

CLAVES PRÁCTICAS
Laborales Sagardoy
FRANCIS LEFEBVRE

El despido disciplinario

Fecha de edición: 1 de marzo de 2021

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS Laborales Sagardoy
es una obra editada por Francis Lefebvre
bajo la coordinación de **MARTÍN GODINO REYES**

Autor:
ANA GODINO REYES
Abogada. Socia Sagardoy Abogados

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
clientes@lefebvre.es
www.eff.es
Precio: 33,28 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-18405-71-6
Depósito legal: M-6740-2021
Impreso en España por Printing'94
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 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.

Plan general

	<u>nº marginal</u>
Capítulo 1. Concepto de despido disciplinario.....	100
Capítulo 2. Causas disciplinarias del despido	200
Capítulo 3. Forma, lugar y tiempo del despido disciplinario.....	900
Capítulo 4. Calificación del despido y efectos jurídicos.....	1400
	<u>Página</u>
Bibliografía	165
Tabla Alfabética.....	169

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
art.	artículo/s
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CEDH	Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Instr. Ratificación 26-9-79).
Const	Constitución Española
Dir	Directiva
disp.adic.	disposición adicional
disp.derog.	disposición derogatoria
disp.final	disposición final
disp.trans.	disposición transitoria
EBEB	Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (RDLeg 5/2015)
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
ET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015)
JS	Juzgado Social
L	Ley
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LISOS	Texto Refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (RDLeg 5/2000)
LO	Ley Orgánica
LOIMH	Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LO 3/2007)
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985)
LOPD	Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018)
LPRL	Ley de prevención de riesgos laborales (L 31/1995)
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L 36/2011)
modif	modificado/a
OIT	Organización Internacional del Trabajo
p.e.	por ejemplo
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-ley
RDLeg	Real Decreto legislativo
Rec	Recurso
redacc	redacción
TCo	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

UE Unión Europea
unif doctrina Unificación de doctrina

Capítulo 1. Concepto de despido disciplinario

El despido disciplinario supone la voluntad unilateral del empleador o empresario de dar por extinguido el contrato de trabajo, justificado en un **incumplimiento grave y culpable** de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo por parte del trabajador. **100**

Es un acto:

- a) **Unilateral**, en tanto que decidido por el empresario como determinante de la extinción del contrato.
- b) **Recepticio**, pues surte efectos desde el momento en que el trabajador recibe la comunicación y tiene conocimiento de la voluntad empresarial.
- c) **Constitutivo**, en tanto que es el conocimiento en que determina a partir de ese momento la extinción contractual.

Se trata de una manifestación del **poder de dirección** del empresario que le permite adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad.

La doctrina judicial determina que el despido disciplinario es una extinción por incumplimiento de las **obligaciones** contractuales del trabajador. **105**

Este matiz es relevante: ha de tratarse un incumplimiento referido a las obligaciones del trabajador derivadas de la existencia de un contrato de trabajo. Por tanto, se trata de incumplimiento de obligaciones laborales establecidas en el propio **contrato**, establecidas en el **convenio colectivo**, en la **normativa laboral**, o en normas **extralaborales** que tienen repercusión en la prestación de trabajo.

Lo que en ningún caso puede hacer el empresario es sancionar **comportamientos privados** o ajenos del todo a la relación laboral, o que no tengan ninguna relación con el correcto desarrollo de la misma. En efecto, el comportamiento extralaboral o privado del trabajador no puede fundamentar una extinción contractual disciplinaria, pero la realidad es que en muchos supuestos no es fácil delimitar el ámbito privado del laboral, influyendo las conductas privadas en el ámbito del trabajo, debiendo ponderar los valores constitucionalmente en juego y delimitar las zonas borrosas entre que constituye un comportamiento del trabajador contrario a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo de aquellas conductas que se originan en el ámbito privado aunque tengan algún efecto en el ámbito de la empresa.

