
<b>LRJSP:</b>	Ley Régimen Jurídico del Sector Público (L 40/2015)
<b>LSC:</b>	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010)
<b>LSLP:</b>	Ley de Sociedades Laborales y Participadas (L 44/2015)
<b>LSS:</b>	Texto articulado de la Ley de Bases de Seguridad Social (D 907/1966)
<b>MAP:</b>	Ministerio de Administraciones Públicas
<b>MESS:</b>	Ministerio de Empleo y Seguridad Social
<b>MHAP:</b>	Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas
<b>MTAS:</b>	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
<b>MTIN:</b>	Ministerio de Trabajo e Inmigración
<b>NIF:</b>	Número de Identificación Fiscal
<b>OIT:</b>	Organización Internacional del Trabajo
<b>OM:</b>	Orden Ministerial
<b>Proc:</b>	Procedimiento
<b>RD:</b>	Real Decreto
<b>RDL:</b>	Real Decreto Ley

<b>RDLeg:</b>	Real Decreto Legislativo
<b>Rec:</b>	Recurso
<b>redacc:</b>	redacción
<b>RESS:</b>	Régimen Especial de la Seguridad Social
<b>Resol:</b>	Resolución
<b>RETA:</b>	Régimen de Especial Trabajadores Autónomos
<b>RETT:</b>	Reglamento de Empresas de Trabajo Temporal (RD 4/1995)
<b>Rg:</b>	Registro
<b>RGSS:</b>	Régimen General de la Seguridad Social
<b>Rgto:</b>	Reglamento
<b>SA:</b>	Sociedad Anónima
<b>SAL:</b>	Sociedad Anónima Laboral
<b>SE:</b>	Secretaría de Estado
<b>SEPE:</b>	Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM)
<b>SG:</b>	Secretaría General
<b>SGPE:</b>	Subdirección General de Promoción de Empleo
<b>SGSS:</b>	Secretaría General de la Seguridad Social
<b>SL:</b>	Sociedad Laboral
<b>SLL:</b>	Sociedad Limitada Laboral
<b>SMI:</b>	Salario Mínimo Interprofesional
<b>SNE:</b>	Sistema Nacional de Empleo
<b>SS:</b>	Seguridad Social
<b>Subsecr:</b>	Subsecretaría
<b>TCo:</b>	Tribunal Constitucional
<b>TCJ:</b>	Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales
<b>TCT:</b>	Tribunal Central de Trabajo
<b>TEAC:</b>	Tribunal Económico-Administrativo Central
<b>TEDH:</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TGSS:</b>	Tesorería General de la Seguridad Social
<b>TJCE:</b>	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<b>TJUE:</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TRADE:</b>	Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente
<b>Tratado CE:</b>	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
<b>Tratado FUE:</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>Tratado UE:</b>	Tratado de la Unión Europea
<b>TS:</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ:</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>UE:</b>	Unión Europea
<b>unif doctrina:</b>	Unificación de doctrina



**PRIMERA PARTE**

Despido  
disciplinario

Causas .....	200
Comunicación del despido.....	750
Impugnación .....	900
Reclamación al Estado de los salarios de tramitación .....	3100



## CAPÍTULO I

## Causas de despido disciplinario

<b>Sección 1. Incumplimiento del trabajador</b> .....	210	<b>200</b>
A. Tolerancia empresarial .....	215	
B. Incumplimiento grave y culpable .....	225	
C. Ejercicio de derechos fundamentales .....	245	
<b>Sección 2. Causas de incumplimiento</b> .....	250	
A. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo .....	260	
1. Conductas infractoras .....	265	
a. Inasistencia al trabajo .....	265	
b. Impuntualidad en el trabajo .....	275	
2. Reiteración y gravedad .....	280	
3. Falta de justificación .....	290	
4. Supuestos .....	295	
B. Indisciplina o desobediencia en el trabajo .....	350	
1. Gravedad y culpabilidad .....	355	
2. Falta de justificación .....	365	
C. Ofensas verbales o físicas .....	400	
1. Gravedad .....	410	
2. Culpabilidad .....	415	
3. Ofensas verbales .....	420	
4. Malos tratos físicos .....	450	
D. Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza .....	470	
1. Buena fe en el cumplimiento de las obligaciones .....	475	
2. Buena fe en el contrato de trabajo .....	480	
3. Supuestos .....	485	
E. Disminución del rendimiento en el trabajo .....	615	
1. Rendimiento normal o pactado .....	620	
2. Incumplimiento voluntario y culpable .....	640	
3. Continuidad en el bajo rendimiento .....	645	
F. Embriaguez habitual y toxicomanía .....	650	
1. Requisitos .....	655	
G. Acoso en el trabajo .....	675	
1. Sujetos pasivos .....	680	
2. Sujetos activos .....	685	
3. Facultad disciplinaria .....	690	

Con el término de despido se hace referencia no sólo al despido disciplinario basado en un incumplimiento contractual por parte del trabajador, sino también a aquel cuya causa es la fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo; al despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (nº 3200 s.); al despido del trabajador por causas objetivas legalmente procedentes (nº 3235 s. y nº 4150 s.). Por tanto, debe entenderse que el despido sería un género omnicompreensivo de una **diversidad de causas extintivas** del contrato de trabajo, y el despido disciplinario una especie de aquél, en cuanto que las causas que lo justifican están relacionadas con la conducta del trabajador (TS 29-12-92, EDJ 12864; 27-7-93, EDJ 7701; 23-10-93, EDJ 9438; 29-11-93, EDJ 10840; 2-3-94, EDJ 1883; 20-7-94, EDJ 6114; 23-12-96, EDJ 9671).

El trabajador puede accionar ante la decisión del empresario mediante el **procedimiento especial de despido** (nº 1110 s.) concluyendo mediante sentencia que declare el despido **procedente, improcedente o nulo** (nº 1840 s.).

Más específicamente situados en el despido disciplinario, el contrato de trabajo puede extinguirse, por decisión unilateral del empresario, mediante despido basado en un **incumplimiento contractual grave y culpable** del trabajador. Los incumplimientos contractuales que pueden legítimamente justificar un despido disciplinario se recogen en un **listado legal** (nº 250). También los **convenios colectivos** pueden regular las faltas laborales de los trabajadores que habilitan al empresario para su despido, precisando con mayor detalle los genéricos supuestos legales, pero sin que puedan llegar a configurar como causas de despido conductas del trabajador que no serían tales con arreglo a la Ley (nº 253).

201

202

## SECCIÓN 1

## Incumplimiento del trabajador

- 210** Para que los incumplimientos del trabajador, constituyan una causa que justifique la sanción de despido, han de alcanzar cotas de **culpabilidad y gravedad** suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, y exige, por el contrario, un análisis individualizado de cada conducta tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que los meros tipos legales, aunque son manifestación de un incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente considerados, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente.
- El **juzgador**, cuando considera que la falta cometida por el trabajador sancionada con el despido no ha sido adecuadamente calificada, puede revocar en parte la sanción y autorizar la imposición de una infracción menor con una **sanción adecuada** a la gravedad de la falta (nº 2008).
- Para analizar si el incumplimiento del trabajador tiene **suficiente entidad** para ser causa de despido disciplinario hay que tener en cuenta varios **factores**, como son: el grado de tolerancia empresarial al tipo de conductas que se quieren sancionar; la gravedad -con aplicación de la teoría gradualista- y culpabilidad del incumplimiento; así como si la conducta que se considera sancionable deriva del ejercicio de algún derecho fundamental.

