

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).  
**Catalá Pellón, Alicia** (Magistrada Sala de lo Social del TSJ de Madrid).  
**Ceinos Suárez, Angeles** (Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social -acreditada Profesora Titular-. Universidad de Oviedo).  
**Cobo Sánchez, Abraham** (Letrado del FOGASA).  
**Charro Baena, Pilar** (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).  
**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).  
**Gómez Garrido, Luisa María** (Magistrada Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha).  
**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 de Andalucía).  
**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: 113,36 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-17794-98-9  
ISSN: 1699-681X  
Depósito legal: M-31440-2019

Impreso en España  
por Printing '94  
C/ Orense, nº 4 - 2º. 28020 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) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

**MEMENTO** **PRÁCTICO**  
FRANCIS LEFEBVRE

**Despido**

**2020-2021**

Fecha de edición: 20 de septiembre de 2019



# Plan general

Nº	
100	Abreviaturas Introducción
<b>PRIMERA PARTE: DESPIDO DISCIPLINARIO</b>	
200	Causas
750	Comunicación del despido
900	Impugnación
3100	Reclamación al Estado de los salarios de tramitación
<b>SEGUNDA PARTE: DESPIDO COLECTIVO</b>	
3235	Causas
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
3580	Extinción por fuerza mayor
<b>TERCERA PARTE: EXTINCIÓN DEL CONTRATO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL</b>	
3700	Despido colectivo en el concurso
3800	Procedimiento judicial de regulación de empleo
3940	Extinción de los contratos de alta dirección
3960	Efectos de la declaración de concurso
3985	Tratamiento de las indemnizaciones por despido en el concurso
<b>CUARTA PARTE: DESPIDO OBJETIVO</b>	
4170	Causas
4410	Requisitos formales
4600	Impugnación
<b>QUINTA PARTE: CONSECUENCIAS COMUNES DEL DESPIDO</b>	
4750	Obligaciones asociadas a la extinción del contrato
5100	Efectos en la protección social
5500	FOGASA
<b>SEXTA PARTE: OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN</b>	
5850	Mutuo acuerdo
5950	Cláusulas extintivas
6040	Contratos temporales
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
<b>SÉPTIMA PARTE: COLECTIVOS CON ESPECIALIDADES</b>	
7650	<b>Especialidades por el nivel de protección</b>
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

**Nº**

8150	<b>Especialidades por la actividad</b>
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	Trabajadores a tiempo parcial, fijos discontinuos y relevo

**OCTAVA PARTE: FISCALIDAD Y CONTABILIDAD**

---

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>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>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>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>LISOS:</b>	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg 5/2000)
<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>LPAC:</b>	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (L 39/2015)
<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>MTMSS:</b>	Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
<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>SLL:</b>	Sociedad Limitada Laboral
<b>SMI:</b>	Salario Mínimo Interprofesional
<b>SS:</b>	Seguridad Social
<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

## INTRODUCCIÓN

La extinción del contrato de trabajo supone, con independencia de la causa que la origine, la **finalización** definitiva de las obligaciones, con la excepción del pacto de no competencia que, en su caso, se haya suscrito. Sin embargo, bajo el término extinción se engloban las diferentes causas de finalización del contrato.

Se utiliza el término **despido** para aquellas causas impuestas al trabajador por la decisión unilateral del empresario. El despido es un negocio jurídico unilateral, constitutivo y recepticio por el cual el empresario procede, por su propia voluntad, a la extinción del contrato de trabajo.

1. **Unilateral**, por cuanto se trata de una manifestación de voluntad del empresario, que toma la decisión de despedir con independencia de cuál sea la voluntad del trabajador, que no interviene en esa decisión. Se debe llevar a efecto de manera real, debiendo ser el despido un hecho firme y tangible (TS 2-2-87, EDJ 833; 5-5-87, EDJ 3510; 17-5-10, EDJ 122426).

2. **Constitutivo**, porque produce efectos extintivos por sí mismo, aunque después sea declarado improcedente o nulo. El trabajador puede impugnar la decisión empresarial y, si llega a obtener un acuerdo o resolución judicial que declare ilegal el despido, ello no implica que el despido no haya existido (TS 17-5-00, EDJ 14522; 27-2-09, EDJ 42700). Durante el periodo de tramitación del litigio y hasta que la relación laboral se reinstaure por la readmisión, no ha existido un contrato de trabajo vigente (TCo 33/1987; TS 21-10-04, EDJ 160261; 10-6-09, EDJ 151100).

3. **Recepticio**, al carecer de efectividad jurídica hasta que llega a conocimiento del trabajador afectado, produciendo, desde ese momento, la extinción del contrato de trabajo, salvo que en la carta de despido se señale otro momento distinto y posterior a partir del cual dicha extinción tenga efecto (TS 19-11-14, EDJ 275301; 13-4-89, EDJ 3956; 25-9-95, EDJ 24622; 17-5-00, EDJ 14522).

Las **causas** que pueden justificar esta voluntad extintiva del empresario son:

- faltas cometidas por el trabajador, dando lugar a un despido disciplinario;
- causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o de fuerza mayor que, según el número de trabajadores afectados por la decisión extintiva puede dar lugar al despido individual, englobado dentro del procedimiento de despido objetivo, o al despido colectivo, cuando afecta a una pluralidad de trabajadores que exceda de los límites establecidos;
- causas objetivas, también englobado en la misma denominación de despido objetivo, mediante el cual el empresario puede despedir al trabajador cuando, por diversas circunstancias, sobrevenga o se conozca una ineptitud del mismo para desarrollar su trabajo; o por no poder adaptarse a las modificaciones técnicas que requiera su puesto de trabajo, o bien, por sus ausencias intermitentes, aun justificadas.

Sin embargo, el contrato de trabajo puede extinguirse no sólo por la voluntad del empresario, también existen **otras formas de extinción** que pueden derivar:

1. Del **contrato de trabajo**, al hacerse depender, por ejemplo, de una condición resolutoria, de la superación de un período de prueba, o al regreso del trabajador que tenía su contrato suspendido cuya sustitución había sido el motivo de la contratación.

Asimismo, la duración del contrato puede tener previamente fijado su término o estar condicionada a la realización de la obra o servicio para el que se contrató.

2. De la **voluntad del trabajador**, que puede deberse a una decisión unilateral o venir motivada por una actuación del empresario que suponga un traslado o una modificación de las condiciones establecidas en el contrato de trabajo, o bien por incumplimiento empresarial de las obligaciones contractuales.

3. De un **acuerdo** entre empresario y trabajador, cuyos efectos dependen, asimismo, del propio acuerdo.

4. De **circunstancias** que afecten al empresario o al trabajador que les hagan imposible continuar con la vigencia del contrato, por su incapacidad, jubilación o muerte.

Asimismo, la finalización del contrato puede venir motivada, cuando el empresario sea una persona jurídica, por la extinción de la personalidad jurídica.

En la primera parte de la obra se recoge la forma de extinción que, se podría decir, es la más común, la denominada **despido disciplinario** (nº 200), incluyendo en esta causa de extinción el estudio de la **impugnación** del mismo, que es común a las otras formas de extinción derivadas de la decisión empresarial; así como, en su caso, la reclamación al Estado de los salarios de tramitación.

100

101



**101**  
(sigue)

Una segunda parte recoge la causa de extinción basada en circunstancias **económicas, técnicas, organizativas o de producción o de fuerza mayor**, en su vertiente **colectiva** (nº 3200); tratándose en una tercera parte la extinción del contrato dentro de un **procedimiento concursal** (nº 3700), y en una cuarta parte, las causas denominadas **objetivas** (nº 4150). Respecto a estas últimas, conviene aclarar que tales causas son: ineptitud sobrevenida del trabajador, falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas, absentismo, falta de consignación presupuestaria y causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que tienen en común los requisitos a los que la decisión empresarial está sujeta y su impugnación; pero la regulación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se remite a la establecida para el despido colectivo, lugar donde, por tanto, se encuentra su estudio de forma conjunta.

A continuación, en la quinta parte, se estudian las **consecuencias** (nº 4750) que la extinción produce tanto en las obligaciones laborales (pacto de no competencia; liquidación, saldo y finiquito; obligaciones de información a los representantes de los trabajadores; así como las consecuencias relacionadas con la ocupación de vivienda unida al contrato de trabajo), como sus efectos en la protección social (prestaciones de Seguridad Social y previsión social complementaria). Y cuando al producirse la extinción el empresario resulta insolvente para responder de las obligaciones económicas que de la misma se puedan derivar, el trabajador puede resarcirse a través del **Fondo de Garantía Salarial** (nº 5500 s.).

