

TRIBUNAL SUPREMO, SALA VI. CUESTIONES DE TRABAJO

LAS FALTAS DE ASISTENCIA O PUNTUALIDAD COMO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL JUSTIFICATIVO DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

SUMARIO

1. Antecedentes.—2. Delimitación y concepto de los dos supuestos comprendidos en el incumplimiento contractual estudiado.—3. Su fundamento como causa de despido.—4. Sustantividad de la causa de despido así delimitada.—5. Requisitos: A) *Repetición*. B) *Ausencia de justificación*.—6. Consideración especial de las ausencias por detención o prisión del trabajador (*)

1. ANTECEDENTES

Tipificadas ya en la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 como una de las causas justas de «despido justificado del trabajador por el patrono» (art. 89, causa 6.^a), y con precedentes prácticamente en todos los diversos proyectos de ley sobre contrato de trabajo elaborados por el Instituto de Reformas Sociales en el período comprendido entre 1905 y 1924 (1), constituye

(*) Todas las sentencias mencionadas en el presente estudio corresponden a la Sala VI del Tribunal Supremo. A lo largo del mismo se han empleado las siguientes abreviaturas: Ar. (*Repertorio de Jurisprudencia* de Aranzadi), BOE (*Boletín Oficial del Estado*), CCS (convenio colectivo sindical), OL (ordenanza laboral), OM (orden ministerial), OT (ordenanza de trabajo), Res. DGT (resolución de la Dirección General de Trabajo).

(1) Así, art. 25 del proyecto de ley aprobado por el pleno del Instituto de Reformas Sociales el 11 de mayo de 1905, y presentado al Congreso el 1 de noviembre de

este incumplimiento contractual una de las causas de despido disciplinario que se han mantenido invariables a lo largo de las distintas disposiciones legales que, desde la Ley de 1931 citada, han ido regulando sucesivamente la materia. En efecto, la fórmula inicialmente adoptada por aquella Ley: «las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo», fue reproducida literalmente por el art. 77, ap. a) de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 y, posteriormente, por el art. 33, también apartado a), del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, precepto este cuya vigencia se ha mantenido hasta la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, aprobando el Estatuto de los Trabajadores.

La nueva disposición aludida no se diferencia en la cuestión que tratamos de las que le han precedido en el tiempo, y la única novedad que introduce, por lo demás irrelevante, es la de anteponer en el enunciado del incumplimiento con-

de 1906 por el Ministro de la Gobernación, Bernabé Dávila, que señala como motivo para que el patrono pueda rescindir el contrato en que se «hubiera fijado objeto determinado o plazo para la duración»: «las faltas injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo del obrero», precepto éste que, como el resto del proyecto mencionado, fue reproducido por los sucesivos proyectos de ley presentados al Senado el 16 de julio de 1910, 12 de junio de 1914 y 22 de mayo de 1916, por los ministros de la Gobernación Fernando Mériño, Sánchez Guerra y Ruiz Jiménez, respectivamente. De forma similar, aunque sin limitar la causa de rescisión al contrato celebrado por «tiempo definido» u «obra determinada», según el artículo 89 de un nuevo proyecto de ley presentado al Senado el 14 de noviembre de 1919 por Manuel de Burgos y Mazo, ministro de la Gobernación, «el patrono podrá rescindir el contrato de trabajo por motivos legítimos. Son motivos justificados de rescisión para el patrono: las faltas injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo». Por último, la tipificación de las faltas de asistencia y puntualidad como causa de despido la encontramos también entre las previsiones del anteproyecto de ley aprobado por el Consejo de Dirección del Instituto de Reformas Sociales en 1922, pretendiendo regular, al igual que los precedentes proyectos, el contrato de trabajo. Dicho anteproyecto, en su versión definitiva aprobada por el Pleno del Instituto el 19 de febrero de 1924, ha sido calificado por algún autor (J. HINOJOSA FERRER: *El contrato de trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, Madrid, 1932, pág. 255) como el precedente inmediato de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931. Para un estudio más exhaustivo de los proyectos de ley mencionados, véanse las publicaciones del Instituto de Reformas Sociales: *Proyecto de ley sobre contrato de trabajo. Información legislativa y bibliográfica* (Madrid, 1911), e *Información legislativa española y extranjera sobre contrato de trabajo. Leyes, proyectos, proposiciones y otros documentos para el estudio de la materia* (Madrid, 1921), y de la Sociedad de Estudios Sociales y Económicos: *Anteproyecto de ley sobre el contrato de trabajo discutido y aprobado por el Consejo de Dirección del Instituto de Reformas Sociales en sesiones del 29 de octubre de 1921 a 16 de octubre de 1922* (Madrid, 1922) y *El contrato de trabajo. Su discusión en el Instituto de Reformas Sociales. Actuación de la representación patronal* (Madrid, 1924).

tractual estudiado el término «asistencia» al de «puntualidad» (2), que tradicionalmente había venido figurando en primer lugar. Según el art. 54, núm. 2, apartado *a*) del Estatuto de los Trabajadores, servirán de base para el despido disciplinario: «las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo».