## A. Tolerancia empresarial previa

- 215** La existencia de un **incumplimiento laboral del trabajador** no determina automáticamente la extinción del contrato, sino que simplemente habilita al empresario para extinguir el mismo de forma unilateral mediante un despido disciplinario.
- Si la conducta imputada al trabajador resulta probada y la misma se adecúa a la descripción de las faltas muy graves que se recogen en el cuadro sancionador aplicable al caso, corresponde al **empresario** la **facultad** de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones. Si no existe convenio colectivo la única sanción que puede imponerse, si existe causa para ello, es la de despido, operando como única norma tipificadora el listado legal (nº 250).
- Pero el empresario puede, como sucede en muchas ocasiones, tolerar la conducta del trabajador o limitarse a imponer sanciones de menor gravedad que el despido, si están previstas y admitidas por el convenio colectivo aplicable. Si existe una situación de **tolerancia empresarial previa**, el empresario no puede contradecir sus propios actos, practicando un despido sorpresivo, cuando anteriormente venía admitiendo pacíficamente la conducta irregular del trabajador, por cuando de hacerlo así, se actuaría contra la buena fe y la lealtad, que recíprocamente se deben empleadores y empleados. Así pues, la tolerancia de la empleadora degrada por tanto la culpabilidad y gravedad de un proceder que sin la misma podría constituir una infracción contractual merecedora de reproche (TSJ Asturias 10-5-16, EDJ 99505; 25-10-16, EDJ 206764; TSJ Cataluña 8-3-16, EDJ 52240).
- No se puede sorprender la confianza de la trabajadora sancionando con la máxima severidad una conducta que había venido siendo tolerada hasta ese momento, ya que el **principio de buena fe** que rige las relaciones laborales no es unidireccional, sino **bidireccional**, y se quebranta, no cuando se decide poner fin a una práctica hasta entonces admitida, sino cuando se sanciona tal conducta con la más grave de las sanciones que prevé el ordenamiento laboral, sin que previamente la empresa haya advertido a la trabajadora (TSJ C.Valenciana 17-5-12, EDJ 191215; TSJ Madrid 27-5-15, EDJ 100052).
- Por tanto, cuando existe una costumbre de tolerancia con determinadas conductas del trabajador, no es posible sancionar éstas si previamente no se hace una **advertencia** al mismo de que dicha situación de tolerancia ha de darse por acabada, de manera que ha de calificarse como improcedente un despido que sancione por primera vez y sin advertencia previa la conducta de un trabajador que era conocida por la empresa y se había desarrollado durante largo tiempo sin conllevar reacción alguna por parte de la misma (TS 20-1-87, EDJ 420).
- Si bien, para que la actuación empresarial pueda apreciarse como una actitud permisiva de **tolerancia** con las consecuencias señaladas, debe tener suficiente **consistencia** para que a partir de la misma sea deducible una voluntad de admitir como no sancionables determinados incumplimientos contractuales. Lo que no sucede cuando no sólo no exterioriza esa tolerancia a través de actos u omisiones suficientemente significativos para crear la confianza de que se actúa dentro de un margen de permisividad, sino que se imparten normas o instrucciones limitativas respecto al uso de los instrumentos tecnológicos de información y comunicación

de la empresa o se advierte al trabajador que no está autorizado el uso de tales medios para asuntos ajenos a la empresa (TSJ Madrid 10-4-15, EDJ 96905). Así pues, la existencia de la tolerancia debe **acreditarse** (TSJ La Rioja 23-4-15, EDJ 65025).

**Precisiones** 1) Para que la **tolerancia** empresarial llegue a vincular al empresario debe tener la **suficiente consistencia** para que a partir de la misma sea deducible su voluntad de no sancionar determinados tipos de conducta (TS 30-9-87, EDJ 6907); se requiere, de un lado, el cabal, exacto y **pleno conocimiento** por el estamento directivo empresarial de la comisión de la infracción y, de otro, que la tolere y consienta durante cierto período de tiempo, de manera que de dicha tolerancia pueda inferirse la voluntad empresarial de no extinguir o sancionar la relación laboral por tales conductas (TSJ Madrid 20-2-12, EDJ 33824).

2) Son **supuestos de tolerancia previa**:

- el caso de falta de la redactora que entrega un reportaje que motivó **denuncia por plagio** de un periódico digital, al no citar la fuente, tratándose de una conducta habitual consentida por su empresa y no objetada al revisar el texto por el jefe de la sección (TSJ Madrid 19-11-07, EDJ 277638);
- el que la trabajadora emita pagarés que no se corresponden con operaciones reales, incluso simulando ciertas firmas, cuando dicha **conducta derivó de órdenes expresas** de la empresa empleadora y se incardinaba en la mecánica general organizativa de la empresa (TSJ Castilla-La Mancha 10-12-10, EDJ 309308);
- cuando la empresa no concede importancia a las **faltas de asistencia y puntualidad**, limitándose a descontar su importe del salario, tratándose de una actuación pacífica, por lo que no puede variar sorpresivamente su actuación, procediendo a sancionar dichas faltas sin previa advertencia (TS 20-2-91, EDJ 1821; TSJ Madrid 14-2-07, EDJ 46851; 30-4-15, EDJ 90927);
- una práctica habitual en la empresa consistente en **retirar dinero de la caja**, dejando recibos de las cantidades, cuando esta situación es conocida y consentida por la empresa, de manera que a partir de la fecha en que el trabajador fue requerido para que se abstuviera de seguir haciéndolo no volvió a retirar cantidad alguna (TSJ Málaga 1-12-05, EDJ 319578);
- el que un directivo que habitualmente come en un restaurante y carga su cuenta a la **tarjeta de la empresa** realice comidas a la carta en lugar de acudir a fórmulas más baratas como el menú, puesto que está acreditado que la política empresarial incluye la celebración de comidas, almuerzos y reuniones del personal de alto nivel con cargo a la empresa y que la empresa desde hace años venía permitiendo comer a la carta (TSJ Cantabria 4-7-05, EDJ 107533);
- la existencia de **retrasos reiterados** al reincorporarse al trabajo después de la comida del mediodía, si existía un régimen de tolerancia en esta materia, constitutiva de un uso de empresa, hallándose los trabajadores en la confianza de que podían actuar como lo hacían, máxime cuando además entraban a trabajar por la mañana antes de hora y salían por la tarde más allá de la hora prevista, de manera que se cumplía con creces la jornada. En tal situación la empresa no puede transformar la conducta tolerada en constitutiva de despido sin previa advertencia, ni tampoco incurrir en **discriminaciones** tratando desigualmente situaciones análogas o incluso demostrativas de una mayor gravedad en función del cargo (TSJ País Vasco 26-2-08, EDJ 64373; 8-4-08, EDJ 70651);
- las **ausencias del trabajo por razón del ejercicio profesional** de un abogado que ha de cubrir el turno de oficio del Colegio, cuando la empresa conoce y viene tolerando esta situación (TSJ Madrid 15-9-09, EDJ 311947)
- cuando una trabajadora **deja de acudir a su puesto los sábados** con conocimiento de la empresa y prolongándose una situación de tolerancia que no es interrumpida por requerimiento alguno empresarial dirigido a normalizar la situación (TSJ Extremadura 19-11-09, EDJ 300756)
- la aplicación de una **política comercial** con ofrecimientos de tarifas bajas, siendo esta conducta tolerada por la empresa dentro de una política comercial dirigida a captar clientes (TSJ Cataluña 16-3-11, EDJ 77447)
- la gestión de los pedidos de género de las tiendas, así como de los **protocolos sobre productos caducados**, situaciones toleradas de forma prolongada a lo largo del tiempo (TSJ Cataluña 29-9-11, EDJ 261662)
- llevarse **materiales de promoción** fuera de uso, conducta conocida y tolerada por la empresa (TSJ Cataluña 5-7-11, EDJ 202645);
- las ventas por los actores de **residuos** en chatarrerías conocida por sus encargados o superiores (TSJ C.Valenciana 27-10-16, EDJ 243444)