Capítulo 2. Causas disciplinarias del despido

A. Noción de incumplimiento, tipicidad y convenio colectivo	205	200
B. Causalidad del despido. Gravedad y culpabilidad	225	
C. Causas específicas del despido disciplinario	255	
1. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo	260	
2. Indisciplina o desobediencia en el trabajo	290	
3. Ofensas verbales o físicas	360	
4. Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el trabajo	400	
5. Disminución en el rendimiento del trabajo normal o pactado	625	
6. Embriaguez y toxicomanía	685	
7. Acoso discriminatorio y acoso sexual o por razón de sexo	740	

A. Noción de incumplimiento, tipicidad y convenio colectivo

El despido disciplinario –que se encuentra regulado en el ET art.54 y 55– es eminentemente **causal**, pues, aunque la casuística impide un tratamiento automático de conexión entre conducta y sanción, las causas a la que son reconducibles los múltiples comportamientos que pueden darse, se agrupan en torno al principio de **tipicidad** en la conducta. **205**

Por supuesto han de ponderarse todos los aspectos objetivos y subjetivos, puesto que se exige una perfecta **proporcionalidad** y adecuación entre el **hecho**, la persona y la **sanción** a través de un análisis individualizado.

La doctrina del Tribunal Constitucional (TCo) ha entendido, al reconocer el derecho al trabajo como un derecho de contenido constitucional, la necesidad de causalidad en el despido disciplinario y el derecho de los trabajadores a no ser despedido si no existe causa proporcional y razonable, causalidad que debe **probarse**, siendo el órgano judicial el que debe analizar y considerar si se ha probado que los hechos atribuidos al trabajador son los causantes del despido en la voluntad del empleador y que además revisten la realidad y gravedad suficiente.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional el derecho a no ser despedido sin justa causa, o causalidad del despido, forma parte del **derecho al trabajo**, en su vertiente individual, que la Constitución reconoce en su art.35.1; necesidad de causalidad que *«incluye la posibilidad de reaccionar frente a la decisión unilateral de despido, pues lo contrario debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría el Derecho que lo regula de su **función tuitiva**, dentro del ámbito de lo social que caracteriza al Estado de Derecho»* (TCo 20/1994). **207**

Desde el punto de vista constitucional, no rige en el despido disciplinario la **presunción de inocencia** –Const art.24–, sino que hay que estar a las normas contenidas en el art.55 ET que cubren las exigencias del derecho fundamental. Hoy es doctrina jurisprudencial consolidada que el principio de presunción de inocencia no rige en el Derecho laboral, estando reservado al proceso penal, siendo que en él no se ejerce el *ius puniendi* del Estado, persiguiendo fines distintos.

- 210** La **distinción** está en que el despido no es más que una resolución contractual que se rige por el principio dispositivo, y por tanto no conlleva la aplicación del Derecho penal; y, por otro lado, 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.

La finalidad del proceso de despido no es la declaración de culpabilidad del despedido, sobre el que no se ha formulado acusación de culpabilidad penal, sino que su objeto se centra en el debate sobre si existe o no, a la luz del Derecho laboral, una **causa justificadora** al despido disciplinario realizado por el empleador y la comprobación al efecto se desenvuelve en el marco establecido por las normas sustantivas y procesales laborales.

- 212** A estos efectos, resulta aplicable en el Derecho laboral sancionador acudir a la tipificación prevista en los **convenios colectivos**.

Y así se pueden extraer varias conclusiones:

a) Si una determinada falta se **tipifica** en el convenio como **leve o grave**, no cabe acudir al despido por la comisión de falta muy grave y por tanto la calificación ante ese desajuste debe ser la de improcedencia, incluso aunque la falta tenga adecuado encaje en las causas del despido prevista en el art.54.1 ET.

Así, por ejemplo, en casos de **desobediencia**, si el convenio establece su tipificación como falta grave, salvo que sea reiterada o ponga en grave riesgo la integridad física del empresario o la de los demás compañeros, no puede ser causa de despido si no va acompañada de esas circunstancias adicionales.

PRECISIONES Así se ha pronunciado el TSJ de Castilla y León al considerar que una determinada conducta de **acoso laboral** es grave y que merecería el despido, siendo sin embargo que dada la tipificación que establece el convenio colectivo, la calificación como muy grave aparece como desproporcionada y por tanto la calificación debe ser la de la norma convencional como grave, por lo que declara la improcedencia del despido (TSJ Valladolid 14-7-06, EDJ 281052).