Vista, pues, la coincidencia entre la definición del anterior precepto del Estatuto y la contenida en las disposiciones legales precedentes, ya indicadas, dado que la derogación que el mismo viene a realizar del art. 33, ap. *a*) del Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo es «formal» y no «real», pues el nuevo precepto se limita a reproducir sin alteración el contenido del que deroga (3), no nos resulta difícil imaginar que la doctrina jurisprudencial elaborada a propósito de este último, y del art. 77, ap. *a*) de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que, a su vez, había sido sustituido por aquél, pueda continuar siendo mantenida prácticamente en su totalidad, razón por la que trataremos de exponer a continuación algunos de los criterios jurisprudenciales que merecen ser destacados al respecto.

2. DELIMITACION Y CONCEPTO DE LOS DOS SUPUESTOS COMPRENDIDOS EN EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ESTUDIADO

Aunque agrupadas por el legislador bajo una misma causa, son dos los supuestos a los que hace referencia este incumplimiento contractual: las *faltas de asistencia* y las de *puntualidad*, pudiendo tener lugar el despido disciplinario bien por concurrir una cualquiera de las dos modalidades del incumplimiento, bien por concurrir ambas a un tiempo, exigiéndose, en cualquier caso, que la conducta del trabajador aparezca rodeada de los dos requisitos esenciales que definen la propia causa de despido analizada: la *repetición* de las faltas, y la *ausencia de justificación* de las mismas.

La redacción del art. 54, núm. 2, *a*) del Estatuto parece dispensar el mismo tratamiento a la inasistencia y a la impuntualidad, sin atribuir al primer supuesto una gravedad superior a la que pueda tener el segundo, de modo que, como ya tuvo ocasión de destacar hace tiempo algún autor, «se sitúan en el mismo

(2) Otro tanto sucede respecto a los términos «continuada» y «voluntaria» que califican a la disminución en el rendimiento contemplada en el número 2, ap. *e*) del Estatuto como incumplimiento contractual causa de despido. Mientras que la formulación tradicional hablaba de «disminución voluntaria y continuada», el Estatuto de los Trabajadores ha preferido hacer referencia en primer lugar a la nota de la «continuidad», pasando así a aludir a la «disminución continuada y voluntaria», quizá intentando destacar el elemento de la *gravedad* de la falta sobre el de la *culpabilidad*, representado por la nota de la «voluntariedad» en su comisión.

(3) Cfr. M. ALONSO OLEA: prólogo a *El Estatuto de los trabajadores. Texto y comentario breve* (Madrid, 1980), pág. 10.

plano las inasistencias y las impuntualidades» (4). Sin embargo, esta situación es más aparente que real, y, en la práctica, serán frecuentes los casos en los cuales se pone de relieve cierta diferencia de gravedad entre una y otra de las modalidades del incumplimiento contractual, realizándose con mayor rigor la valoración del requisito de la *reiteración* cuando se trata de faltas de asistencia al trabajo. Efectivamente, las más elementales razones de equidad son contrarias a que el mismo número de faltas de asistencia que determinan la aplicación del despido sirvan para adoptar esta medida disciplinaria cuando se trata de faltas de puntualidad. Vienen a entenderlo así aquellas ordenanzas laborales y convenios colectivos que, si bien coinciden en considerar ambos supuestos como faltas muy graves, sancionables, por tanto, con el despido, condicionan su aplicación a que, cuando de impuntualidades se trata, el número de las mismas sea superior al previsto para las faltas de asistencia que justifican la adopción de idéntica medida sancionadora (5). En todo caso, conviene dejar suficientemente aclarado que no es el legislador quien introduce este elemento de diferenciación basado en una distinta valoración de la reiteración; aquél únicamente se limita a exigir dicho requisito tanto en las faltas de asistencia como en las impuntualidades, sin especificar nada más, pero dejando abierta la posibilidad, aunque no de forma expresa, para que sean las propias normas sectoriales las que, al concretar la conducta definida por él como incumplimiento contractual, hagan las precisiones

(4) A. J. CARRO IGELMO: *El despido justo* (Barcelona, 1957), pág. 61.