Una sexta parte reúne las **otras causas de extinción** (nº 5850); y en la séptima parte se recogen unos **colectivos con especialidades** (nº 7650), bien debidas a su especial nivel de protección o por las características de la actividad desarrollada.

Por último, en una octava parte, se recogen los **aspectos fiscales y contables** de los efectos económicos de la extinción de un contrato de trabajo (nº 9200 s.).

Causa	Preaviso	Impugnación	Calificación	Indemnización/readmisión	Salarios tramitación	Desempleo (nº 5110)
<b>Despido disciplinario</b> (nº 200 s.)  ET art.49.1.k, 54, 55 y 56; LRJS art.103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 y 286.2	No	Plazo: 20 días hábiles Actos previos: - conciliación; - mediación Modalidad procesal: demanda de despido  nº 900	<b>1. Procedente</b>	<b>1. No</b>	<b>1. No</b>	<b>1. Sí</b>
			<b>2. Improcedente</b>	<b>2. Opción empresario:</b> - indemnización de 33/45 días/año (máximo 24/42 mensualidades); - readmisión	<b>2.</b> - no (**) - sí	<b>2.</b> - sí - no
			<b>3. Nulo:</b> <b>a. General</b> <b>b. Víctimas de acoso o violencia de género en el trabajo</b>  <b>c. Violación derechos fundamentales</b>	<b>3.</b> <b>a. Readmisión</b> <b>b. Opción trabajador:</b>  - indemnización de 33/45 días/año (máximo 24/42 mensualidades); - readmisión <b>c. Readmisión + indemnización (*)</b>	<b>3. Sí</b>	<b>3.</b> <b>a. No</b> <b>b.</b>  - sí - no <b>c. No</b>
<b>Despido objetivo</b> (nº 4150)  ET art.49.1.l, 52 y 53; LRJS art.103.3, 120, 121, 122 y 123	15 días	Plazo: 20 días hábiles Actos previos: - conciliación; - reclamación previa Modalidad procesal: demanda de despido  nº 4600	<b>1. Procedente</b>	<b>1. Indemnización de 20 días/año (máximo 12 mensualidades)</b>	<b>1. No</b>	<b>1. Sí</b>
			<b>2. Improcedente:</b>	<b>2. Opción empresario:</b> - Indemnización de 33/45 días/año (máximo 24/42 mensualidades); - Readmisión	<b>2.</b> - no (**) - sí	<b>2.</b> - sí - no
			<b>3. Nulo</b>	<b>3. Readmisión</b>	<b>3. Sí</b>	<b>3. No</b>

Causa	Preaviso	Impugnación	Calificación	Indemnización/readmisión	Salarios tramitación	Desempleo (nº 5110)
<b>Despido colectivo</b> (nº 3200)  ET art.49.1.i y 51; LRJS art.124	Período con- sultas	<b>a.</b> Sin impugnación  <b>b.</b> Impugnación por la Autoridad laboral en caso de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (nº 3555)  <b>c.</b> Impugnación por los representantes de los trabajadores  <b>d.</b> Por el trabajador individual = despido objetivo (nº 3500)	<b>b.</b> Nulo  <b>c.</b> - ajustada a Derecho - no ajustada a Derecho	<b>a.</b> Indemnización de 20 días/año (máximo 12 mensualidades)  <b>b.</b> Readmisión  <b>c.</b> - Indemnización de 20 días/año (máximo 12 mensualidades) - Readmisión	<b>a.</b> No  <b>b.</b> No  <b>c.</b> No  No	<b>a.</b> Sí  <b>b.</b> No  <b>c.</b> Sí  No
<b>Mutuo acuerdo</b> (nº 5850)  ET art.49.1.a	No	En caso de desacuerdo: ver despido disciplinario		No, salvo acuerdo	No	No
<b>Causas consignadas</b> (nº 5950)  ET art.49.1.b	No	En caso de desacuerdo: ver despido disciplinario		No, salvo acuerdo	No	Sí
<b>Contratos temporales de duración determinada</b> (nº 6060):  ET art.15 y 49.1.c <b>1. Anticipadamente</b>  <b>2. De obra o servicios determinado y por circunstancias de la producción</b>	<b>1.</b> No  <b>2.</b> Más de 1 año de antigüedad: 15 días	<b>1.</b> Según causa alegada  <b>2.</b> En caso de desacuerdo, ver despido disciplinario		<b>1.</b> Según causa alegada  <b>2.</b> 12 días/año o acuerdo (***)	<b>1.</b> Según causa alegada  <b>2.</b> No	<b>1.</b> Según causa alegada  <b>2.</b> Sí
<b>Contratos temporales en prácticas</b> (nº 6330):  ET art.11.1; RD 488/1998						

Causa	Preaviso	Impugnación	Calificación	Indemnización/readmisión	Salarios tramitación	Desempleo (nº 5110)
<b>1. Fin contrato</b>  <b>2. Anticipadamente</b>	<b>1.</b> Más de 1 año de antigüedad: 15 días <b>2.</b> No	<b>1.a.</b> Sin impugnación <b>1.b.</b> En caso de desacuerdo, ver despido disciplinario  <b>2.</b> Según causa alegada		<b>1.a.</b> Carecen de indemnización <b>1.b.</b> Ver despido disciplinario  <b>2.</b> Según causa alegada	<b>1.a.</b> No <b>1.b.</b> Ver despido disciplinario  <b>2.</b> Según causa alegada	<b>1.a.</b> Sí <b>1.b.</b> Ver despido disciplinario  <b>2.</b> Según causa alegada
<b>Contratos temporales para la formación y el aprendizaje</b> (nº 6270):  ET art.11.2; RD 1529/2012 <b>1. Fin contrato</b>  <b>2. Anticipadamente</b>	<b>1.</b> 15 días  <b>2.</b> No	<b>1.a.</b> Sin impugnación <b>1.b.</b> En caso de desacuerdo, ver despido disciplinario <b>2.</b> Según causa alegada		<b>1.a.</b> Carecen de indemnización <b>1.b.</b> Ver despido disciplinario  <b>2.</b> Según causa alegada	<b>1.a.</b> No <b>1.b.</b> Ver despido disciplinario <b>2.</b> Según causa alegada	<b>1.a.</b> Sí <b>1.b.</b> Ver despido disciplinario <b>2.</b> Según causa alegada
<b>Dimisión</b> (nº 6610)  ET art.49.1.d	Costumbre/15 días			No	No	No
<b>Resolución por modificación de condiciones</b> (****) (nº 6770)  ET art.39, 40, 41 y 50; LRJS art.138 <b>1. Traslado</b>  <b>2. Sustancial</b>  <b>3. Menoscabo de la dignidad</b>	No	<b>Acción individual</b> (nº 6865). <b>Acción colectiva</b> (nº 6885): conflicto colectivo: 20 días hábiles.	Autorizada la rescisión	<b>1.</b> Indemnización de 20 días/año (máximo 12 mensualidades)  <b>2.</b> Indemnización de 20 días/año (máximo 9 mensualidades)  <b>3.</b> (Igual despido disciplinario)	No	Sí

Causa	Preaviso	Impugnación	Calificación	Indemnización/readmisión	Salarios tramitación	Desempleo (nº 5110)
<b>Resolución por impago y otros incumplimientos</b> (nº 6940)  ET art.50; LRJS art.138	No	Ejercicio acción extintiva: 1 año	Autorizada la rescisión	(Igual despido disciplinario)	No	Sí
<b>Extinción durante el período de prueba</b> (nº 7100)  ET art.14	No	(Igual despido disciplinario)	(Igual despido disciplinario)	(Igual despido disciplinario)	(Igual despido disciplinario)	Sí (con especiales requisitos) (nº 5181)
<b>Muerte, jubilación e incapacidad del trabajador</b> (nº 7200)  ET art.49.1.e y f	No			<b>1.</b> Muerte: 15 días de salario <b>2.</b> Jubilación: No <b>3.</b> Incapacidad: No	No	<b>1.</b> No <b>2.</b> No <b>3.</b> Sí
<b>Muerte, jubilación e incapacidad del empresario</b> (nº 7360)  ET art.49.1.g	No	Plazo: 20 días hábiles Actos previos: - conciliación; - mediación Modalidad procesal: demanda de despido  nº 900	<b>1. Procedente</b> <b>2. Improcedente</b> (existencia de subrogación) <b>3. Nulo</b> (igual despido disciplinario)	<b>1.</b> 1 mes de salario <b>2.</b> (Igual despido disciplinario) <b>3.</b> (Igual despido disciplinario)	<b>1.</b> No <b>2.</b> (Igual despido disciplinario) <b>3.</b> Sí	Sí Sí  (Igual despido disciplinario)
<b>Extinción personalidad jurídica</b> (nº 7560)  ET art.49.1.g y 51	(Igual despido colectivo)					

(\*) Se puede tener derecho a una indemnización adicional por violación de derechos fundamentales.