- 215 b)** Por el contrario, si una conducta aparece **tipificada** en el convenio colectivo como **falta muy grave**, sancionable con el despido, los Tribunales deben considerar que el despido debe ser declarado procedente, salvo que haya elementos adicionales que tengan que ver con la culpabilidad del trabajador.

c) En el caso de **conductas**, por último, que **no** aparecen **tipificadas** en el convenio colectivo, en ninguno de sus apartados de calificación de las faltas, éstas pueden ser sancionadas con el despido por aplicación de la norma legal del art.54.2 ET. En estos casos la valoración de los elementos de **gravedad y culpabilidad** son de libre valoración para el **juez** que los califica, sin que la omisión pueda equivaler en modo alguno a falta de tipificación para poder aplicar el ordenamiento sancionador y, por tanto, el despido.

B. Causalidad del despido. Gravedad y culpabilidad

- 225** La exigencia de que el despido disciplinario se fundamente en una **causa justa** deviene de la aplicación del principio constitucional contenido en el art.35.1 Const y del principio de causalidad del despido contenido en las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que establece la imposibilidad de poner término a la relación de trabajo a menos que exista para ello una

causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa.

El ET (art.54.1) permite el despido disciplinario cuando existe un **incumplimiento** del trabajador, que aparece cuando el comportamiento del empleado afecta a **obligaciones** concernientes a la relación laboral con independencia de la fuente de la que se derive.

Aunque las obligaciones del trabajador de **origen legal** están contenidas en el art.5 ET, el incumplimiento también puede deberse a obligaciones que nacen del **contrato**, y en general de todas aquellas que sean exigibles conforme a la **buena fe**, al **uso** y a la **ley**.

En este punto hay que señalar que en no pocas ocasiones son los **Códigos éticos** 227 o de conducta los que marcan el concepto de incumplimiento y de lo que puede ser materia disciplinaria.

Por otro lado, el incumplimiento contractual que habilita para la ruptura del vínculo contractual debe sustentarse en las notas de **gravedad y culpabilidad**.

Resulta un principio de justicia material que las sanciones deben ser proporcionales a los incumplimientos examinados, de forma que un despido disciplinario debe reunir las notas de gravedad y culpabilidad que exige el art.54.1 ET.

La conducta debe ser analizada de forma individual para así poder determinar su grado de gravedad y, solo en los casos de **especial relevancia**, imponer la sanción del despido disciplinario.

El Tribunal Supremo señala a este respecto que, según constante y reiterada doctrina de la Sala, el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria **proporción** entre **infracción y sanción**, aplicando un criterio individualizador en función de las singulares peculiaridades del caso. Resulta imposible aceptar que la calificación de las conductas pueda ser materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes 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 21-9-17, EDJ 208959). 230

No es fácil determinar cuando el trabajador ha cometido un incumplimiento grave de sus obligaciones laborales. Por ello, es fundamental analizar el lugar de trabajo, el cargo del trabajador y el incumplimiento mismo, con la finalidad de analizar la gravedad de la actuación ejecutada por aquel. Esta idea ha sido consolidada por la jurisprudencia y la doctrina laboral, llamándola **teoría «gradualista»**. 232

Así, como señala el Tribunal Supremo (TS 22-1-19, EDJ 508571), es doctrina de la Sala la de que el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto. Se trata de analizar si existe la **suficiente gravedad y culpabilidad** que justifiquen la decisión de imponer la máxima sanción que prevé el ordenamiento jurídico laboral que es precisamente el despido.

La gravedad tiene que ver con la importancia del bien jurídico lesionado por el incumplimiento del trabajador.

235 Es necesario recordar que la **buena fe contractual** resulta consustancial al contrato de trabajo que, por su naturaleza sinalagmática, genera derechos y deberes recíprocos entre empresario y trabajador, como el deber de mutua fidelidad. Por lo tanto, este deber mutuo entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y la **deslealtad** implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad, situándose su incumplimiento en el quebranto de dichos valores.

En el mundo de las relaciones laborales rige el principio básico y fundamental de la buena fe, que se convierte en un criterio de valoración de conductas que se traduce en directivas equivalentes a **lealtad, honorabilidad, probidad y confianza**.