(5) Es la solución que adopta, por ejemplo, el artículo 56 de la OL para *Laboratorios de prótesis dental* (OM de 28 de diciembre de 1976; BOE de 10 de enero de 1977), cuyo apartado *a*) considera falta muy grave, sancionable con el despido, «más de diez faltas, sin justificar, de puntualidad en la asistencia al trabajo, cometidas en un período de seis meses, o veinte durante un año», mientras que el apartado *b*) faculta para adoptar la misma medida disciplinaria por «faltar al trabajo durante cinco días al mes sin causa justificada». Una concreción similar contiene el CCS interprovincial para *Deportes* (Res. DGT de 31 de diciembre de 1976; BOE de 17 de enero de 1977), cuyo artículo 13 determina que «por falta de puntualidad, a los efectos de la causa de despido consignada en el párrafo *a*) del artículo 77 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, se entenderá el retraso injustificado de quince minutos producido cinco veces en un mes o diez en la temporada. A los mismos efectos se entenderá por no asistencia tres faltas en un mes o seis en la temporada». Cfr. artículo 65, apartados *a*) y *b*) OL para *Centros de Enseñanza* (OM de 28 de agosto de 1970; BOE del 5, 7, 8 y 9 de septiembre) y artículo 101, números 2 y 3 OL *Industrias de la Piel* (OM de 27 de junio de 1969; BOE de 11 de julio). Sin embargo, no faltan normas sectoriales que establecen el mismo número de faltas para las impuntualidades y para las inasistencias, así sucede en la OL para *Empresas Editoriales* (OM de 9 de julio de 1975; BOE del 23), cuyo artículo 71, número 1, enumera como falta muy grave: «más de diez faltas no justificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo, cometidas en un período de seis meses o veinte durante un año», fórmula que repite el artículo 85, número 1, de la OL para *Estaciones de Servicio* (OM de 27 de noviembre de 1976; BOE de 17 de diciembre).

que consideren oportunas sobre el particular, que serán válidas siempre que no entren en contradicción con lo establecido por las disposiciones de rango superior, pues, como ha declarado la jurisprudencia, «aunque en materia de causas de despido el precepto fundamentalmente aplicable sea el art. 77 de la Ley de Contrato de Trabajo [hoy en día art. 54 del Estatuto], con preferencia a los contenidos en las reglamentaciones u ordenanzas laborales, ello no significa que éstas no sean también aplicables en cuanto no contradigan aquella Ley, puesto que pueden contener normas que completen y maticen las causas de despido previstas en la misma, algunas de modo muy genérico, acomodándolas a las peculiaridades de cada empresa o sector laboral» (6).

Profundizando en la distinción entre inasistencia e impuntualidad, una vez entendido con el Tribunal Supremo que «la impuntualidad tanto quiere decir y equivale a llegar tarde al trabajo, o marcharse antes de lo debido, como el ausentarse del mismo sin justificación y dentro de la jornada» (7), la inasistencia quedaría circunscrita a aquellos supuestos en los cuales el trabajador «no acude a su faena diaria» (8), es decir, no se ha presentado durante *toda* la jornada en el lugar que le ha asignado el empresario para realizar la prestación de su trabajo, de manera que, como manifiesta TOVILLAS ZORZANO (9), «la falta de asistencia al trabajo, en cuanto sirve como causa justificativa del despido se produce tanto si la conducta incumplidora del deudor de trabajo consiste en dejar de acudir al centro de trabajo, como si, asistiendo a éste, deja el trabajador de hacer acto de presencia en el puesto asignado por el empleador como lugar en el que ha de desarrollarse la prestación de servicios».

3. SU FUNDAMENTO COMO CAUSA DE DÉSPIDO

Desde el momento en que el trabajador, una vez celebrado el contrato de trabajo, está «obligado a realizar el trabajo convenido» (art. 20, núm. 1 Estatuto), y en el cumplimiento de esta obligación «debe al empresario la diligencia

(6) Sentencia de 2 de diciembre de 1975 (Ar. 4.662). La misma orientación se aprecia en la Sentencia de 15 de noviembre de 1974 (Ar. 4.620), según la cual las reglamentaciones nacionales de trabajo y los reglamentos de régimen interior «pueden completar y matizar las causas de despido previstas en [la Ley de Contrato de Trabajo], acomodándolas a las peculiaridades de cada empresa, pero no establecer causas nuevas para sancionar hechos o conductas distintas a las previstas en la mencionada Ley, y que no supongan graves incumplimientos de los deberes del trabajador para con la empresa».

(7) Sentencia de 14 de junio de 1968 (Ar. 3.875).