(\*\*) En caso de despido improcedente el empresario, si opta por la indemnización, no ha de abonar los salarios de tramitación, salvo si se trata de representantes de los trabajadores o delegados sindicales.

(\*\*\*) En los contratos suscritos a partir del 1-1-2015 [ET disp.trans.8ª.1].

(\*\*\*\*) Ante un traslado o una modificación sustancial de condiciones, el trabajador puede:

- aceptar la orden;
- impugnar la modificación, con derecho a la reposición a las condiciones anteriores y, en su caso, a una indemnización de daños y perjuicios;
- solicitar la resolución contractual.

**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
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

200

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 (nº 3580); 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.) y concluyendo mediante sentencia que declare el despido **procedente, improcedente o nulo** (nº 1840 s.).

201

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, pudiendo oponer el trabajador la **prescripción de la falta** origen del despido (nº 1595). 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).

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].

217

**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 24-9-90, EDJ 8577; 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 trabajadores de **residuos** en chatarrerías conocida por sus encargados o superiores [TSJ C.Valenciana 27-10-16, EDJ 243444];
- **visualización de internet** durante la jornada laboral, sin que no sólo no se constata prohibición expresa, sino que habría una cierta tolerancia empresarial [TSJ Cataluña 22-6-18, EDJ 551691];
- no marcar ni cobrar pequeñas **consumiciones en un bar**, al ser práctica habitual en la empresa que algún cliente como el conserje de la finca de al lado, consume y pague en otro momento, así como que tras una comida de grupo se invita a los chupitos de sobremesa [TSJ Madrid 28-3-19, EDJ 588096].

219

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 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];

- 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]. O bien se considera que al sancionar de forma diversa hechos sustancialmente iguales, sin explicitar ni justificar los motivos de la diferencia de trato dada al trabajador frente a otro compañero de trabajo, incurrió en una **discriminación** proscrita [TSJ Extremadura 9-4-19, EDJ 575178].

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, ambas notas han de concurrir [TS 26-1-87, EDJ 597]. 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 entre 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; 16-5-91, EDJ 5157; 2-4-92, EDJ 3195; TSJ Sevilla 25-4-19, EDJ 589208). Cuando la infracción reviste una especial gravedad no cabe aplicar la teoría gradualista, como ante un acoso sexual en el trabajo (TSJ Sevilla 14-2-19, EDJ 566210).

En algunos casos la descripción legal de la conducta sancionable mediante el despido exige que concurren 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).

Al ser dicha sanción de despido la más grave debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras **sanciones distintas** de la de despido (nº 2008).

**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).

5) La consecuencia de la aplicación de la **tesis gradualista** cuando concurren circunstancias a valorar en cada caso concreto incide en materia propia de la valoración de la prueba, lo que excede del ámbito del **recurso de casación unificador**, y, además dificulta o impide de hecho la existencia del presupuesto de contradicción (TS 15-1-09, EDJ 11818; 10-1-19, EDJ 503356).

## 2. Culpabilidad

235

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 **cualificación 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 exculporias 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).

237

**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.

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 sobrevinida (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) 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).

4) 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).

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). Así, la **presunción de inocencia** es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal, y ello porque, de un lado, el despido no es más que una resolución contractual, y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal y, de otro, en que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente (TS 8-3-19, EDJ 544283).

## C. Ejercicio de derechos fundamentales

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:

245

**1.** 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).

**2.** 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.

**3.** 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.

250

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** 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, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, por lo que carece de **contenido casacional**. En estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico (TS 4-2-16, EDJ 21567). 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, entendiéndose que en esos casos se trataría de precisar de manera uniforme, los límites del derecho fundamental que se dice lesionado (TS 20-4-05, EDJ 83714).

**253 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)

**260** 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 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 puede ser calificada de sorpresiva y el despido no puede ser procedente (nº 215).

## 1. Conductas infractoras

### a. Inasistencia al trabajo

[ET art.54.2.a]

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; TSJ Sevilla 16-10-07, EDJ 346697). 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).

265

**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.

268

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 (nº 470), 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 equivaler 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) Cuando no existe una voluntad clara y terminante del trabajador dirigida a extinguir la relación laboral, sino que únicamente se ha demostrado la concurrencia de una **voluntad reacia a cumplir la orden empresarial de traslado**, lo que se traduce en la existencia de faltas injustificadas al nuevo puesto de trabajo, que si bien pudieran justificar un despido disciplinario por incumplimientos contractuales, no pueden acreditar la existencia de una voluntad extintiva del trabajador de la relación laboral, por lo que la comunicación remitida por la empresa debe considerarse un despido tácito que ha de calificarse como un despido improcedente (TSJ Sevilla 21-11-18, EDJ 678849).

2) Es causa de **despido procedente** falsear los informes, no habiendo realizado efectivamente las visitas encomendadas por el jefe de zona (TSJ C.Valenciana 29-3-01, Rec 190/01). 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)

**275** 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 periodo 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); 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); 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).

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)

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 [TSJ Extremadura 14-3-19, EDJ 550967]; o de 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].

**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** 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];

280

282

285

- 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. declarándose, en estos supuestos, la improcedencia del despido (TSJ Cantabria 16-7-09, EDJ 177065);

- 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, considerando que no existe gravedad suficiente para justificar el despido (TSJ Madrid 10-7-09, EDJ 181005).

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),

### 3. Falta de justificación

(ET art.54.2.a)

**290** 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 es 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).

En cuanto a la falta de justificación de las faltas una vez **finalizada la causa** de las mismas ver nº 305, o por alta médica al finalizar la incapacidad temporal ver nº 323.

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).

**292** **[Precisiones]** **1)** La **falta de pago del salario** por parte del empresario no justifica las ausencias del trabajador, si bien puede ejercitar contra su empresario una demanda de resolución contractual por dicha causa (nº 6940).

**2)** No son justificadas:

- las ausencias debidas a **asuntos privados** del trabajador carentes de amparo normativo (TSJ Cataluña 13-3-01, EDJ 5863); como la asistencia a cursillos no conocidos ni autorizados por la empresa (TSJ Navarra 5-3-10, EDJ 108538); o la enfermedad del hijo sin comunicar a la empresa (TSJ Madrid 2-6-14, EDJ 169347).

- las **creencias religiosas** del afectado (TSJ C.Valenciana 11-9-00, EDJ 60182); no obstante hay que tener en cuenta que los Acuerdos de Cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (L 24/1992 art.12), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (L 25/1992 art.12) y con la Comisión Islámica de España (L 26/1992 art.12) regulan determinados derechos en materia de festividades religiosas.

**3)** Se considera que no existe incumplimiento culpable del trabajador que pueda justificar el despido las **dificultades** que pone la **propia empresa**. Así, en el caso de un vigilante de seguridad que debe incorporarse a distintos puestos de trabajo que le va indicando la empresa, cuando ésta, por una parte, notifica el lugar y hora de trabajo al domicilio del trabajador con tan breve plazo de reacción que, en la práctica, provocan la falta de asistencia de aquél; y de otra, no sólo no se le facilita medio de transporte adecuado, sino que, habiendo utilizado el trabajador su propio vehículo para los desplazamientos por razón de trabajo, la empresa sistemáticamente deja de reintegrarle los cuantiosos gastos generales, que debe soportar el trabajador a costa de su propio sueldo (TSJ Castilla-La Mancha 9-3-06, EDJ 43296).