En ese sentido, para que los incumplimientos contractuales puedan erigirse en causa que justifiquen sanción de despido, las circunstancias de los trabajadores y la relación que ello tiene con el hecho imputado y su conducta, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficientes atendiendo a su repercusión concreta en el contrato de trabajo.

237 Como señala la jurisprudencia de forma reiterada al analizar la teoría gradualista, los **aspectos a valorar** a este respecto son tres:

- a) La **actuación** que se enjuicia, su trascendencia y efectos.
- b) El comportamiento de la persona enjuiciada **previo, coetáneo y posterior** al hecho que se analiza, así como la naturaleza de la culpabilidad.
- c) La **sanción** impuesta y su adecuación.

En materia de **desobediencia**, no basta una simple o aislada, sino que debe ser una indisciplina o desobediencia clara y terminante y además ser trascendente para su calificación como grave, además de que es necesario analizar la razonabilidad de la orden desobedecida, lo cual determina en definitiva la culpabilidad en la infracción.

240 Y de la misma forma puede apreciarse la valoración de la gravedad de la conducta en supuestos de **ofensas verbales** al empresario, siendo así que solo resulta posible llegar a la sanción del despido cuanto revisten las notas de gravedad y culpabilidad, lo que obliga a valorar el momento en que se pronuncian, el acaloramiento o no de una situación de discusión, la reacción de quien las recibe, etc.; en definitiva, se ha de estar al conjunto de particularidades objetivas y subjetivas concurrentes.

En orden a definir la entidad disciplinaria de la conducta imputada debe atenderse a las **«circunstancias» concurrentes** en el ilícito sancionado desde la perspectiva que sobre su calificación proyecta el principio gradualista.

242 Recuerda, en este sentido, la doctrina judicial que, en las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora en esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un **análisis** específico e **individualizado** de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues en definitiva se juzga sobre la conducta

observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas.

En el mundo de las relaciones laborales rige el principio básico y fundamental de la **buena fe**, que en su sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, principio general de Derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (CC art.7.1 y 1258), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; y es cierto también que en el Derecho Laboral hay mandatos legales que imponen un cumplimiento contractual de acuerdo con la buena fe (ET art.5.a y 20.2).

Como señala el pronunciamiento del Alto Tribunal (TS 28-2-90) *«el enjuiciamiento del despido debe establecer una adecuada proporción y correspondencia entre conductas y sanciones, con criterio individualizador, atendiendo a las peculiaridades de cada caso concreto»*; y ello es así porque *«las infracciones que tipifica el art.54.2 ET, para erigirse en causa que justifiquen sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuren el hecho, así como las de su autor, pues solo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales situaciones, las que tipifica el mencionado art.54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente... En efecto, es el análisis pormenorizado de las circunstancias de los trabajadores, y la relación que ello tiene con el hecho imputado y su conducta, el conjunto susceptible de valoración, requiriéndose que la gravedad y culpabilidad que exige el art.54 del Estatuto de los Trabajadores, se aprecie de forma particular, no cualificando la falta en su entidad, sino en su repercusión concreta en el contrato de trabajo...»* (TS 2-4-92, EDJ 3195).

245

El Tribunal Supremo ha venido entendiendo que cuando se trata de la imputación de **ofensas verbales** —y también las **físicas**—, para determinar su alcance disciplinario se ha de atender a las expresiones utilizadas, la ocasión en que estas se vierten, su proyección dentro del ámbito laboral y las circunstancias concurrentes en las personas implicadas.

247

También ha puesto de manifiesto que esta causa de despido tiene su fundamento en la trasgresión grave de la indispensable armonía en que deben desenvolverse las relaciones entre quienes integran la empresa y se encuentran, por ello, obligados a un mutuo **respeto** y que las palabras o frases pronunciadas por un trabajador, cuando en ellas se funda la empresa para despedirle, han de valorarse teniendo en cuenta que el alcance de los vocablos o **expresiones** en cuestión no ha de deducirse de su puro significado semántico o estrictamente gramatical, sino de la acepción que tengan en el lenguaje ordinario o coloquial atendiendo al contexto en que se profieren.