(8) Sentencia de 5 de julio de 1973 (Ar. 3.274).

(9) *El régimen jurídico del despido en España* (Barcelona, 1974), pág. 172. Cfr. J. A. SAGARDÓY: *El despido laboral y los expedientes de crisis* (Bilbao, 1969), páginas 72-73.

y la colaboración... que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél... y, en su defecto, por los usos y costumbres» (art. 20, núm. 2 Estatuto), cuando deja de asistir al trabajo o no lo hace puntualmente, incumple aquella obligación básica y, por tanto, el deber de diligencia con que la misma ha de ser actualizada (10), surgiendo así la facultad empresarial de proceder a la extinción de vínculo contractual «mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador» (art. 54, núm. 1 Estatuto).

Aunque con la oportuna referencia a la Ley de Contrato de Trabajo, el fundamento expuesto aparece confirmado por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, siendo de gran utilidad al respecto el criterio mantenido por la sentencia citada de 5 de julio de 1973, la cual, recordando «que es preciso reiterar el concepto del contrato de trabajo cuando a lo largo de su devenir temporal ocurren eventos que circunstancialmente lo modifican», manifiesta que «al tratarse de un convenio sinalagmático productor, por tanto, de derechos y obligaciones, estas últimas se encuentran mutuamente condicionadas, las que tiene la empresa y las que a su vez ha adquirido, desde el inicio del sinalagma, el operario, guardando entre sí una relación de causalidad o de mutua dependencia; al derecho al salario de los [trabajadores] le corresponde el *deber de aportar su trabajo*; desde el momento en que por razones que a la empresa pueda no interesarle, pero que a la misma trascienden, el productor no acude a su diaria faena ni presta el trabajo por el que se formuló el contrato, nace en la empresa el derecho (unilateralmente suele decirse pero bilateralmente en definitiva, puesto que es la contraparte quien lo vulnera primeramente) a rescindir aquél, y al efecto está apoyado en el pertinente precepto de la legislación laboral que, abandonando el espíritu civilista, tutela en forma destacada los intereses del trabajador, pero no puede desconocer la finalidad en sí mismo del trabajo, y es el art. 77 en su apartado a) donde se regulan las justas causas de despido, donde se dice que una de ellas es: las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo».

(10) Deber que, por lo que ahora nos interesa, «se concreta prácticamente en la entrada y permanencia en la empresa durante un horario predeterminado» (F. SUÁREZ GONZÁLEZ: *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid, 1967, pág. 88). Como ha destacado con acierto ALONSO OLEA (*El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Madrid, 1957, pág. 137), el trabajador, «para el cumplimiento de la prestación a que se ha obligado, tiene que estar físicamente en un determinado lugar y permanecer en él durante el tiempo fijado en el contrato o en las normas generales sobre jornada de trabajo que presiden éste»; sin duda han sido consideraciones de este tipo las que llevaron a la sentencia de 9 de abril de 1962 (Ar. 1387) a declarar procedente el despido del trabajador que «incumplió repetidamente la jornada laboral a que estaba obligado por el contrato de trabajo», pues se declara probado «que el actor falta por la mañana, yendo únicamente a la oficina a última hora, y en la jornada de la tarde se marcha a las seis, o sea, una hora antes».

Sin embargo, el anterior razonamiento ha de completarse con las consideraciones efectuadas por otras sentencias, muy particularmente la de 31 de enero de 1980 (11), que, reproduciendo los términos de la de 8 de noviembre de 1977 (12), deja establecido que «el trabajador, al concertar el contrato de trabajo se somete a unas normas, a una disciplina; adquiere derechos, pero también contrae deberes, el primordial de los cuales, según el art. 60 de la Ley de Contrato de Trabajo (13), es el de la diligencia en el trabajo, el de colaborar en la buena marcha de la producción, o en la prosperidad de la empresa, a cuyo deber falta claramente con ausencias al trabajo [o con faltas de puntualidad (14)], que suponen un serio trastorno para la vida de cualquier empresa, organizada sobre la base del trabajo coordinado de todos los operarios a su servicio, por lo que es lógico que las ausencias [o impuntualidades] se sancionen con rigor, pudiendo llegarse a la ruptura del vínculo laboral» (15).

4. SUSTANTIVIDAD DE LA CAUSA DE DESPIDO ASI DELIMITADA

Aunque el empresario puede tratar de corregir las faltas de asistencia o puntualidad mediante la imposición de sanciones de menor entidad que el despido,

(11) Ar. 660.

(12) Ar. 4.496.