#### 4. Supuestos de inasistencia e impuntualidad

Se exponen, a continuación, una serie de supuestos típicos de inasistencia y puntualidad al trabajo y su tratamiento jurisprudencial y doctrinal:

- a) Abandono del puesto de trabajo alegando disfrute de vacaciones, licencias, permisos, excedencias u otras causas (nº 300 s.).
- b) Falta de reincorporación del trabajador al finalizar determinadas causas justificativas de su ausencia (nº 305 s.).
- c) Enfermedad o accidente sufrido por el trabajador (nº 315 s.).
- d) Enfermedad grave o accidente de familiares del trabajador (nº 330 s.).
- e) Privación de libertad del trabajador (nº 335 s.).
- f) Desempeño de deberes públicos (nº 340).

Respecto al ejercicio de **funciones sindicales** (nº 7835) o de **representación** de los trabajadores (nº 7815) o del derecho de **huelga** (nº 2365 s.); o al despido relacionado con la **violencia de género** nº 8038.

295

##### a. Abandono del puesto de trabajo alegando disfrute de vacaciones, licencias, permisos, excedencias u otras causas

Las faltas de asistencia de los trabajadores que se hayan originado por **decisiones unilaterales** de éstos, han de reputarse ordinariamente como faltas injustificadas, ya que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes. El problema es que en ocasiones el trabajador puede alegar como **justificación de la ausencia** el disfrute de algún tipo de licencia, vacaciones, excedencia, etc. Con carácter general el disfrute de vacaciones, licencias o permisos así como excedencias requiere de autorización empresarial y no puede ser decidida unilateralmente por el trabajador. Se excepcionan algunos supuestos en los que únicamente se exige el preaviso (por ejemplo, uso del crédito horario de los representantes de los trabajadores).

300

Las decisiones de los tribunales difieren según las **circunstancias** concretas de cada supuesto:

1. **Excedencia voluntaria:** se ha declarado **procedente** el despido del trabajador que decide tomar unilateralmente excedencia voluntaria (TSJ Cataluña 24-10-94; 8-2-07, EDJ 82321; TSJ Castilla-La Mancha 23-5-08, EDJ 173364; TSJ País Vasco 21-12-10, EDJ 355794; TSJ Valladolid 28-5-15, EDJ 91580); sin embargo se ha considerado **improcedente** el despido cuando el trabajador, que reúne todos los requisitos para obtener excedencia voluntaria, no obtiene respuesta empresarial, entendiéndose, que la conducta empresarial vulneró la buena fe contractual (TSJ Baleares 7-3-01, EDJ 25765).
2. **Permiso por matrimonio:** es improcedente el despido de una trabajadora que solicita la licencia por matrimonio el **día antes** del comienzo de su disfrute, sin que haya obtenido respuesta alguna de su empresa, tampoco denegatoria (TSJ La Rioja 9-2-10, EDJ 38924); sin embargo, es procedente el despido de un trabajador que unilateralmente comienza a disfrutar de un permiso por matrimonio que le había sido denegado por la empresa por tratarse de **unión de hecho** inscrita en registro de Ayuntamiento (TSJ Burgos 19-10-06, EDJ 301421).
3. **Reducción de jornada por cuidado de un menor:** es procedente el despido de una trabajadora que pretende disfrutar de una reducción de jornada por cuidado de un hijo menor pero que, ante el **desacuerdo** con la empresa sobre la **concreción del horario** en que se va a disfrutar, deja de asistir unilateralmente en las horas y días por ella pretendidos, a pesar de los requerimientos que le son dirigidos por la empresa (TSJ Asturias 29-1-10, EDJ 29253).
4. **Demanda de resolución de contrato:** también es procedente el despido del trabajador que se ausenta del puesto de trabajo tras haber interpuesto una demanda de extinción contractual por **incumplimiento del empresario**, incluso si ha obtenido sentencia favorable mientras ésta no sea firme al haber sido recurrida por la empresa (TS 23-4-96, EDJ 3261; TSJ C.Valenciana 7-6-00, EDJ 48957); en sentido inverso, entendiéndose que la sentencia de instancia estimatoria de la pretensión resolutoria del trabajador produce, a pesar del recurso entablado, la extinción del contrato de trabajo (TSJ Asturias 1-12-10, EDJ 307824).

Y el despido es improcedente cuando existe un auto que extingue el contrato en ejecución de una sentencia judicial que declara injustificada una **modificación sustancial** de condiciones de trabajo, aún cuando dicho auto judicial fuese posteriormente anulado en vía de recurso, porque dicha anulación no convierte en injustificadas retroactivamente las ausencias del trabajador mientras se consideraba extinguido el contrato (TSJ Valladolid 13-10-10, EDJ 239658).

5. **Vacaciones:** es causa de despido la falta de asistencia del trabajador debida a la **decisión unilateral** de tomar vacaciones (TSJ Extremadura 13-6-06, EDJ 248774; TSJ Granada 26-9-07, EDJ 363320; TSJ La Rioja 24-9-09, EDJ 255595; TSJ Asturias 2-11-12, EDJ 255734; TSJ Cataluña 16-12-14, EDJ 256548; TSJ Madrid 10-6-19, EDJ 639990); aunque existiera una

autorización previa que quedó luego desvirtuada, la trabajadora podría haber impugnado las fechas si lo consideraba no ajustado a derecho, pero no es posible su desobediencia unilateral (TSJ Navarra 17-4-18, EDJ 102201). De la misma manera puede justificarse un despido el **retraso en la reincorporación** al finalizar las vacaciones (TSJ Sta. Cruz de Tenerife 31-3-05, EDJ 39209; TSJ Baleares 17-12-07, EDJ 315809; TSJ País Vasco 21-7-09, EDJ 286745).

Por el contrario, no es causa de despido si se **notificaron expresamente** al empresario, sin que éste se opusiera a la fecha de disfrute, no cabe admitir, que la inasistencia del trabajador fuera injustificada (TSJ Cataluña 13-6-06, EDJ 320339; 9-10-07, EDJ 244440); o porque la práctica empresarial de **concesión tácita** con la mera solicitud del trabajador no puede ser cambiada sorpresivamente, sin advertencia previa, para despedir a un trabajador (TSJ Castilla-La Mancha 12-7-07, EDJ 166476).

Tampoco es causa de despido o si el trabajador **no puede reincorporarse** porque es retenido en **país extranjero** en virtud de una **medida cautelar** en un proceso matrimonial por alimentos que le impide abandonar el territorio de ese Estado, provocando un retraso de quince días en la reincorporación (TSJ Cataluña 19-4-10, EDJ 140825). Igual ocurre cuando se trata de trabajador extranjero que, estando de vacaciones en su país, sufre **enfermedad** que le impide retornar a tiempo para reincorporarse al trabajo, se ha admitido como justificación suficiente un certificado médico expedido en su país y legalizado ante notario, siempre que el trabajador haya notificado a la empresa al mismo tiempo la situación (TSJ Cataluña 9-2-06, EDJ 113331). En sentido similar, trabajador extranjero que encontrándose de vacaciones enferma en su país, regresando tardíamente a España e iniciando entonces baja por incapacidad común con parte de baja (TSJ Las Palmas 2-12-05, EDJ 269253).o por requerir reposo tras haber sido intervenida en el extranjero aportando al efecto un parte médico (TSJ Murcia 3-7-19, EDJ 650168). o cuando en el supuesto de **subrogación empresarial** se despide a un trabajador por faltas injustificadas de asistencia al trabajo por el disfrute de vacaciones concedidas por la empresa saliente si ha recibido toda la documentación correctamente (TSJ Málaga 16-6-16, EDJ 260070).

Es preciso que el **número de inasistencias** ocasionado por la conducta del trabajador alcance el umbral de gravedad que lo hace merecedor del despido. Sin embargo alguna sentencia considera que una única inasistencia por este motivo, cuando el trabajador se ha ausentado por vacaciones contra la denegación expresa de la empresa, supone una desobediencia merecedora por sí mismo de la sanción de despido (TSJ Madrid 12-4-10, EDJ 116640).