Así, considera que decir al empresario que *«ojalá tuviera una pistola porque de la cárcel se sale pero de la caja de pino no»*, son expresiones altamente ofensivas y el contexto en el que se producen no permite mermar la gravedad apreciable, especialmente cuando van ido acompañadas de **amenazas** de causar mal a las personas, de ahí que nos encontremos ante un comportamiento laboral susceptible de ser calificado como falta muy grave, perfectamente incardinable en las

250

previsiones del art.54 ET, por lo que la Sala considera «adecuada» la medida y que existe proporcionalidad falta/sanción.

No fue óbice para la calificación del despido como procedente, la idea de un **frastorno** inespecífico, al que parece aludir el trabajador, pues entiende el Tribunal que concurre el elemento de «culpabilidad», habida cuenta que no existe constancia alguna de que ese trastorno comporte merma de las facultades cognitivas, intelectuales y volitivas del trabajador, ni mucho menos que le impida distinguir entre lo correcto y lo incorrecto, por lo que considera que concurren las notas de culpabilidad y gravedad precisas para considerar bien aplicada la teoría gradualista falta/sanción en ese supuesto de hecho (TSJ Granada 10-1-13, EDJ 77941).

- 252** Además de la gravedad, la conducta debe ser culpable, entendiendo por tal aquella que se lleva a efecto con **dolo o culpa**; es decir, el trabajador puede incurrir en ella tanto de forma intencional, dolosa, con ánimo deliberado y consciente de faltar a la buena fe y lealtad depositada en él por parte de su empresario, pero también puede incurrir en falta sancionable por la comisión de una **negligencia o descuido** imputable a aquél, siempre que sea grave e inexcusable.

La culpabilidad supone en realidad la falta de elementos que justifiquen su actuación, por lo que en este sentido se integra como el juicio de gravedad, siendo que ambos elementos, gravedad y culpabilidad constituyen el juicio de proporcionalidad.

En cualquier caso, a propósito de cada una de las causas, iremos analizando la concurrencia de gravedad y culpabilidad y los criterios utilizados jurisprudencialmente para su valoración.

C. Causas específicas del despido disciplinario

255	1. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.....	260
	Conceptos básicos: falta de asistencia y puntualidad.....	265
	Graduación de la conducta, reiteración, falta de justificación y tolerancia empresarial.....	280
	2. Indisciplina o desobediencia en el trabajo.....	290
	3. Ofensas verbales o físicas.....	360
	4. Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el trabajo	400
	5. Disminución en el rendimiento del trabajo normal o pactado.....	625
	6. Embriaguez y toxicomanía.....	685
	7. Acoso discriminatorio y acoso sexual o por razón de sexo.....	740

I. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo

(ET art.54.2.a)

- 260** Como primera causa de despido disciplinario se incluyen las faltas repetidas al trabajo que no se encuentren justificadas.

Distingue la norma entre la **ausencia total**, esto es, no acudir al trabajo, de lo que constituye un **retraso** en la entrada o adelantar la salida con incumplimiento de la **jornada** establecida de trabajo.

Como en todos los casos, son exigibles en esta causa de despido la gravedad y la culpabilidad, que se identifican, entre otras conductas posibles, como repetición y ausencia de justificación o razón en su comisión, lo que implica el análisis de las circunstancias individuales concurrentes.

Conceptos básicos: falta de asistencia y puntualidad Resulta evidente que entre las obligaciones básicas de la ejecución del contrato de trabajo está la derivada de acudir al **puesto de trabajo** y hacerlo puntualmente. Pero, como se ha dicho, resulta necesario analizar si tales ausencias o faltas de puntualidad son graves y sin son culpables. **265**

La **gravedad** del comportamiento se manifiesta habitualmente por la reiteración en las ausencias, pues las faltas aisladas u ocasionales no pueden ser sancionadas con el despido.

A estos efectos cobra especial importancia la inclusión de la misma en los **convenios colectivos**, a falta de determinación alguna en el texto legal, pues en ellos se suele incluir una graduación de la sanción a imponer en casos de ausencias, determinando cuando su **número** permite calificarla como leve, grave o cuando reviste la suficiente gravedad para imponer la sanción de despido, y lo mismo ocurre en los casos de puntualidad.