3) No puede entenderse que exista una **voluntad de tolerar** determinadas conductas:

- cuando la empresa decide no sancionar con despido a un repartidor que anota en los albaranes de entrega de mercancía más cantidad que la efectivamente entregada, quizá por la **escasa cuantía** de lo defraudado y, por tanto, es procedente el despido practicado cuando la empresa posteriormente descubre que la conducta del trabajador se ha seguido reiterando (TSJ C.Valenciana 7-10-05, EDJ 299905)
- cuando desconocía la comisión de las infracciones hasta que durante el desarrollo de la **auditoría** se vinieron a detectar las irregularidades cometidas (TSJ Madrid 20-2-12, EDJ 33824)
- la realización de reparaciones para un señor ajeno a la empresa y para una hija del trabajador y, también, hacer uso particular de un vehículo de la empresa, **sin que conste** que tales actos fuesen una práctica debidamente **tolerada** con autorización de la empresa (TSJ Murcia 15-11-11, EDJ 285743);

217

219

- la apropiación de dinero o haber facilitado a un tercero su apropiación, descuidando los deberes de custodia de los ingresos de la empresa que tiene encomendados, sin que pueda apreciarse la existencia de una tolerancia empresarial hacia esa **conducta tan perjudicial** económicamente para la misma (TSJ Sevilla 11-10-11, EDJ 280164);

- la tolerancia de utilización para temas privados (recoger los hijos en el colegio) del **vehículo de empresa**, no justifica el uso del vehículo por terceras personas (TSJ Galicia 18-5-15, EDJ 85536).

4) El hecho de que la empresa **sancione a unos trabajadores y no a otros**, dentro de los que han cometido idéntica conducta, no supone vulneración alguna de derechos constitucionales, salvo que la distinción esté fundamentada en alguna causa de discriminación prohibida (TCo 181/2006; TSJ Valladolid 19-2-10, EDJ 43383), aunque esas diferencias pueden ser apreciadas para valorar la conducta empresarial y declarar injustificado el despido de un trabajador (TSJ País Vasco 26-2-08, EDJ 64373; 8-4-08, EDJ 70651).

Si bien, también se entendió que puede considerarse en principio que el hecho de que el empleador despidiera por la misma conducta a un trabajador y no a otro (no obedeciendo a motivos discriminatorios), se sitúa dentro del marco de su **autonomía de la voluntad** y ningún efecto tiene en la revisión judicial del despido, pero que, ciertamente, una cosa es que el empleador pueda despedir a su libre albedrío y otra, que dicho trato desigual pueda ser arbitrario, por tanto debe acreditarse que esa desigualdad no incurre en **arbitrariedad**. Solo un motivo serio, debidamente acreditado, puede justificar la desigualdad en el comportamiento empresarial en relación a los trabajadores y, en este sentido, la circunstancia de que frente a unos trabajadores que llevan a cabo idénticos actos, cualquiera que sea su gravedad, se elija por la empresa a uno sólo para despedirle, sin que en la conducta del elegido se acredite ningún dato que revele una mayor significación y gravedad o relieve en su comportamiento, denota o que los hechos no alcanzaron la suficiente intensidad para ser constitutivos de despido que la empresa dejó sin efecto para los otros, o que ésta decidió imponer la sanción a uno sólo de los trabajadores sin razón alguna que pudiera justificar objetivamente la elección, contrariándose así el principio de igualdad. Para ello es necesario que concurra una **identidad absoluta entre las situaciones** de las distintas personas asalariadas. Lo que no ocurre, por ejemplo, si el empleador decide despedir a los mandos intermedios, pero no a los trabajadores de ellos dependientes; o, cuando pese a existir conductas similares no se dan en las mismas circunstancias; o cuando, las conductas de un trabajador y la de otro no son coetáneas. Y, en todo caso, corresponde al trabajador acreditar no sólo la igualdad de conductas, sino los elementos subjetivos concretos en los que se basa el juicio de igualdad, no bastando con meras referencias difusas (TSJ Galicia 8-5-15, EDJ 85591).

## B. Incumplimiento grave y culpable

**225** Para que la actuación del trabajador sea causa de despido disciplinario debe consistir en un incumplimiento grave y culpable, notas que han de concurrir **acumulativamente** (TS 17-12-85). Si bien la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo (TS 30-3-16, EDJ 75318) (nº 245).

En cualquier caso, para ponderar las notas de gravedad y culpabilidad deben tenerse presentes todos los **aspectos objetivos y subjetivos**, así como los antecedentes del caso y las circunstancias coetáneas concurrentes en el supuesto examinado (TS 3-6-87, EDJ 4443); exigiéndose, por tanto, un **análisis individualizado** de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción (TSJ Galicia 17-17, EDJ 39316; 27-2-17, EDJ 34462).

### 1. Gravedad

**230** Para considerar que la gravedad del incumplimiento contractual justifica la decisión extintiva del empresario, debe atenderse no solo al dato objetivo del **incumplimiento** producido, sino también a las **circunstancias** en que se produzca, el ámbito o medio de trabajo, el puesto de trabajo y la cualificación, profesión u oficio del afectado, conforme a la **teoría gradualista**. Esta teoría consiste en la búsqueda de la necesaria proporción ante la infracción y la sanción, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (TS 30-5-92, EDJ 8289; 19-7-10, EDJ 196305; TSJ Extremadura 16-2-17, EDJ 21755), atendiendo a las circunstancias concretas del caso, para valorar la gravedad de la conducta sancionada con el despido, así como a otras circunstancias que permiten matizar el enjuiciamiento, como la antigüedad del trabajador en la empresa, conducta anterior del mismo y sanciones anteriores, perjuicio económico o de otra índole producido, etc. pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción (TS 28-2-90, EDJ 2278; 6-4-90, EDJ 3897; 16-5-91, EDJ 5157; 2-4-92, EDJ 3195).