**Precisiones** Se aplica la **teoría gradualista** en relación con las **vacaciones** considerándose improcedente el despido:

- en un supuesto de disfrute de parte de las vacaciones unidas a un permiso por enfermedad grave de familiar (TSJ Madrid 29-6-99, EDJ 84294);
- la variación unilateralmente por la empresa de la fecha de vacaciones convenida 2 meses antes con el trabajador (TSJ Madrid 18-5-99, EDJ 87285).
- no puede despedirse al trabajador por irse de viaje de vacaciones estando en situación de incapacidad temporal, puesto que ello no implica el haberse tomado unilateralmente las vacaciones (TSJ País Vasco 1-4-08, EDJ 70558);
- a pesar de que el trabajador deba asegurarse de que no hay inconveniente por parte de la empresa para el disfrute de las vacaciones en las fechas por él solicitadas, la actitud de la empresa no comunicando de ninguna forma al trabajador que no las concedía o, ante la ausencia constatada, no intente ponerse en comunicación con el trabajador para ordenarle su inmediato reingreso, crea una situación que hace que la conducta del trabajador adolezca de las notas de gravedad y culpabilidad que la hagan merecedora de la sanción de despido (TSJ Sevilla 25-10-12, EDJ 282740).

## b. Falta de incorporación al finalizar las causas justificativas de su ausencia

305

Igualmente se entiende como inasistencia la falta de incorporación del trabajador a su puesto de trabajo cuando tiene la obligación de hacerlo, lo que puede justificar que la empresa adopte la medida de despido disciplinario, aunque sería incorrecto entender que hay **dimisión voluntaria** del trabajador si no existe una manifestación de voluntad concluyente del trabajador en ese sentido. En todo caso, dado que se trata de una falta laboral por ausencias al trabajo, es preciso que superen los **límites convencionales** que justifican la sanción de despido (TSJ Galicia 24-11-00, EDJ 56868).

Es procedente el despido de un trabajador que no se reincorpora después de **finalizar** el período de **excedencia voluntaria** (TSJ Cataluña 5-12-00, EDJ 74036; TSJ Madrid 14-11-00, EDJ 120009). Se ha considerado justificada la falta de incorporación del trabajador al puesto de trabajo en otra localidad como consecuencia de **traslado geográfico**, cuando el trabajador ha optado por la extinción de su contrato, aunque dicha extinción haya sido denegada y haya dado lugar a un litigio (TSJ Asturias 10-5-02, EDJ 31919). Respecto a la falta de reincorporación del trabajador en **incapacidad temporal** tras ser dado de alta médica o serle denegada la incapacidad permanente total o absoluta ver nº 323 s.

**Falta de reincorporación tras la anulación de un despido** El trabajador despedido no está obligado a aceptar el **ofrecimiento empresarial de readmisión** hecho en **conciliación**, por lo que su falta de reincorporación al puesto de trabajo después del ofrecimiento empresarial no equivale a un abandono, ni es motivo de sanción e incluso puede ejercitar la acción de despido para que se califique el mismo con las consecuencias legales inherentes (TS 1-7-96, EDJ 4093; 3-7-01, EDJ 31247; 24-5-04, EDJ 160201; TSJ Cataluña 3-11-10, EDJ 327671; TSJ Valladolid 30-10-13, EDJ 215036) (ver **retractación**, nº 830).

Una vez que se ha dictado **sentencia** calificando su despido como improcedente o nulo y, en virtud en su caso de la opción empresarial, el trabajador es readmitido, debe reincorporarse y si no lo hace puede ser despedido por inasistencia (TSJ País Vasco 11-12-07, EDJ 340964).

Sin embargo si la sentencia no es firme y la reincorporación debe hacerse exclusivamente en virtud de la **ejecución provisional** durante la tramitación del recurso de suplicación, la falta de reincorporación del trabajador no constituye ni una inasistencia sancionable ni un desistimiento del contrato, puesto que expresamente se prevé para dicho caso como única consecuencia la pérdida definitiva de los salarios (LRJS art.299) y, además, ello solamente se produce si el empresario le ha dirigido un requerimiento para reanudar la prestación de servicios y la falta de reincorporación del trabajador ante dicho requerimiento carece de justa causa (TSJ Granada 27-9-00, EDJ 56743; TSJ Galicia 26-6-08, EDJ 112831).

### c. Enfermedad o accidente del trabajador

Corresponde al empresario la **carga de probar** la realidad de las inasistencias o impuntualidades y al trabajador no solo la causa justificativa de la inasistencia, sino también que notificó la misma a la empresa. En supuestos de enfermedad, lo relevante no es la fecha del conocimiento por la empresa de la justificación de la inasistencia, sino la **justificación** misma por causa de enfermedad, pues hay una realidad impeditiva de la asistencia al trabajo, luego la inasistencia no es voluntaria, ni puede ser grave ni culpable (TS 18-7-88, EDJ 6412; TSJ C.Valenciana 12-3-14, EDJ 93818).

Es claro que la enfermedad o accidente pueden constituir justificación suficiente a la ausencia o impuntualidad al trabajo. Un despido basado en el hecho de que el trabajador no asiste a su puesto de trabajo por estar enfermo o incapacitado por un accidente es **improcedente**, salvo que la enfermedad que sufra tenga una especial significación social que pueda conferir al despido un carácter discriminatorio, en cuyo caso el despido sería **nulo** (TS 29-1-01, EDJ 1034; 23-9-02, EDJ 123185; 12-7-04, EDJ 147910; 23-5-05, EDJ 108922).

Pero para que la enfermedad o accidente constituyan justificación suficiente de la ausencia al trabajo han de cumplirse varios **requisitos**:

- la presentación de los partes de baja y de confirmación;
- la incorporación del trabajador al ser dado de alta.

Si el trabajador es **despedido como represalia** por iniciar una baja por enfermedad, habiendo sido previamente amenazado de despido por la empresa, el despido es nulo por cuanto afecta al derecho constitucional a la integridad física (Const art.15) (TS 31-1-11, EDJ 11859); igualmente si el despido se produce durante una **enfermedad de larga duración** que puede producir una situación de discapacidad (nº 2290).

Respecto a la realización de **actividades incompatibles durante la situación de incapacidad temporal** ver nº 590.

**Presentación de los partes de baja y confirmación** (OM ESS/1187/2015 art.10) La **incapacidad temporal** de los trabajadores constituye motivo de **suspensión del contrato** de trabajo, excusando la asistencia al puesto de trabajo. Ahora bien, aunque la enfermedad común o profesional, así como el accidente de trabajo impidan al trabajador asistir a su puesto de trabajo, constituyendo, por tanto, una causa de justificación para la inasistencia al mismo, no es menos cierto, que el comienzo de la situación de incapacidad temporal se decide por los servicios médicos correspondientes, bien de la entidad gestora de la Seguridad Social, bien por la mutua, y el trabajador está obligado a notificar su situación a su empresa, de manera, que la **falta de presentación** del parte de baja en el plazo establecido legalmente comporta que las faltas de asistencia al trabajo se consideren injustificadas, constituyendo causa de despido en su caso (TS 21-1-88, EDJ 10265; TSJ Málaga 9-6-00, EDJ 28074; 3-7-06, EDJ 361622; TSJ La Rioja 20-6-00, EDJ 26123; TSJ Galicia 10-5-01, EDJ 102958; TSJ País Vasco 14-2-03, Rec 2114/03; 11-10-05, EDJ 262992).

Pero el mero **retraso en la presentación** del **parte de baja** no es causa de despido, pues existe una realidad material impeditiva de la comparecencia en el trabajo como es la enfermedad, por lo que la inasistencia no es voluntaria, ni por tanto puede ser grave ni culpable (TS 20-10-87, EDJ 7533; 31-10-88, EDJ 8623; TSJ Málaga 1-12-05, EDJ 319645; TSJ Madrid 4-4-06,

EDJ 91864; TSJ País Vasco 30-5-06, EDJ 388020). Y la presentación extemporánea de los **partes de confirmación** constituye una simple infracción de carácter administrativo que no es merecedora del despido (TS 18-7-88, EDJ 6412; 31-10-88, EDJ 8623), dado que la empresa ya tenía conocimiento de la enfermedad del trabajador a través del parte inicial de baja (TSJ Cataluña 20-7-00, EDJ 29321; TSJ Sta. Cruz de Tenerife 17-1-00, EDJ 117411; TSJ C.Valenciana 18-1-01, EDJ 103269; TSJ Valladolid 28-7-06, EDJ 269411). Lo relevante por tanto no es que no se presenten los partes de baja o de confirmación, sino que estos no se hayan emitido por cuanto el trabajador se ha apartado voluntariamente del control de los servicios médicos competentes (TSJ Valladolid 26-6-00, Rec 985/09).