En los casos en los que se atribuyen al trabajador faltas de asistencia o retrasos en la entrada o salida al trabajo, la **carta de sanción** debe identificar de manera suficiente los hechos, haciendo con carácter general una reseña pomenorizada de los **días** en que se ha ausentado de su puesto de trabajo o aquellos en los que ha llegado con retraso **y** en qué **medida** lo ha hecho. **267**

La concreción pues del ilícito corresponde al convenio colectivo (TSJ Granada 9-1-20, EDJ 535646; TSJ Cataluña 22-5-20, EDJ 640815), aunque, en defecto de éste, se ha considerado que la inasistencia injustificada durante **4 días** es motivo suficiente para ser despedido por falta muy grave (TSJ Murcia 2-6-09, EDJ 123999 y TSJ Murcia 13-1-03, EDJ 5540); también lo es una ausencia durante la totalidad de la jornada laboral y otras **8 ausencias** durante al menos dos horas, para ninguna de las cuales la demandante ha presentado justificación, por lo que el Tribunal considera que la calificación correcta de esta conducta es la de falta muy grave, sancionable con despido a tenor del art.54.2.a ET.

Determinante a estos efectos es la valoración de la **justificación** que presenta el trabajador, que supone la necesidad de acreditar la existencia de una causa real e involuntaria que imposibilita al trabajador acudir a su puesto de trabajo para desarrollar la prestación de servicios. **270**

Por justificación debe entenderse la existencia de **hechos independientes** de la **voluntad** del trabajador, y de los cuales no se en forma alguna culpable, que le impiden asistir al trabajo (TS 8-2-90, EDJ 1258); y de otro lado la necesidad de **avisar** a la empresa, a ser posible con carácter previo, de la ausencia, lo que supone el cumplimiento de la buena fe contractual exigible en el contrato de trabajo y que permite al empresario poder adoptar las medidas organizativas adecuadas.

Así, se ha entendido como improcedente el despido, cuando la justificación es la existencia de un **parte de incapacidad temporal** por enfermedad, aunque no se haya cursado la baja médica o haya existido un retraso en la entrega al empresario, pues una infracción de tipo «administrativa» no puede alterar una realidad **272**

constatada de que hay involuntariedad en la falta de asistencia al trabajo (TSJ La Rioja 23-10-07, EDJ 317548, con cita en otras del TS), pues se afirma que debe entenderse que existe una justificación aunque se produzca de forma **extemporánea o tardía**.

Hay una realidad impeditiva de la comparecencia al trabajo, por lo que la inasistencia no es voluntaria y por ende no puede calificarse como grave y culpable, al ser la circunstancia de enfermedad un hecho cierto, con independencia del retraso en la acreditación de la justificación.

- 275** En otros casos, sin embargo, no se considera que hay justificación para la inasistencia al trabajo; por ejemplo, en supuestos en que se produce el **alta médica** de un trabajador al finalizar una incapacidad temporal, sin que se informe a la empresa y sin presentar procedimiento para la disconformidad con el alta, entendiéndose que la falta de comunicación del trabajador sobre los motivos para incorporarse al trabajo suponen una falta disciplinaria que justifica la decisión de despido (TSJ Navarra 10-10-13, EDJ 283073). En el mismo sentido, se señala que el haber **impugnado** el alta médica no exime al trabajador de acudir al trabajo (TSJ C.Valenciana 7-9-10, EDJ 279045).

La necesidad de justificación está igualmente presente en muchas ocasiones en supuestos de negativa del empresario para que el trabajador disfrute **vacaciones** a pesar de lo cual el trabajador se ausenta de su puesto de trabajo. Así, la Sala del TSJ C.Valenciana declara la procedencia del despido de un trabajador que se **reincorpora tardíamente** de sus vacaciones, superando con creces los días previstos para ello. A efectos de la culpabilidad de valora por el Tribunal las facilidades ofrecidas por la compañía en todo momento a la hora de distribuir los turnos de vacaciones para que el trabajador organizara un viaje transoceánico con la conducta del trabajador que debe permanecer en el destino por una enfermedad de su esposa sin ni siquiera ponerse en contacto, ni intentarlo, con la empresa para explicar la situación y evitar problemas organizativos.