En algunos casos la descripción legal de la conducta sancionable mediante el despido exige que concurran determinadas **circunstancias agravantes**, como puede ser la reiteración [así,

por ejemplo, en el caso de las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo), la continuidad (como en el caso de la disminución en el rendimiento) o la habitualidad (en la embriaguez que repercute negativamente en el trabajo).

**Precisiones** 1) Aun cuando las faltas cometidas de forma individualizada no alcancen la calificación de muy graves, pueden ser causa de despido si existe una **relación continuada de incumplimientos** que evidencian la existencia de una conducta lesiva para los derechos de la empresa, al margen de su cuantía. Además, hay que valorar que si bien no es posible mantener la existencia de reincidencia, en tanto ello exige una sanción previa para poder ser valorada, sí cabe mantener que la conducta incumplidora del trabajador no ha sido aislada sino reiterada en un corto espacio de tiempo, lo que incluso excluye la posibilidad de sanciones individuales (TSJ Galicia 13-12-12, EDJ 322895).

2) Respecto a hechos relacionados con el **dinero**, puede considerarse que no es grave cuando retiene indebidamente en su poder 270 euros de una factura, pero los devuelve antes de tener conocimiento que estaba despedido (TSJ Castilla-La Mancha 11-12-12, EDJ 290026). O por el contrario, que es grave llevarse el dinero percibido a su domicilio, no estando autorizada para ello, reintegrándolo sólo cuando se le pide por parte de la empresa (TSJ Las Palmas 29-6-12, EDJ 247050);

3) Se consideró **grave**:

- **ausentarse del trabajo**, al decidir el trabajador unilateralmente el período de disfrute de las **vacaciones**, ausentándose sin previo acuerdo con la empresa (TSJ Asturias 2-11-12, EDJ 255734)

- **publicar en página web** un relato parcial y sesgado de una realidad percibida de forma marcadamente subjetiva, con el único objeto de perjudicar, lesionar, agravar o deshonrar a la empleadora, en un medio de divulgación y difusión pública, de amplio espectro, cual es Internet, y en el seno de una asociación profesional de trascendencia incuestionable y amplia repercusión (TSJ Madrid 26-9-12, EDJ 242141).

4) En cambio, se consideró **desproporcionada la sanción** de máxima gravedad que es el despido:

- respecto de la conducta de haber abonado un producto al día siguiente de ser retirado, que pudo ser debido a un simple **olvido**, resulta. El actuar de la trabajadora carece de la trascendencia necesaria para merecer el despido, evidenciándose desproporción entre la falta cometida y la sanción impuesta (TSJ Castilla-La Mancha 23-1-17, EDJ 7419);

- una **discusión** mutua entre compañeros de trabajo que tenían mala relación (TSJ Málaga 21-12-16, EDJ 263399);

- **ausentarse** 20 minutos para participar en una **concentración** delante del hospital (TSJ Castilla-La Mancha 25-9-12, EDJ 242022).

## 2. Culpabilidad

Para conceptuar una determinada conducta como causa justa de despido disciplinario no es necesario que la misma sea de carácter **doloso**, pues también pueden ser sancionables con despido las acciones simplemente culposas o negligentes, cuando esa **negligencia** sea grave e inexcusable, debiendo valorarse la trascendencia y gravedad de dicha negligencia y sus consecuencias (TS 19-1-87, EDJ 357; 30-6-88, EDJ 5743; 23-1-91, EDJ 590; 30-4-91, EDJ 4522). La negligencia se agrava especialmente, cuando el trabajador afectado tiene una especial **calificación profesional**, imponiéndose pues una diligencia exigible con mayor rigor de acuerdo con la responsabilidad del cargo desempeñado y confianza depositada en quien los ocupa (TSJ Madrid 8-2-00, EDJ 12754). Pero no cualquier defecto en la prestación de trabajo puede calificarse como incumplimiento del deber de diligencia, susceptible de justificar la sanción por despido, sino solamente aquellos que por la reiteración de la conducta negligente o por elementos de cualificación vinculados normalmente al resultado de una imprudencia inexcusable revisten una **especial gravedad** (TS 28-6-88, EDJ 5664; TSJ Valladolid 7-11-00, EDJ 117453; TSJ Cantabria 20-8-01, EDJ 103224).

Se considera insuficiente para minorar la sanción salvo en supuestos límite, las **características de la personalidad**, no siendo consideradas exculpatorias porque si no impiden al trabajador desarrollar normalmente sus funciones, ni ostentar los derechos que para él se derivan del contrato de trabajo, mal pueden servirle para eximirse de las obligaciones derivadas del mismo contrato de trabajo (TS 27-10-87, EDJ 7781).

**Precisiones** 1) La responsabilidad disciplinaria del trabajador que se hace cargo de **funciones de control de la seguridad y salud** de los trabajadores está condicionada a que éste tenga cualificación y formación suficiente para el cumplimiento correcto de sus obligaciones (TSJ Valladolid 7-5-08, EDJ 195405).

2) Respecto a la **ludopatía**, se ha considerado que puede anular la culpabilidad, puesto que es una enfermedad grave, reconocida como un trastorno mental por la Organización Mundial de la Salud, de manera que tales enfermos no están capacitados para administrar su propio dinero ni tampoco el ajeno, y que para comenzar a tratar la enfermedad es prioritario que el paciente no tenga acceso al dinero, salvo lo imprescindible para sus gastos diarios, y que asimismo sea controlado por alguien de su confianza, de manera que es notorio que una persona con tal padecimiento no puede desempeñar un puesto de trabajo en el que individualmente haya de recaudar dinero.

235

237

Por ello se declara la **improcedencia** del despido:

- de un vendedor de la ONCE que sufre de ludopatía que genera al trabajador un gran deterioro personal, familiar, laboral y social, sin que pese al conocimiento de tal situación y a la obligación Estatutaria de la ONCE en orden a la rehabilitación personal, profesional y familiar, se adoptasen medidas rehabilitadoras suficientes o se iniciara un expediente de invalidez, manteniendo al trabajador en su puesto de agente-vendedor (TSJ Madrid 23-5-02, EDJ 33763; 13-10-04, EDJ 88077);
- de un cartero que por su condición de ludópata carecía de una integridad psicológica que le permitiese conocer el contenido ético y el alcance de sus actos (en este caso sustracciones de tarjetas de crédito), y de capacidad volitiva, entendida como posibilidad real del sujeto de determinar sus acciones. La empresa afectada, ante la gravedad de los hechos, podría haber articulado la extinción a través de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida (TSJ Castilla-La Mancha 3-3-16, EDJ 32310).

En sentido opuesto, se consideró **procedente**:

- respecto a agente-vendedor de la ONCE (TSJ Valladolid 8-5-06, EDJ 70232);
- una apropiación indebida, amparándose en una ludopatía, alegada por el trabajador, cuando no se acredite que dicha afección suponía una influencia tan grande que anulaba o por lo menos disminuía notablemente sus facultades intelectivas y volitivas (TSJ Cataluña 6-3-96; 7-1-99, EDJ 6848; TSJ Madrid 11-1-05, EDJ 6297; TSJ Galicia 28-2-07, EDJ 73769); sino que tenía conciencia y voluntad de la actuación antijurídica (TSJ Galicia 16-12-11, EDJ 302104).