## 320

- Precisiones** 1) La justificación de la ausencia por enfermedad o accidente de trabajo exige necesariamente el parte de baja, siendo **insuficiente**:
- el **parte de consulta o asistencia médica** (TSJ Murcia 27-3-00, EDJ 117371; TSJ Cataluña 31-3-00, EDJ 13442; 26-6-01, EDJ 56738; TSJ Las Palmas 16-10-09, EDJ 346803);
  - un mero **informe médico** que no puede equipararse sin más al parte de baja cursada por los servicios oficiales competentes (TSJ País Vasco 10-2-04, EDJ 29592; 10-2-04, EDJ 29592),
  - ni justificantes de varias **asistencias en los servicios de urgencia** durante los días de ausencia, sin que se haya cursado baja médica, dado que no se acredita una situación incapacitante para el trabajo y además no se comunicó a la empresa la situación (TSJ Burgos 15-10-09, EDJ 260277).
- 2) No es admisible tampoco justificar las ausencias, mediante **certificados médicos**, que no se hubiesen adverado adecuadamente (TSJ C.Valenciana 19-4-94). En cambio sí se admiten en caso de trabajador que enferma de vacaciones en el extranjero (nº 300).
- 3) Se consideró justificada la ausencia amparada por una **baja** expedida por los servicios sanitarios oficiales, aunque **posteriormente** esa baja sea **desautorizada** por la Inspección Médica (TSJ Cataluña 5-7-05, EDJ 315427).
- 4) También con **criterio gradualista** se estimó que no podía tipificarse como falta grave y culpable la falta de presentación del parte de baja, al haberse acreditado que el facultativo de la Seguridad Social no expidió el parte de baja hasta después de la fecha del despido, siendo **imposible la presentación** a la empresa en el plazo previsto (TSJ Galicia 16-4-96, Rec 1193/96).
- 5) El despido de una **trabajadora embarazada**, quien no presentó los partes de baja y confirmación, pero teniendo conocimiento de la empresa de su situación, debe declararse nulo (TCO 136/1996).

## 323

**No reincorporación después de recibir el parte de alta médica** El trabajador, que recibe el parte de alta por los servicios médicos de la Seguridad Social o, en su caso, de la mutua, que cubra el riesgo profesional correspondiente, **deja de tener suspendido su contrato** de trabajo, estando obligado, por tanto, a reincorporarse a su puesto de trabajo, y si no lo hace las ausencias devienen injustificadas y pueden actuar como justa causa de despido, incluso en el caso de que haya impugnado ese alta médica jurisdiccionalmente (TSJ Las Palmas 16-7-18, EDJ 729419).

Sin embargo la ausencia está justificada durante la situación de **prórroga legal de la incapacidad temporal**, mientras se tramita un expediente de incapacidad permanente (TSJ Cantabria 19-2-01, EDJ 7797).

Así, el trabajador debe reincorporarse en los siguientes **supuestos**:

1. **Alta médica sin propuesta de incapacidad permanente**, expedida por los servicios sanitarios competentes para la gestión de la asistencia sanitaria de la entidad gestora o colaboradora, según la contingencia, el trabajador está obligado a reincorporarse a su puesto de trabajo, por lo que las ausencias devienen injustificadas. El alta médica es un acto administrativo y los actos administrativos tienen una presunción de validez que hacen su cumplimiento necesario y directamente ejecutivo, aún cuando fuesen recurridos, salvo que el órgano administrativo o judicial que conozca del recurso decreta la **suspensión cautelar** (TS 22-10-91, EDJ 9992; 2-3-92, EDJ 2021; 7-10-04, EDJ 160176; TSJ C.Valenciana 2-3-06, EDJ 280801; TSJ Extremadura 19-6-08, EDJ 244669), o salvo que acredite la **imposibilidad de reincorporarse**, en cuyo caso debe comunicarlo obligadamente a la empresa (TSJ Galicia 22-9-00; 19-10-01, EDJ 102967; TSJ Cataluña 15-6-01, EDJ 56698); en caso contrario las ausencias son causa de despido (TSJ Murcia 25-5-15, EDJ 85910).

2. Al **transcurrir 365 días** de duración de la misma, el **INSS** (o en su caso el **ISM**) debe pronunciarse sobre la continuidad del trabajador en dicha situación o bien dar un alta médica. A partir de dicho momento es esa entidad gestora la que puede dar el **alta médica**, conservando dicha competencia para las nuevas bajas que se produzcan en el periodo de 180 días naturales posteriores al alta médica cursada si se derivan de la misma o similar patología. Las altas médicas cursadas por la entidad gestora en estos supuestos en los que resulta competente pueden ser **impugnadas** por un procedimiento especial que exige de una manifestación de disconformidad del interesado ante la Inspección Médica del correspondiente Servicio Público de Salud (LGSS art.169.1.a; RD 1430/2009 art.3). En estos casos y mientras se resuelve el procedimiento, de manera que el alta médica de la entidad gestora adquiera plenos efectos, se prorroga la situación de incapacidad temporal, por lo que

igualmente se difiere la obligación de reincorporación al puesto de trabajo [TSJ Cantabria 15-7-10, EDJ 211128]. Incluso antes de esta regulación alguna sentencia había calificado como improcedente el despido del trabajador que no se había incorporado durante el periodo en que la Inspección Médica ha tramitado la impugnación del alta ha de declararse improcedente [TSJ Cantabria 24-6-09, EDJ 140137].

**No** es preciso que la empresa le dirija **requerimiento** alguno para que el trabajador tenga la obligación de incorporarse, bastando con el conocimiento por el trabajador del alta médica. Pero para que la inasistencia sea imputable al trabajador y pueda justificar el despido, debe constar que el acto administrativo de alta médica o de denegación de la incapacidad permanente ha sido **notificado al trabajador** [TSJ País Vasco 23-6-09, EDJ 183080; TSJ Sta. Cruz de Tenerife 25-1-10, EDJ 50281; TSJ Cataluña 9-9-10, EDJ 226484], puesto que es necesario que conozca que ha sido dado de alta médica [TSJ Castilla-La Mancha 27-7-09, EDJ 225265].

Para que constituyan causa de despido, no basta con que el trabajador no se haya reincorporado de forma inmediata después del alta, sino que es preciso igualmente que el número de **días de ausencia** producidos como consecuencia lleguen a calificar su conducta como muy grave, atendiendo a la tipificación del convenio colectivo [TSJ País Vasco 26-2-08, EDJ 81403]. Y no existe causa lícita de despido si cuando el trabajador es dado de alta [o se le deniega la incapacidad permanente en el expediente por razón del cual se había prorrogado la prestación de incapacidad temporal] se presenta a trabajar en la empresa, encontrándola **cerrada por vacaciones**, comunicando su alta por burofax a la empresa y compareciendo el día de reapertura del centro [TSJ Galicia 16-11-09, EDJ 293712].

**3.** En el supuesto de incapacidad temporal por contingencias comunes cuya gestión está concertada con una **mutua**, podría pensarse que el trabajador está obligado a reincorporarse al trabajo cuando la mutua **extingue la prestación** de incapacidad temporal por incumplimientos imputables al mismo, esencialmente por la incomparecencia a los reconocimientos médicos a los que sea citado. Sin embargo esto no es así, porque aún cuando la mutua puede por sí misma extinguir la prestación de incapacidad temporal por dicha causa [TS 7-3-07, EDJ 21166; 15-3-07, EDJ 21172], ello no vincula al servicio sanitario público que atiende al trabajador, que puede seguir expidiendo partes de confirmación que justifiquen la ausencia del trabajador de su puesto de trabajo, aún cuando no tenga derecho a prestación. En todo caso, cuando se trata de contingencias comunes, las facultades de gestión de la mutua que tiene concertada la incapacidad temporal no comprenden la **facultad de emitir partes** de baja, confirmación y alta, sin que quepa tampoco encubrir las altas médicas bajo la forma de meros actos de gestión [TSJ Valladolid 21-2-07, EDJ 91676].

La obligación de reincorporación tampoco se produce por las **altas a los meros efectos económicos** dadas por los médicos adscritos a la entidad gestora de la prestación de incapacidad temporal, si el médico del servicio público de salud continúa expidiendo partes de confirmación de la baja, ya que esas altas de la Entidad Gestora sólo tienen, por disposición expresa de la Ley, efectos económicos, si bien el trabajador, en todo caso, tiene la opción de reincorporarse al trabajo para paliar la falta de recursos económicos [TSJ Valladolid 28-3-07, EDJ 98947; 22-6-07, EDJ 165418; TSJ Galicia 21-7-08, EDJ 138671]. Sin embargo se estima procedente un despido por no reincorporarse al trabajo después de un alta cursada por los facultativos del INSS a los meros efectos económicos porque la empresa no tenía por qué saber que el alta emitida por el INSS, no suponía el fin de su situación de baja médica, salvo a los efectos económicos [TSJ País Vasco 22-1-08, EDJ 70735]. O cuando se cursa un alta a todos los efectos por la Inspección Médica debido a la incomparecencia del trabajador al examen médico al que es citado y éste tiene conocimiento del alta a través de su médico de atención primaria [TSJ Asturias 4-12-09, EDJ 320608].