- 277** En el mismo sentido, también, cuando el trabajador unilateralmente decide la **fecha del disfrute** de las vacaciones o que se modifiquen a su criterio, sin contar con el empresario (TSJ Galicia 4-6-15, EDJ 102952; TSJ Galicia 3-10-03, EDJ 200920), pues el trabajador no puede erigirse en el que define los derechos y obligaciones.

Sin embargo, no se considera que es causa de despido el supuesto en que trabajador y empresa han alcanzado un acuerdo en materia de vacaciones y esta **autorización** para el disfrute es **revocada** posteriormente de forma intempestiva. Tal decisión supone, según el Tribunal contrario a las facultades de dirección reconocidas en el art.20 ET, pues éstas no pueden ser lesivas de los derechos del trabajador y en este caso lo eran, pues el rechazo a su disfrute se produce en el momento de iniciarse estas, decisión arbitraria que no puede encubrirse en el ejercicio regular del poder de dirección.

- 280 Graduación de la conducta, reiteración, falta de justificación y tolerancia empresarial** En todo caso, la nota característica en este tipo de incumplimiento, como ocurre con todas las causas del despido, pero en este caso como un elemento definidor, es la **gravedad** del comportamiento.

Para determinarla se acude a la **repetición**, no bastando con un hecho aislado o con un comportamiento puntual, sino que se exige reiteración, debiendo aten-

derse a lo que el **convenio colectivo** califica como tal, habitualmente para graduar la falta en leve, grave o muy grave.

En estos casos, la graduación de la gravedad, al margen de la discrecionalidad del juez al valorar la conducta, viene dada de forma inmediata por la inclusión como falta muy grave por la norma convencional.

Es exigible además que no haya justificación para la ausencia o el retraso, pues la conducta debe ser **culposa** al menos, si no intencionada, por tanto, teniendo en cuenta «las circunstancias concurrentes».

Y por último se valora como un elemento adicional, pero no esencial, el **perjuicio** producido por el trabajador a la empresa o a sus compañeros con su injustificada actuación.

Ejemplos clásicos son:

282

– la ausencia del trabajador que disfruta el permiso a pesar de habérselo denegado previamente la empresa por tratarse de una de las semanas o **días de mayor actividad económica**; o

– la ausencia sin avisar de un profesor a un centro educativo que impide la sustitución del mismo con el consiguiente perjuicio para los alumnos.

En el caso de **retrasos continuados** además de las notas de gravedad y culpabilidad, se debe atender a si ha existido tolerancia por parte del empleador cuando permite de forma reiterada y a sus trabajadores en general, la flexibilidad a la hora de entrada y salida, sin que sea exigible una puntualidad extrema, siendo que a partir de un determinado momento prohíbe y decide sancionar. Es relevante a estos efectos la existencia de **advertencias** previas, que si además son **escritas** agravan la conducta y descartan la alegación de permisividad previa.

En este sentido la doctrina judicial ha entendido que si existe un **régimen flexible de jornada** y horario o una conducta empresarial de **tolerancia** no puede despedirse al trabajador que actúa de conformidad al mismo, salvo que se le haya avisado previamente del fin de esa tolerancia, pues decae en ese caso la oportuna justificación de los retrasos y ausencias (TS 15-1-90, EDJ 213).

285

Por su parte, el TSJ de Cantabria (TSJ Cantabria 22-2-19, EDJ 517879) pone de manifiesto que debe acudir al **uso social** para determinar los supuestos en que el retraso queda «tolerado» en atención a la realidad imperante. Y así, la referida tolerancia supone un conocimiento por parte de la empresa de la práctica irregular imputada y, además, un consentimiento de la misma que permita al trabajador actuar en la confianza de estar obrando lícitamente.

Es cierto que cuando concurre tolerancia por parte de la empresa, no es posible que, luego, se sancione al trabajador contradiciendo sus propios actos. Ahora bien, la **tolerancia** debe interpretarse de forma rigurosa y restrictiva, de conformidad con la clásica doctrina legal, exigiéndose que la misma sea **notoria** y pruebe una voluntad manifiesta de la empresa de auto limitar sus facultades disciplinarias.