(13) Actualmente habría que remitir esta referencia a los arts. 5, ap. a) y 20, número 2 del Estatuto de los Trabajadores.

(14) Sentencia de 7 de marzo de 1980 (Ar. 1.080). Como afirma la sentencia de 23 de junio de 1975 (Ar. 2.771), «es deber primordial del trabajador la diligencia en el trabajo..., diligencia que se exterioriza en asistir puntualmente a su quehacer, salvo justificación de la causa impediende»; cfr. sentencia de 3 de diciembre del mismo año (Ar. 4663).

(15) Cfr. sentencia de 25 de enero de 1969 (Ar. 377). No resulta difícilmente conciliable con las afirmaciones realizadas en el texto la posición mantenida por TOVILLAS ZORZANO (*op. cit.*, pág. 170), para quien el despido por faltas de asistencia o puntualidad tiene su explicación en que «el principal deber contraído por el trabajador al celebrar el contrato de trabajo es el ponerse a disposición de la empresa para que ésta, a través de sus órganos, determine el lugar, momento, forma y cuantía de su esfuerzo o actividad productiva, y además la Ley le impone un *deber complementario* al de su *puesta a disposición de la empresa*, como es el *deber de diligencia en el cumplimiento del mismo*. Por tanto, toda conducta del trabajador contraria a este deber participa de la naturaleza de incumplimiento contractual, porque el mismo, aunque tenga su origen en la Ley, se integra en el contenido de la obligación principal asumida por el obrero que es la de prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia del empleador». Ahora bien, para el indicado autor (*op. cit.*, páginas 171-172), mientras que las faltas de *puntualidad* «constituyen una conducta rebelde del deudor de trabajo frente a su *deber de diligencia*», las de asistencia se diferenciarían de las anteriores en que no vulneran dicho deber, sino el de la *puesta a disposición del empresario*.

siguiendo al efecto la graduación de faltas y sanciones prevista en la ordenanza laboral o convenio colectivo que resulte aplicable, ello no significa que esté obligado a acudir previamente a este tipo de medidas disciplinarias, de forma que sólo puede aplicar el despido cuando las mismas no produzcan la corrección deseada en la conducta del trabajador, pues, aparte de que «el hecho de no haberse sancionado las primeras faltas de puntualidad no supone... ningún perjuicio para el trabajador, no lesiona ningún derecho del mismo ni le merma ninguna garantía» (16), no existe precepto legal alguno donde se condicione la calificación de la falta «a que previamente se hayan corregido las unitarias faltas de puntualidad aisladamente, o a que se hayan producido advertencias, avisos o admoniciones», por lo que cuando la ordenanza, reglamentación o convenio aplicable faculta al empresario para despedir si el trabajador comete faltas de asistencia o puntualidad calificables de muy graves, dicha facultad «puede ser ejercida sin condicionamiento material alguno y sin necesidad de ajustarse a un determinado orden o prioridad de sanciones que no vienen legalmente impuestas» (17).

5. REQUISITOS

Son dos los requisitos esenciales a los que el legislador ha condicionado la aplicación de la causa de despido que analizamos. Efectivamente, «para que el despido pueda ser declarado procedente se precisa, según el texto legal, la concurrencia de dos factores: uno, repetición de las faltas de puntualidad [o asistencia]; otro, falta de justificación de las mismas» (18), es decir, «basta con que las faltas de puntualidad o asistencia al trabajo no estén justificadas y sean repetidas; pues así nace la facultad empresarial de resolución» (19), afirmaciones éstas que aparecen reproducidas constantemente en las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo al enjuiciar los supuestos que se integran en este incumplimiento contractual (20), habiendo advertido además que «necesariamente tienen que concurrir ambos requisitos como base para tal sanción, ya que el legislador utiliza la conjunción copulativa» (21).

Indudablemente la fórmula adoptada por el Estatuto y, anteriormente, por

(16) Sentencia de 13 de junio de 1973 (Ar. 2.816).

(17) Sentencia de 24 de febrero de 1971 (Ar. 758); considerandos de la primera sentencia.

(18) Sentencia citada de 7 de marzo de 1980.

(19) Sentencia citada de 24 de febrero de 1971; considerandos de la primera sentencia.

(20) Véanse, entre otras, las sentencias de 31 de enero de 1980 (ya citada), 23 de noviembre de 1979 (Ar. 4.042), 7 de noviembre de 1977 (Ar. 4.495), 21 de marzo de 1970 (Ar. 2.263) y 2 de junio de 1965 (Ar. 4.246).