**4.** La resolución de **denegación de la incapacidad permanente** por la entidad gestora a un trabajador que ha sido dado de alta con propuesta de invalidez equivale al alta, debiendo reincorporarse el trabajador inmediatamente a su puesto de trabajo en cuanto recibe la notificación de la resolución de la entidad gestora, incluso si impugna ésta. Si bien, tal regla general sólo se exceptúa en el caso de que el trabajador acreditase ante el empresario que subsiste una situación de incapacidad temporal que le impide la reincorporación al trabajo [TS 27-3-13, EDJ 55472; TSJ Asturias 13-1-06, EDJ 343625; TSJ Madrid 10-6-08, EDJ 145714; TSJ Cataluña 1-3-06, EDJ 266844]. Por ello es procedente el despido de una trabajadora que no se incorpora al puesto de trabajo hasta que transcurrieron 20 días desde que se le notificó la denegación de la incapacidad permanente [TSJ Valladolid 27-6-07, EDJ 165440].

**5.** También está obligado el trabajador a reincorporarse a su puesto de trabajo cuando el expediente de invalidez finaliza con el reconocimiento de unas **lesiones permanentes no invalidantes** o de una **incapacidad parcial**, o, si se le da el alta médica y únicamente se propone el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial [TSJ C.Valenciana 18-6-08, EDJ 160384].

En todo caso, la obligación de reincorporación se produce con la resolución administrativa de **alta médica**, aún cuando a ésta se le den **efectos retroactivos**, que solamente pudieran ser viables en los aspectos económicos, pero no para imponer una obligación de trabajo hacia el pasado (TS 7-10-04, EDJ 160176).

**[Precisiones]** 1) El despido es improcedente:

- aunque el trabajador no se reincorporara tras el alta médica, si comunicó a la empresa la **imposibilidad de trabajar** y ésta no le exigió que se reincorporase (TSJ C.Valenciana 28-6-01, EDJ 103278); o cuando tras su alta médica por mejoría, que no por curación, intenta comunicar a su empleador la situación sobrevenida y la imposibilidad en que se hallaba para trabajar, acudiendo al servicio de salud para que el médico de cabecera le expidiese nuevo parte de baja, lo que se retrasó por razones burocráticas (TSJ Madrid 6-7-12, EDJ 152921); o cuando la ausencia de la trabajadora de su puesto de trabajo al día siguiente del alta quedó justificada con prueba pericial médica, pues seguía afectada y sufría una nueva dolencia tributaria de incapacidad (TSJ Las Palmas 23-1-17, EDJ 31264)

- cuando el trabajador no se reincorpora tras el alta, al producirse una **nueva baja médica**, incorporándose inmediatamente después de la nueva alta médica (TSJ Asturias 11-5-01, EDJ 102567; TSJ Cantabria 10-8-01, EDJ 55791);

- cuando la trabajadora no se reincorpora por **error** tras terminar su período de descanso por maternidad, no habiéndosele exigido por la empresa que se reincorporara a su puesto de trabajo (TSJ C.Valenciana 28-6-01, EDJ 103278).

- si, a pesar del alta médica dada por la mutua, queda **acreditado** que el trabajador **no** estaba en condiciones de **prestar** sus servicios laborales (TSJ Navarra 30-12-09, EDJ 369713).

2) El despido es procedente aunque la baja médica se debiera a un **trastorno psiquiátrico** producido, según se alega, por una situación de hostigamiento que se presume que puede continuar tras el alta médica, si no queda acreditado dicho hostigamiento más allá de determinadas medidas laborales que el trabajador subjetivamente percibe como arbitrarias (TSJ Asturias 22-11-10, EDJ 307785). Aunque si queda acreditado que tras el alta el trabajador continúa en un estado psíquico incompatible con el trabajo su falta de incorporación no puede justificar un despido (TSJ Cantabria 16-7-09, EDJ 177065).

#### d. Accidente, enfermedad grave o fallecimiento de familiares

(ET art.37.3.b redacc RDL 6/2019)

**330** Los trabajadores tienen derecho a un **permiso** de 2 días, o de 4 si hay necesidad de desplazamiento, por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, justificándose, por tanto, la ausencia al trabajo en estos supuestos, sin que el trabajador esté obligado a otra cosa, que poner en **conocimiento del empresario** tal situación, sin necesidad de que sea por escrito o de cualquier otra formalidad (TSJ Extremadura 9-9-03, EDJ 266168).

La mera **falta de comunicación previa** de una intervención no es suficiente para fundar la procedencia del despido, porque ello no es una falta muy grave y culpable, pues lo determinante es que efectivamente existe la causa justificativa de la ausencia al trabajo, y su falta de comunicación se explica por la situación, que exige anteponer la atención familiar ante una posible enfermedad grave al aviso a la empresa (TSJ Madrid 14-11-06, EDJ 418312) y al no ser posible exigir la anticipación de la licencia por esta causa por la imprevisibilidad de su aparición, pudiendo surgir en cualquier momento, cabe su **disfrute inmediato** (TSJ Madrid 29-6-99, EDJ 84294).

Transcurrido el citado período, tan sólo una autorización expresa o tácita del empleador o causas de fuerza mayor debidamente comunicadas y acreditadas, podrían justificar la ausencia (TSJ Aragón 28-9-00, EDJ 117486; TSJ Asturias 26-1-01, EDJ 4421).

El trabajador tiene derecho a disfrutar del permiso cuando la causa afecta a su **pareja de hecho** si así lo prevé el convenio colectivo, lo que determina la improcedencia del despido por haber hecho uso del mismo, no siendo injustificadas las ausencias por tal causa (TSJ La Rioja 6-4-06, EDJ 60423).

**[Precisiones]** En estos supuestos, cuando **se exceden los días de licencia** legal:

a. La doctrina judicial, dada la problemática humana en juego, viene aplicando la **doctrina gradualista** de modo significativo, declarándose la improcedencia del despido (TSJ Castilla-La Mancha 5-12-06, EDJ 393575), sin perjuicio de que estemos ante faltas laborales que puedan ser sancionadas por la empresa con una consecuencia menos grave que el despido; como cuando un trabajador realiza un viaje para visitar a su padre enfermo, excediendo del número de días de licencia a los que tenía derecho, pero resultando que dicho viaje había sido autorizado por la propia empresa (TSJ Cataluña 20-12-07, EDJ 329598), incluso si el trabajador pensaba de forma errónea, aunque razonable, que contaba con el consentimiento de su empresa (TSJ Madrid 23-4-07, EDJ 85680); o estando la empresa perfectamente informada de la situación, dado que se comunicaba telefónicamente



a diario con la misma, sin que se le hiciese advertencia o requerimiento alguno (TSJ Asturias 20-12-10, EDJ 311235).

b. No obstante **no** procede aplicar la **doctrina gradualista**, confirmándose la procedencia del despido por ausencias injustificadas cuando el trabajador, después del disfrute de los permisos legal o convencionalmente previstos para el caso de enfermedad y fallecimiento de su padre, prolonga de manera unilateral y a su conveniencia primero el permiso por hospitalización y después el permiso por fallecimiento, sin autorización de su empresa (TSJ Cataluña 29-9-03, EDJ 113803); igualmente cuando la trabajadora que tiene a su padre gravemente enfermo en el hospital pasa largos días sin acudir al trabajo en exceso sobre los cubiertos por la licencia legal y/o convencional, sin informar ni siquiera a su empresa, y sin que consten circunstancias que le impidiesen ponerse en contacto con la misma (TSJ Valladolid 22-5-06, EDJ 79925); o cuando retrasa el regreso desde Colombia tras el fallecimiento de su padre por el motivo de tramitar la herencia (TSJ Cataluña 19-5-15, EDJ 103850).