**3)** La nota de culpabilidad **no** se atenúa, porque no se hubiese producido **lucro personal o perjuicios económicos a la empresa**, ya que la conducta sancionable es precisamente el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad, que son exigibles en cualquier contrato y en particular en el contrato de trabajo, en el que la confianza mutua se constituye en el sostén principal de la relación contractual (TS 26-5-86, EDJ 3540; 9-12-86, EDJ 8085), ya que en la confianza contractual no cabe establecer grados, siendo irrelevantes, así mismo, las cuantías apropiadas indebidamente (TSJ Galicia 22-1-00, EDJ 7396).

**4)** En caso de **deficiencias psíquicas**, puede que se considere que, al aparece menguada la culpabilidad por la concurrencia de una causa inhabilitante para un discernimiento pleno ha de corresponder una sanción inferior (TS 14-10-87, EDJ 7339; TSJ Cataluña 10-5-07, EDJ 138467), o que no existe culpabilidad cuando la responsabilidad del trabajador estaba condicionada por padecer oligofrenia o fuertes depresiones (TS 11-5-88, EDJ 4028; 10-12-91, EDJ 11698). O, por el contrario, que existe culpabilidad a pesar del estado psíquico de un trabajadora en baja y con medicación psiquiátrica, cuando envía a toda la plantilla un correo electrónico a altas horas de la mañana con críticas e imputaciones a su superior jerárquico (TSJ Madrid 9-7-07, con voto particular EDJ 178928).

**5)** La independencia de la **jurisdicción penal y laboral**, en relación con la valoración de la prueba, con los límites de inexistencia del hecho o falta de participación del trabajador en el ilícito penal, en cuyas circunstancias prevalece o se impone la sentencia penal, conduce a la conclusión de que operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta (TS 27-1-15, EDJ 15238; 20-4-15, EDJ 58586).

## C. Ejercicio de derechos fundamentales

**245** No puede imputarse incumplimiento alguno al trabajador cuando la conducta supuestamente incumplidora supone el ejercicio de un derecho fundamental, puesto que la empresa no es un ámbito cerrado al ejercicio de los derechos fundamentales, sino que éstos tienen también efectos en el seno de la relación laboral, aún cuando la existencia del contrato de trabajo puede modular su ejercicio en aras de un equilibrio entre los derechos del trabajador y los intereses de la organización empresarial (TCo 241/1999). En materia de despido la **acción de los derechos fundamentales** se puede plantear de tres maneras:

**a)** Procede la declaración de nulidad de los despidos cuando, más allá de la causa alegada formalmente por el empresario, se llega a acreditar -en su caso mediante la inversión de la carga de la prueba- que la **causa real del despido** es una diferencia de trato discriminatoria por motivos de raza, sexo, religión, ideología o afiliación política o sindical, etc., o bien que se ha vulnerado la garantía de indemnidad, por cuanto el despido en realidad ha sido una reacción empresarial motivada por el ejercicio por el trabajador de un derecho fundamental, como puede ser el de tutela judicial efectiva u otro (nº 2280).

**b)** Más dudoso es el caso en el que la vulneración de los derechos fundamentales se ha producido no en el acto mismo del despido, sino en la **obtención de las pruebas** necesarias para acreditar la conducta ilícita del trabajador, en cuyo caso existe la duda sobre si ello conlleva la nulidad del despido o solamente la nulidad de las pruebas obtenidas ilícitamente.

**c)** Existen supuestos en los que el propio **incumplimiento laboral** imputado al trabajador por el empresario para justificar su despido, siendo cierto, queda **justificado** por cuanto esa misma conducta constituye el ejercicio de un derecho fundamental. En tales supuestos el despido también debe ser declarado nulo.

Los **casos** más significativos son:

1. Libertad de expresión y de información (nº 2320 s.).
2. Libertad sindical y derecho de huelga (nº 2375 s.).
3. Funciones de representación (nº 7811).

## SECCIÓN 2

## Causas de incumplimiento

(ET art.54.2)

La Ley recoge los supuestos de incumplimientos contractuales merecedores de la sanción de despido mediante una **lista cerrada**. Los distintos **supuestos** están redactados con **amplitud** suficiente para que contengan todos los tipos posibles de incumplimiento contractual del trabajador, pues es prácticamente impensable que un incumplimiento del trabajador grave y culpable de sus obligaciones contractuales, no esté comprendido en cualquiera de los citados supuestos.

Las **causas** contenidas en el genérico listado legal, que a continuación se analizan son:

1. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo (nº 260).
2. Indisciplina o desobediencia en el trabajo (nº 350).
3. Ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos (nº 400).
4. Transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo (nº 470).
5. Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado (nº 615).
6. Embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo (nº 650).
7. Acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa (nº 675).

**Precisiones** La Sala Cuarta del **Tribunal Supremo** apenas ha creado **doctrina unificada** acerca de la interpretación de las faltas laborales, puesto que ha entendido que es casi imposible apreciar contradicción en las concretas circunstancias de cada caso relativo a despidos disciplinarios en lo que se refiere a la valoración de la concurrencia de las causas de despido procedente. Sin embargo, sí ha admitido que puede unificar doctrina, cuando se encuentra ante sentencias de despido nulo por **lesión de derechos fundamentales** que guarden similitud, aunque no una completa identidad, entendiendo que en esos casos se trataría de precisar de manera uniforme, son los límites del derecho fundamental que se dice lesionado (TS 20-4-05, EDJ 83714).

**Negociación colectiva** Los convenios colectivos pueden precisar esos conceptos indeterminados, tipificando como **faltas laborales** muy graves, susceptibles de ser sancionadas con el despido, tipos de conductas más precisos, que siempre han de encontrar un encaje entre las causas legales. Los cuadros de faltas laborales previstos en los convenios colectivos suelen calificar las mismas en **leves, graves y muy graves**, mereciendo ordinariamente las últimas la sanción por despido.

Los **vacíos convencionales** no impiden que la empresa acuerde el despido de un trabajador aplicando directamente el listado legal. Sin embargo hay que diferenciar los supuestos de vacío o laguna convencional, de aquellos otros en los que la **voluntad de las partes negociadoras** haya sido la de no sancionar una determinada conducta o la de sancionar la misma con una consecuencia de menor gravedad que el despido, en cuyo caso ha de respetarse las previsiones del convenio colectivo, de manera que no es posible legalmente aplicar la sanción de despido, por impedirlo el convenio colectivo, aunque sí hubiera sido posible si se tratase de aplicar exclusivamente aquel.

Los convenios colectivos no pueden lícitamente configurar como **faltas muy graves**, susceptibles de ser sancionadas mediante el despido, conductas del trabajador que no tendrían la consideración de causas de despido según el citado listado legal.

**Precisiones** Los convenios colectivos suelen recoger como faltas muy graves sancionables con el despido la reiteración de faltas graves. Si bien, hay que tener en cuenta que para que se aprecie la existencia de la reincidencia es necesario que la sanción impuesta por la falta grave anterior sea firme, porque cabría la posibilidad de que judicialmente se dejara sin efecto (TSJ País Vasco 12-9-16, EDJ 200455).