(21) Sentencia de 9 de mayo de 1962 (Ar. 2.343).

el Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo y la Ley de Contrato de Trabajo, no aclaran demasiado qué habremos de entender por «repetidas e injustificadas», pero, aparte de que la imprecisión de que adolecen estos textos, «al consignar tan sólo que serán causa de despido las repetidas e injustificadas faltas de asistencia al trabajo, ha de encontrar complemento adecuado en la normativa específica que esté reglamentada según el ramo de producción a que pertenezca el productor» (22), la propia jurisprudencia nos proporciona valiosos criterios acerca de cómo habrá de ser apreciada la concurrencia de uno y otro de los requisitos mencionados, criterios que seguidamente intentaremos sistematizar.

A) *Repetición*

Las faltas de asistencia o puntualidad han de ser en primer lugar «repetidas», calificativo con el que sin duda el legislador ha querido referirse a la «frecuencia y contumacia» que ha de observar el trabajador en su comisión (23), excluyendo así la posibilidad de que puedan ser objeto de despido las producidas casualmente o en virtud de un acto aislado. Por consiguiente, ya que una única falta de asistencia «no presupone la contumacia y reiterada abstención del deber de asistencia al trabajo», no puede dejarse de reconocer la improcedencia del despido del trabajador que sólo faltó un día a aquél, pues «es de evidencia que su actuación no es reiterada e insistente... como se infiere del art. 77, a) de la Ley de Contrato de Trabajo» (24). Cosa distinta es que aun siendo una sola la falta de asistencia, existan repetidas faltas de puntualidad, o viceversa, supuesto este sobre el que la Sala VI ha tenido oportunidad de pronunciarse, indicando que si «el despido del recurrente no puede justificarse por la inasistencia al trabajo un solo día o jornada, sí lo justifica y hace que sea procedente su falta de puntualidad constante y repetida, al llegar todos los días con un cuarto de hora o más de retraso» (25).

Ahora bien, puesto que «no se concreta en el texto legal el número de faltas que han de cometerse para la adopción de tan rigurosa medida..., dos o tres simples faltas podrían reputarse proporcionadoras de la reiteración exigida, lo que conduce a la conclusión de que la interpretación gramatical del precepto no está en consonancia con la flexibilidad que exige una materia tan especialmente delicada como es la del derecho relativo al despido, por lo que debe deducirse

(22) Sentencia de 30 de junio de 1977 (Ar. 3.210).

(23) Cfr. Sentencia de 28 de abril de 1962 (Ar. 1.394).

(24) Sentencia citada de 23 de noviembre de 1979; considerandos de la primera y segunda sentencias, respectivamente. En la misma línea se sitúa la sentencia de 17 de octubre de 1972 (Ar. 4.970), para la cual «no puede apreciarse la concurrencia de la causa a) del art. 77 de la Ley de Contrato de Trabajo, por no constar faltara la interesada al trabajo más que el mencionado día 18, cuando según tal precepto las faltas han de ser repetidas».

(25) Sentencia citada de 2 de junio de 1965.

con más amplitud y equidad que *la repetición exige una sucesión de actos de la misma entidad, expresivos de una conducta incompatible con la buena marcha del trabajo dentro de la empresa*» (26), sucesión que no se produce cuando en dos días consecutivos el trabajador falta al trabajo una hora en el primero y la jornada completa en el segundo (27), y que habrá de apreciarse teniendo en cuenta que cada día de ausencia al trabajo constituye una falta, pues, como afirmó la sentencia de 8 de octubre de 1962 (28), «no es posible admitir que... la falta de asistencia al trabajo injustificada, durante varios días, entrañe una sola falta continuada de dicha clase y no tantas como días».

En la práctica, las dificultades que surgen al tratar de determinar la repetición precisa para aplicar el despido se ven notablemente reducidas en aquellos casos en los que la reglamentación, ordenanza o convenio colectivo concretan el número de impuntualidades o inasistencias que originan una falta muy grave, sancionable con todo el rigor que acompaña a aquella medida disciplinaria. La función complementaria que de este modo llevan a cabo las indicadas normas sectoriales respecto a las disposiciones legales, es reconocida expresamente por la jurisprudencia, la cual no ha dudado en admitir que «la falta de precisión cuantitativa y temporal del ap. a) del... art. 77 [de la Ley de Contrato de Trabajo], exigente sólo de que sean plurales las faltas de asistencia o puntualidad, *ha hecho conveniente y adecuada* la existencia de normas que lo acomoden a los diversos supuestos generales y a las características de las distintas ramas de la producción» (29), de forma que cuando una de estas normas califica como muy grave más de doce faltas de puntualidad en un período de seis meses o veinticinco en un período de un año (art. 101, núm. 3 OL para la «industria de la piel», citada), la misma «no sólo actúa de prevalente, sino [también] de complementaria de aquel precepto (30), y «debe estarse a su contenido en cuanto no desnaturalice el precepto legal fundamental, para calificar los hechos firmes» (31). En suma, puesto que esta orientación jurisprudencial no ha quedado desvirtuada por la nueva regulación del despido que realiza el Estatuto de los Trabajadores, al continuar la misma conservando toda su eficacia en el momento presente, habremos de seguir declarando la procedencia del despido disciplinario siempre que el trabajador haya incurrido en el número de faltas de asistencia o puntualidad que en la norma sectorial aplicable faculte al empresario para recurrir a dicha medida.