### e. Privación de libertad del trabajador, orden o condena de alejamiento y otras resoluciones judiciales que impidan acudir al trabajo

(ET art.45.1.g)

Si el trabajador se encuentra privado de libertad, como **medida cautelar** en un procedimiento penal sin haber recaído sentencia condenatoria firme que haya que cumplir, habiéndolo comunicado a la empresa en cuanto le fue posible, no puede ser despedido mientras no se dicte dicha sentencia, pues su contrato está suspendido en dicho período (TSJ Málaga 12-9-02, EDJ 130170; TSJ Galicia 15-12-05, EDJ 276057; TSJ Cataluña 13-9-00, EDJ 36468; 17-5-06, EDJ 300704).

La **suspensión** del contrato debe ser **instada por el trabajador** para que sea efectiva, de forma que es precisa la existencia de un acto dirigido a obtener tal suspensión, que no puede incumbir sino al trabajador, por ser él quien está interesado en justificar lo que, al menos en apariencia, constituye o puede constituir un grave incumplimiento contractual. Por ello debe comunicarse a la empresa su situación de privación de libertad para obtener el efecto de suspender el contrato (TSJ Madrid 14-5-92; TSJ Cataluña 23-4-02, EDJ 129911; 28-11-02, EDJ 129922; 9-5-08, EDJ 98278), debiendo efectuarse dicha comunicación en el plazo más breve posible (TSJ Málaga 19-2-02), si bien no se exige una específica formalidad, de manera que basta, por ejemplo, con una comunicación telefónica realizada por su abogado (TSJ Madrid 5-5-98, EDJ 58799).

Por el contrario si ha recaído **sentencia condenatoria firme**, la empresa puede despedir al trabajador por sus ausencias, ya que éstas resultan injustificadas en tanto en cuanto la causa de las mismas es imputable al trabajador por su actuación ilícita (TS 28-2-90, EDJ 2282; 18-2-94, EDJ 2132; 9-3-94, EDJ 2132; TSJ C.Valenciana 10-11-00, EDJ 73107; 7-6-00, EDJ 40359; TSJ Galicia 10-4-15, EDJ 66055), pudiendo el empresario deducir las consecuencias oportunas de la ausencia al trabajo: bien el despido disciplinario, bien la extinción del contrato por voluntad del trabajador, pues aun cuando la permanencia en prisión no es voluntaria, sí lo es la comisión de las conductas que determinaron la imposición de la pena (TS 24-4-18, EDJ 72638).

**Precisiones.** 1) Una **orden de alejamiento** ha de equipararse a la situación de prisión provisional, con efectos suspensivos del contrato de trabajo, en caso de que a un trabajador, como **medida provisional** en la tramitación del proceso penal se le imponga la prohibición de acercarse a menos de un kilómetro del domicilio de la víctima, encontrándose el centro de trabajo dentro del ámbito de la prohibición (TSJ Madrid 17-10-07, EDJ 238446). De lo que resulta que si el alejamiento que impide al trabajador acudir a su puesto de trabajo forma parte de la **condena en sentencia firme** y no es una mera medida cautelar, el despido derivado de sus ausencias por tal causa es procedente.

2) También el **trabajador extranjero irregular** tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo en caso de privación de su libertad, mientras no exista sentencia condenatoria (TSJ Cataluña 25-1-06, EDJ 32075).

3) Una **medida cautelar** de un **tribunal extranjero** en un proceso matrimonial por alimentos que impide a un trabajador que se encuentra de vacaciones en su país abandonar el territorio de ese Estado para regresar a España y retrasa su reincorporación al puesto de trabajo es causa justificativa que impide al empresario despedir por dicho retraso en la reincorporación (TSJ Cataluña 19-4-10, EDJ 140825).

4) Es improcedente el despido de un trabajador en situación de **baja por enfermedad** común, que **ingresó en prisión** provisional, circunstancia que no comunicó al empleador, quien tuvo conocimiento del hecho unos meses después, y durante el tiempo pasado en prisión siguió enviando los partes de confirmación de la incapacidad y percibió la cantidad asignada en convenio colectivo, en el concepto de complemento de la prestación pública de incapacidad temporal, por cuanto el contrato estaba suspendido por incapacidad temporal, de manera que no era preciso comunicar nada al empleador, y se mantenía el derecho, al tratarse de una mera medida cautelar de prisión provisional, a la percepción del subsidio de incapacidad temporal y sus mejoras. La **falta**

335

337

**de comunicación al empleador** de la situación de prisión provisional hubiera podido tener transcendencia jurídica en el supuesto de que extinguida la situación de incapacidad temporal por el motivo de alta médica del trabajador, éste continuara privado de su libertad, en cuyo caso la no comunicación de la nueva causa legal suspensiva si hubiera podido tener transcendencia respecto a la ausencia al trabajo en virtud de causa no conocida por el empleador [TS 16-6-06, EDJ 270048].

5) Es procedente el despido de un trabajador que ingresó en prisión en virtud de **condena firme** y no comunicó nada a la empresa, que lo dio de baja en la Seguridad Social, hasta que, varios años después y al ser liberado de prisión, vuelve a comparecer en su puesto de trabajo y entonces es despedido. La ausencia en ese caso era injustificada y, al tratarse de una conducta continuada, el plazo de prescripción de la falta no comienza a correr hasta que la conducta deja de realizarse [TSJ Galicia 15-12-05, EDJ 276057].

6) Cuando se trate de **menores** sujetos a la ley, de responsabilidad penal de los menores (LO 5/2000), ha de aplicarse el mismo régimen de suspensión del contrato en tanto en cuanto las medidas cautelares impidan la asistencia al puesto de trabajo, así como considerar injustificadas las ausencias debidas a las medidas definitivas de internamiento impuestas.

#### f. Desempeño de deberes públicos

[ET art.37.3.d]

**340** El trabajador puede ausentarse de su puesto de trabajo, previo **aviso y justificación**, con derecho a remuneración, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el sufragio activo, remitiéndose a las normas legales o convencionales, que pudieran existir para determinar el período de ausencia, así como la retribución.

No se puede considerar como cumplimiento de deber público el asistir como **perito particular** a determinados juicios [TSJ Málaga 23-2-01, EDJ 12652].

En última instancia, si el trabajador **prolonga su ausencia** más allá del período correspondiente, las ausencias son injustificadas.

### B. Indisciplina o desobediencia en el trabajo

[ET art.5, 20 y 54.2.b]

**350** En el cumplimiento de la obligación de trabajar, asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones, adoptadas por aquél, en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto por los usos y costumbres, sometiéndose en sus prestaciones, tanto el empresario como el trabajador, a las exigencias de la buena fe. Así pues, los trabajadores tienen como deberes laborales básicos cumplir con las **obligaciones** concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia, así como cumplir las **órdenes e instrucciones** del empresario en el ejercicio regular de sus funciones directivas. En el mismo sentido el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue.

El **bien jurídico**, protegido por esta causa de despido es la disciplina en el seno de la empresa, correlato de la situación de dependencia del trabajador propia del contrato de trabajo. El trabajador presta sus servicios retribuidos por cuenta del empresario y dentro del ámbito de organización y dirección de éste, justificándose, de este modo, tanto el **poder de dirección empresarial**, como el deber de obediencia al empresario, así como a las personas en quien éste delegue, y el **deber de diligencia y colaboración** en el trabajo, que marquen las disposiciones legales y convenios colectivos y las órdenes o instrucciones, adoptadas por aquél o por sus representantes, en el ejercicio regular de sus funciones. Por consiguiente, el quebrantamiento de los deberes de disciplina y de obediencia, propios del contrato de trabajo, rompe el **deber de fidelidad**, que el trabajador debe observar con celo, probidad y buena fe, para no defraudar los intereses del empresario y la confianza que en todo trabajador deposita al contratar sus servicios.

**352** No toda desobediencia merece que el despido se califique como procedente, ya que la desobediencia, como cualquier otro ilícito laboral, admite matices y graduaciones a efectos de aplicar o no la sanción de despido, debiendo reservarse ésta para aquellos incumplimientos dotados de una especial significación por su **carácter grave**, trascendente e injustificado (nº 355). Es exigible además que la **orden** del empresario sea **legítima**, y que exista una **actuación dolosa o negligente** por parte del trabajador al producir su incumplimiento, no existiendo causa alguna de justificación de la conducta del trabajador [TS 23-1-91, EDJ 593; TSJ C.Valenciana 6-9-16, EDJ 222192] (nº 365).