### A. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo

(ET art.54.2.a)

Hay dos **conductas infractoras** diferentes: la inasistencia al trabajo y las faltas de puntualidad. El **bien jurídico protegido** por esta causa de despido es el cumplimiento básico del contrato por parte del trabajador mediante su prestación de trabajo, que es la esencial que el trabajador debe al empresario como contrapartida a su retribución salarial. El **incumplimiento** de esa prestación por parte del trabajador, bien por ausentarse de su puesto de trabajo, bien por

250

253

260



no cubrir la totalidad de la jornada pactada, frustra injustificadamente el objeto del contrato de trabajo y permite al empresario resolver el mismo, como es propio de los contratos sinalagmáticos o recíprocos (CC art.1124).

Pero para que las faltas de asistencia o puntualidad sean causa de despido es necesario que sean repetidas e injustificadas. Es decir el **elemento cuantitativo** de dichas faltas es un elemento esencial del tipo (nº 280), y la falta de justificación aporta el **elemento causal** del tipo (nº 290).

**Precisiones** 1) La inasistencia o impuntualidad al trabajo se entiende que es **voluntaria**, salvo que se acredite una causa que la justifique. La voluntariedad de la conducta humana, por acción u omisión, salvo constatación expresa en contra, es elemento constitutivo de la misma (TS 20-6-88, EDJ 5344), presumiéndose la voluntariedad de la conducta en cuanto no conste la existencia de un motivo ajeno al trabajador (TS 15-11-82, EDJ 6956; 12-7-83; 31-1-86, EDJ 974), ya provenga de un tercero, de la otra parte contratante, de caso fortuito o de fuerza mayor. El acreedor del trabajo, que es la empresa, no tiene que probar otra cosa que la existencia de la obligación, siendo el trabajador quien ha de probar que si dejó incumplido el contrato, no fue por causa suya (TS 26-11-08, EDJ 156840).

2) A efectos de determinar si existe inasistencia o faltas de puntualidad hay que tener en cuenta cuáles son las **jornadas y horarios** vigentes en la empresa. Si la empresa introduce unilateralmente una **modificación** en los mismos el trabajador debe articular su oposición por los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, pero no constituirse en sujeto decisor de sus obligaciones y optar por no acudir al trabajo en el nuevo horario que la empresa fijó. El incumplimiento del nuevo horario o jornada fijados sin haberse opuesto legalmente a su fijación supone que el trabajador incurre en faltas de asistencia o de puntualidad (TSJ Málaga 2-3-06, EDJ 262818).

3) Si la conducta laboral ha sido **tolerada** por la empresa, pues no consta ninguna advertencia al respecto, ni amonestación oral o escrita, esta decisión empresarial pueda ser calificada de sorpresiva, no puede ser procedente el despido (nº 215).

## 1. Conductas infractoras

### a. Inasistencia al trabajo

(ET art.54.2.a)

**265** La inasistencia al puesto de trabajo constituye un incumplimiento sancionable del trabajador, siempre que, por su reiteración, adquiera **gravedad** suficiente (nº 280). El empresario debe **acreditar** que el trabajador no ha acudido a su puesto de trabajo unos días determinados, incumpliendo, de esta manera, su obligación contractual de prestar servicio. A partir de ahí corresponde al trabajador alegar y probar de contrario las causas que justifiquen su inasistencia, si pretende que ésta no sea sancionable.

Se valora como inasistencia al trabajo la falta a  **cursos de formación** obligatorios (TSJ Las Palmas 15-10-07, EDJ 279571) u otras actividades empresariales de obligatoria asistencia en virtud del contrato de trabajo.

Es actualmente pacífico que la expresión «faltas repetidas de asistencia» no se refiere a días naturales de 0 a 24 horas, sino a **jornadas de trabajo**, sea cual fuese el horario señalado y su duración, con tal de comprender todo el tiempo exigible en horas de permanencia en el puesto de trabajo (TS 30-9-86, EDJ 5952). Esto significa que se computa como falta completa la inasistencia del trabajador los días en que se realice una **jornada reducida** como ocurre, por ejemplo, en las empresas en las que se trabaja los sábados solamente por la mañana. Así, si la jornada laboral del sábado solo comprendía la mañana, ello equivalía a un día de trabajo y la ausencia durante toda su duración no puede calificarse como de las horas que alcanzaba ni como medio día, sino como jornada laboral completa a todos los efectos. Por el contrario la **presencia** del trabajador durante **parte de la jornada**, ausentándose solamente durante otra parte de la misma (sea al principio, al final o en su tramo medio) no constituye una falta de asistencia, sino una falta de puntualidad, por cuanto solamente supone un incumplimiento del horario. De esta manera no constituye falta de asistencia, sino de puntualidad, la conducta de un trabajador con jornada partida que un día acude a trabajar por la mañana, pero no por la tarde (TSJ Las Palmas 30-4-01, EDJ 40268), o la de la trabajadora que se ausenta de forma injustificada durante tres de las cuatro horas de la jornada laboral (TSJ País Vasco 21-11-06, EDJ 411750).

**268** **Distinción con el abandono del trabajo** En los casos en los que el trabajador deja de asistir al trabajo, es peligroso para la empresa limitarse a dar de baja al mismo en la Seguridad Social y tenerle por desistido del contrato de trabajo, porque si la **voluntad extintiva** del trabajador no resulta claramente de su conducta, el empresario podría ser condenado por despido improcedente ante una reclamación del trabajador (TSJ Valladolid 11-2-09, EDJ 48917; TSJ Cataluña 9-11-09, EDJ 328504; TSJ Castilla-La Mancha 15-4-10, EDJ 102976); ya



que las faltas de asistencia que no evidencien voluntad extintiva por parte del trabajador no pueden asimilarse al abandono, sino que en todo caso pueden ser sancionadas con el despido si revisten la reiteración y gravedad suficiente.

Por tanto, ante la **inasistencia continuada** del trabajador durante un periodo de varios días, que constituya falta laboral muy grave conforme al convenio colectivo de aplicación, es preferible para la empresa proceder a su despido disciplinario por faltas repetidas e injustificadas de asistencia. Como un supuesto distinto a la mera inasistencia en ocasiones se ha configurado el abandono injustificado del puesto de trabajo como una **transgresión de la buena fe** contractual, por cuanto se desorganiza injustificadamente el funcionamiento empresarial. Para ello, es preciso que, aparte de la mera inasistencia, exista algún factor coadyuvante que determine la ruptura de la buena fe, como el engaño o falseamiento, o la producción de un daño o riesgo de daño especialmente relevante por las circunstancias concurrentes. Así el abandono del puesto de trabajo, aunque sea por breve tiempo, se agrava, conectándose con el incumplimiento de los deberes de buena fe y lealtad contractual, si el puesto de trabajo es especialmente cualificado (TSJ La Rioja 28-3-00, EDJ 15454).

Cuando el abandono supone una **voluntad extintiva** por parte del trabajador nos hallamos ante una dimisión del mismo (TS 1-10-90, EDJ 8840). Pero siempre es preciso que se manifieste al exterior una voluntad incontestable en tal sentido y cuando se trata de una deducción de la voluntad del trabajador a partir de su comportamiento es necesario que del mismo se pueda deducir **clara y terminantemente** que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono, materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión, sino que se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivalentes a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato (TS 21-11-00, EDJ 55660; 27-6-01, EDJ 16137) (ver nº 6643).