(26) Sentencia citada de 7 de marzo de 1980; lo subrayado es nuestro. En iguales términos, sentencias de 31 de enero de 1980 y 8 de noviembre de 1977, ambas ya mencionadas en anteriores ocasiones.

(27) Sentencia citada de 7 de noviembre de 1977.

(28) Ar. 3.459.

(29) Sentencia de 20 de abril de 1971 (Ar. 2.549). En términos similares se pronuncia la sentencia citada de 7 de noviembre de 1977.

(30) Sentencia de 7 de abril de 1980 (Ar. 1.613).

(31) Sentencia citada de 20 de abril de 1971.

El problema podría plantearse cuando la respectiva reglamentación, ordenanza o convenio no incluye ninguna precisión sobre el particular. Es entonces cuando juega un papel esencial la posición jurisprudencial vista al comienzo de este apartado, que considera que «la repetición exige una sucesión de actos de la misma entidad, expresivos de una conducta incompatible con la buena marcha del trabajo dentro de la empresa», quedando subordinada su apreciación a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, de manera que al no estar determinados por la legislación aplicable el número de días de ausencia precisos para fundamentar el despido, «es el juzgador *a quo* el que ha de valorar y estimar su alcance» (32), conclusión esta que confirma la sentencia de 1 de junio de 1979 (33) al manifestar que «la expresión del legislador de cierta indeterminación, tanto del tiempo de retardo en [la] entrada o la anticipación de la salida en la asistencia, obliga al juzgador al ejercicio de cierto libre arbitrio para ponderar dentro de la casuística cuándo habrá de aceptarse como justificante del despido la transgresión de aquel deber de puntualidad».

Desde otra perspectiva, si, como hemos dicho, la aplicación del despido a las faltas de asistencia o puntualidad no está condicionada a que previamente se hayan tratado de corregir mediante sanciones de menor entidad (34), una vez que el empresario decide ir sancionando las mismas a medida que se producen, los avisos, apercibimientos o cualquier otro tipo de corrección distinta del despido que haya impuesto al trabajador por su conducta impuntual o de ausencia al trabajo, lejos de limitarle, le facultan para aplicar con mayor razón la máxima sanción cuando aquella conducta persiste a pesar de las medidas adoptadas para tratar de corregirla. En estos supuestos hay que entender que concurre el requisito de la repetición en las faltas de asistencia o puntualidad, pues las sanciones impuestas por las faltas aisladas que se hubieran cometido no impiden que éstas sean tenidas en cuenta para proceder más tarde al despido (35), sin que pueda sostenerse que al obrar de esta manera el empresario atenta contra el principio *non bis in idem*, sino que, por el contrario, como ha puesto de relieve la sentencia de 30 de octubre de 1965 (36), es muy digno de tenerse en cuenta «el hecho de haber sido el obrero sancionado, por dos veces, por faltas de puntualidad y asistencia», orientación que ya podemos apreciar en la sentencia de

(32) Sentencia de 31 de enero de 1974 (Ar. 314).

(33) Ar. 2.371. Cfr. A. CORNIERO SUÁREZ y J. M.^a ALVAREZ DE MIRANDA: *El Tribunal Central de Trabajo y su doctrina* (Barcelona, 1959), pág. 230.

(34) Debemos recordar al respecto que la facultad disciplinaria atribuida al empresario constituye un derecho ejercitable y no un deber que hay que cumplir, por lo que «siempre estará en sus manos el hacer o no uso de su potestad sancionadora o de renunciar a ella por razones que no le es necesario explicar» (sentencia de 5 de noviembre de 1973; Ar. 4.186, considerandos de la primera sentencia).

(35) J. A. SAGARDOY, *op. cit.*, págs. 66-67.

(36) Ar. 4.822.