**Precisiones** 1) Así, es causa de **despido procedente**: el abandono sistemático del puesto de trabajo durante parte de la jornada (TSJ La Rioja 5-12-00, EDJ 58995); vigilante de seguridad, que en su tiempo de trabajo acude al Registro de demandas del Juzgado en el que presta servicios (TSJ Baleares 20-2-01, EDJ 7639); falsear los informes, no habiendo realizado efectivamente las visitas encomendadas por el jefe de zona (TSJ C.Valenciana 29-3-01, Rec 190/01); trabajador que abandona el puesto de trabajo alegando motivos de salud y que acude a prestar servicios en otro empleo (TSJ Cataluña 22-5-06, EDJ 319877).

2) Por el contrario, **no sería causa de despido**: cuando falta prueba del abandono (TSJ Extremadura 18-4-00, EDJ 117190); no constituye abandono del trabajo el utilizar esporádicamente la fotocopiadora y el fax de la empresa para uso propio (TSJ Madrid 26-1-01, EDJ 5978).

3) Ante la falta de reincorporación tras el alta por agotamiento del **plazo máximo de IT**, y la denegación de la incapacidad permanente, el empresario puede despedir o tener por extinguido el contrato por dimisión, y el trabajador ha de prevenir la eventual apreciación de un desistimiento manifestando su voluntad de mantener la relación (TSJ Asturias 19-12-14, EDJ 243534).

## b. Impuntualidad en el trabajo

(ET art.54.2.a)

La falta de puntualidad es también un incumplimiento del trabajador, al frustrar el objeto del contrato, ya que una de las obligaciones básicas del trabajador es permanecer en su puesto de trabajo, tanto al **comienzo** como al **final de la jornada** pactada. Por consiguiente, debe entenderse, que existe impuntualidad, tanto si se llega tarde al trabajo, como si se producen ausencias del mismo antes del término de la jornada pactada. La falta de puntualidad, en definitiva, no es sino el incumplimiento del horario establecido.

Se admite también, que se produce impuntualidad punible con el despido disciplinario, cuando se producen retrasos injustificados en la realización de actividades, asimilables a la prestación de trabajo, como la asistencia a **cursos de formación** de los aprendices (TSJ Andalucía 14-10-96; TSJ Valladolid 12-3-01, EDJ 14597).

**Precisiones** 1) Para alcanzar la gravedad suficiente que las haga merecedoras de la sanción de despido las **faltas** de puntualidad han de ser **reiteradas** y alcanzar unos determinados **niveles cuantitativos** dentro de un cierto periodo. Estos niveles cuantitativos suelen estar determinados en los **convenios colectivos**, que en su tipificación de faltas laborales suelen fijar el número de impuntualidades que, acumuladas en un cierto período de tiempo, constituye falta laboral leve, grave o muy grave, siendo esta última susceptible de ser sancionada con el despido (TSJ Valladolid 16-9-09, EDJ 238746; TSJ Madrid 19-10-10, EDJ 293141).

Por el contrario, si las faltas de puntualidad no tienen entidad suficiente, al **no haberse superado los límites** convencionales antedichos, el despido es improcedente (TSJ Madrid 31-3-08, EDJ 52264).

2) **Acreditadas** las faltas de puntualidad, sin que las mismas se puedan considerar como aisladas o esporádicas, y llevados a cabo **requerimientos de la empresa** para que no persistiese en esa actitud, habiendo sido ya objeto de sanciones previas por llevar a cabo la misma conducta, implica la

comisión de un incumplimiento de la suficiente gravedad y culpabilidad como para justificar la adopción de la sanción de máxima gravedad en el ámbito laboral (TSJ Castilla-La Mancha 17-11-14, EDJ 242298).

3) No pueden sancionarse con el despido en concepto de abuso de confianza las faltas de puntualidad consistentes en el abandono anticipado del trabajo unos minutos por parte del operario, aunque sean reiteradas, ya que la empresa, al tener conocimiento de la primera falta de puntualidad, reaccionó poniendo al trabajador un **detective** y **tolerando** dicha falta de puntualidad y las consecutivas sin decir nada, hasta que consiguió acreditar un número reiterado de ellas y procedió a su despido, lo que demuestra que su voluntad real no era sancionar las faltas de puntualidad, sino disponer de una causa para despedir al trabajador (TSJ Navarra 25-3-10, EDJ 108566).

4) Constituyen **supuestos de impuntualidad** sancionables: el abandono durante parte de la jornada laboral de modo reiterado (TSJ La Rioja 5-12-00, EDJ 58995); el incumplimiento de la jornada laboral de trabajo (TSJ Cataluña 5-9-00, EDJ 36461).

5) La tardanza en la incorporación al trabajo supone el incumplimiento de sus obligaciones, por más que en tales días **prolongase la jornada**, pues el horario no es moldeable por la trabajadora (TSJ Granada 29-6-05, EDJ 341529). Si bien, no se considera que el trabajador haya reducido su jornada diaria, demorando la llegada o anticipada salida, ya que lo que está acreditado es una **modificación de su horario** matutino, consistente en retrasar, de lunes a viernes, la hora de inicio en una hora, y adelantarla en la misma medida los sábados, con la paralela repercusión en la hora de salida, y eso no es impuntualidad. Si podría pensarse, de responder tal variación a una decisión personal del trabajador, que con ello estaría incurriendo en la indisciplina o desobediencia, sin embargo, en realidad, no es tal la falta que se le atribuye por la empresa demandada (TSJ Aragón 31-10-11, EDJ 264453).

## 2. Reiteración y gravedad

[ET art.54.2.a]

**280** El **elemento cuantitativo** -repetición de las faltas de asistencia o de impuntualidad- se constituye en elemento primordial del tipo, ya que si las faltas imputadas no se han reiterado significativamente, carecen de entidad suficiente para justificar la procedencia del despido.

El ET no determina el **número de inasistencias o impuntualidades**, cuya comisión implicaría rechazo social suficiente para convalidar la decisión extintiva empresarial, siendo necesario, por tanto, analizar las faltas de asistencia o puntualidad, atendiendo, no sólo a su comisión, sino también al **momento** y a la **motivación**, que las causó, así como a las **consecuencias**, que hubieran podido producirse para la empresa. Se entiende, en este sentido que la noción de gravedad en la comisión de estas faltas ha de **individualizarse**, atendiendo, de una parte, a los actos del trabajador y de otra, a las consecuencias producidas en el ámbito de la empresa, debiendo tenerse también presente el momento de su comisión y la eventual reiteración de las mismas, ya que ésta se constituye en un factor agravante en el incumplimiento (TS 12-5-86, EDJ 3148; 2-10-86, EDJ 6002; 18-7-88, EDJ 6412).

Las faltas de asistencia y puntualidad pueden producirse de modo continuado o bien cíclicamente, lo que suele resolverse ordinariamente en los **convenios colectivos**, que fijan un **número de faltas** en un determinado período de tiempo, de modo que si el trabajador falta al trabajo o es impuntual en el período previsto y por encima del tope marcado, es merecedor de la sanción de despido, con independencia de que las faltas no se haya producido de modo continuado (TSJ Madrid 4-3-08, EDJ 85282). Por el contrario el despido es improcedente si el número de faltas imputada está por debajo de la tipificación contenida en el convenio colectivo (TSJ Galicia 9-3-01, EDJ 14411; TSJ Asturias 8-11-10, EDJ 282963). Lo determinante por tanto es la tipificación del convenio colectivo (TSJ País Vasco 13-10-10, EDJ 262845), de tal manera que la apreciación de las faltas de asistencia, tanto en lo que se refiere a su número como al período de referencia, ha de ser acorde con la establecida en ésta (TS 27-3-90, EDJ 3444). En todo caso la normativa sectorial contenida en el convenio colectivo no puede exceder de los límites del ET art.54, tipificando como falta merecedora del despido una **única ausencia**, ya que el texto legal exige repetición de las faltas (TSJ Las Palmas 30-4-01, EDJ 40268).

Si el **convenio colectivo** aplicable **no concreta** el número de faltas injustificadas al trabajo que constituyen una infracción laboral muy grave, la generalidad de la normativa laboral contenida en múltiples Convenios Colectivos la fija en 3 faltas injustificadas en el período de un mes, cuando no fija 2 días de ausencia en el período de un mes o de 4 en el de 2 meses (TSJ Madrid 27-5-15, EDJ 100052).

**282**

**Precisiones** 1) Se considera que **falta la nota de gravedad**: al acreditarse sólo un día de ausencia (TSJ Madrid 24-3-03, EDJ 88193; TSJ País Vasco 4-4-06, EDJ 97285); dos días de ausencia (TSJ Cantabria 27-4-93; 12-4-06, EDJ 69753; TSJ Madrid 31-1-06, EDJ 40649); tres días (TSJ Las Palmas 31-7-09, EDJ 273648); aunque en otro caso tres días han sido considerados suficientes para justificar el despido (TSJ Las Palmas 16-10-09, EDJ 346803); las faltas de puntualidad de poca entidad

(TSJ Madrid 26-1-01, EDJ 5978); 17 faltas de puntualidad en un período de 6 meses (10 no alcanzaron los 10 minutos y otras 5 no superaron los 15 minutos) además de convivir con una madre seriamente enferma que puede entrañar una cierta demora a la hora de iniciar la jornada laboral, lo que perfectamente podría haberse corregido si las partes hubieran llegado a un acuerdo, por ejemplo, en punto a la reducción de jornada que el demandante solicitó para el cuidado de aquélla (TSJ Madrid 13-7-12, EDJ 179775).

2) No se considera el despido procedente, cuando el trabajador que debía estar realizando horas extraordinarias por la noche según consta en la ficha de control horario, fue sorprendido en una discoteca, habiendo fichado por él otro compañero porque no constan sanciones anteriores, **no es una conducta reiterada** y la empresa podía comprobar el trabajo realizado (TSJ Madrid 9-5-06, EDJ 95466).

3) No pueden valorarse a efectos de llenar el número de faltas que exige la calificación del convenio colectivo las **ausencias** que **ya** han sido **sancionadas** por la empresa con anterioridad (TSJ Cataluña 25-7-08, EDJ 254110).

### Aplicación de la doctrina gradualista a las faltas de asistencia o de puntualidad 285

No cabe aplicar la teoría gradualista en función del **número de faltas** de asistencia o de puntualidad, ya que la valoración de la gravedad es la incorporada en el convenio colectivo (TSJ Navarra 15-6-10, EDJ 266218), aunque sí cabe aplicarla en función de otras **circunstancias concurrentes** que permitan rebajar la culpabilidad del trabajador. Así se ha aplicado la doctrina gradualista:

- en atención a la **antigüedad** del trabajador en la empresa, así como a su trayectoria profesional en la misma (TS 2-4-92, EDJ 3195);

- de modo individualizado y proporcionado a la conducta del trabajador, en aquellos supuestos en los que la **capacidad volitiva** del trabajador estuviera desequilibrada como el trabajador que tras su alta médica continúa en un estado psiquiátrico incompatible con el trabajo (TSJ Cantabria 16-7-09, EDJ 177065), declarándose, en estos supuestos, la improcedencia del despido;

- en la negativa del trabajador a trasladarse a **provincia distinta** a la de su contrato, al no mediar la correspondiente autorización administrativa (TSJ Murcia 2-3-94); pero no se ha aplicado para considerar justificada o rebajar la gravedad a la ausencia del trabajador debida a un **cambio de horario** que estima contrario a la Ley (TSJ Málaga 2-3-06, EDJ 295249), si bien no existe gravedad suficiente para justificar el despido cuando la empresa cambia la jornada a la trabajadora y mientras se tramita el recurso de la trabajadora contra dicha modificación la empresa consiente de hecho en que realice otra jornada que no incluye domingos y festivos (TSJ Madrid 10-7-09, EDJ 181005).

### 3. Falta de justificación

(ET art.54.2.a)

La falta de justificación de las ausencias o impuntualidades aporta el **elemento causal** del tipo, que debe concurrir acumuladamente con la gravedad de las faltas, para convalidar la decisión extintiva empresarial, de tal forma que, aún produciéndose las ausencias al trabajo, si estas obedecen a causas ciertas y legítimas, no será posible sustentar el despido en ellas (TSJ Castilla-La Mancha 30-10-14, EDJ 240024).

La falta está justificada si se acredita la concurrencia de **hechos ajenos a la voluntad** del trabajador, debiendo, por tanto, justificar los **motivos** que le impidieron el cumplimiento de sus obligaciones de asistencia y puntualidad, bien con anterioridad al incumplimiento, bien si se dan circunstancias que impidan el **preaviso** por parte del trabajador, en el más breve tiempo posible, remediando del mejor modo las dificultades, que su ausencia o impuntualidad hubiera podido producir a la empresa, debiendo acreditar, en todo caso, con posterioridad a la ausencia o a la impuntualidad las razones o causas de justificación de las mismas (TS 6-10-87, EDJ 7097).

El **empresario** debe **acreditar** las ausencias o impuntualidades, producidas por el trabajador; mientras, que el **trabajador** debe **acreditar**, que no se produjeron las mismas, si es que niega su comisión, o, en caso contrario, que las faltas están suficientemente justificadas, así como el preaviso y en su defecto, la notificación posterior, cuando no fuera posible el preaviso, si bien el requisito de notificación formal debe ceder, siempre que se demuestre, que el empresario tenía conocimiento efectivo de las razones de la ausencia. Obviamente, no pueden entenderse injustificadas las ausencias si resulta probado que el **empresario autorizó** al trabajador para ausentarse de su puesto de trabajo (TSJ Cataluña 20-12-07, EDJ 329598).

Hay que distinguir este supuesto de despido disciplinario de aquel otro que da lugar al **despido por causas objetivas**. Las faltas intermitentes, aún justificadas, son causa de extinción por circunstancias objetivas, siempre que superen los límites previstos (nº 4330).

290