17 de enero de 1958 (37), la cual consideró que si el trabajador «fue sancionado por la empresa hasta siete veces por falta reiterada de asistencia al trabajo, sin previo aviso ni causa justificada, y últimamente faltó también dos días sin justificar tampoco el motivo de su ausencia, esa afirmación encaja en el art. 77, apartado a) de la Ley de Contrato de Trabajo».

B) Ausencia de justificación

Además de repetidas, las faltas de asistencia o puntualidad constitutivas de la causa de despido analizada han de ser simultáneamente «injustificadas», requisito que no debe confundirse con la voluntariedad que puede acompañar a la conducta del trabajador que incurre en este incumplimiento contractual, por lo que «no puede admitirse... baste que no sea voluntaria la causa de asistencia al trabajo para estimar ésta justificada», pues, respecto a dicho incumplimiento, el legislador «se abstiene de valorar la circunstancia de voluntariedad..., exigiendo sólo que sean repetidas y no estén justificadas» las ausencias o impuntualidades que configuran el mismo (38).

¿Cuándo podrán estimarse injustificadas las faltas de asistencia o puntualidad? Resulta muy difícil establecer reglas precisas sobre el particular, por lo que, en definitiva, la cuestión habrá de resolverse teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto enjuiciado. Empleando términos de la sentencia citada de 7 de marzo de 1980, el requisito de la ausencia de justificación en las faltas de asistencia o puntualidad «obliga a analizarlas en su realidad, en el momento en que se han producido y en relación con los efectos que producen, con observación del trabajo al que afectan y de la personalidad del trabajador al que se imputan, es decir, que *ha de estudiarse específica e individualmente el caso concreto que se examina y resuelve*, sin desconocer el factor humano, que es de máxima importancia» (39). En este sentido, no puede desconocerse el acierto de la sentencia de 17 de diciembre de 1960 (40), que declara la evidente equivocación del juzgador de instancia al estimar que el trabajador no justificó su falta al trabajo, toda vez que «si le concedieron permiso [por un día] para ausentarse e ir a ver a su esposa enferma, y al llegar... se encontró con que lo estaba de gravedad, es muy lógico, natural y humano que la acompañase hasta la desaparición del peligro». Por el contrario, no es admisible como justificación de las ausencias tipificadas como causa de despido en el artículo 77, ap. a) de la Ley de Contrato de Trabajo —hoy artículo 54, núm. 2, a) del Estatuto— «la

(37) Ar. 291.

(38) Sentencia citada de 21 de marzo de 1970.

(39) Lo subrayado es nuestro. En iguales términos se pronunciaron con anterioridad las sentencias de 31 de enero de 1980 y 8 de noviembre de 1977, a las que ya hemos tenido ocasión de aludir repetidas veces.

(40) Ar. año 1961, ref. 179.

simple creencia del trabajador de que estaba despedido, puesto que para salir de dudas debió presentarse a su trabajo a su hora adecuada, con puntualidad como el mismo precepto ordena..., y de esa manera hubiera podido comprobar y acreditar si efectivamente se hallaba despedido, por lo que al no hacerlo, sus ausencias injustificadas estuvieron bien interpretadas como faltas laborales sancionables» (41); ausencias que tampoco pueden resultar justificadas «porque la patronal dejara de abonarle el sueldo íntegramente y con la debida regularidad, ya que éste hubiera podido dar lugar a la correspondiente acción en defensa de los derechos de la empleada, pero nunca podría legitimar un abandono o por lo menos el negligente cumplimiento de las obligaciones que impone la relación laboral» (42).

Así pues, sólo una vez examinadas las circunstancias particulares del caso podrá decidirse si las faltas de asistencia o puntualidad se hallan o no justificadas. Desde luego, en algunos supuestos la justificación se deja ver más fácilmente que en otros, por ejemplo, la enfermedad del trabajador o los casos previstos por la legislación vigente en los que éste puede ausentarse del trabajo con derecho a percibir la remuneración (matrimonio, nacimiento de hijos, ejercicio de funciones sindicales y cuantos otros motivos enumera el artículo 37, número 3, del Estatuto), pero, aun así, para que las ausencias por estas causas no originen el despido es necesario que el trabajador avise con prudente antelación al empresario sobre el motivo de su ausencia, y justifique ante el mismo que la falta al trabajo ha obedecido efectivamente a dicho motivo y no a otro (43). En caso contrario aquél podría proceder a la extinción del contrato de trabajo mediante despido basado en el incumplimiento contractual estudiado, conclusión ésta que aparece confirmada por la propia jurisprudencia, la cual, si bien ha entendido que no se aplica correctamente el ap. a) del artículo 77 de la Ley de Contrato de Trabajo cuando las ausencias «se encuentran justificadas por el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público» (44), o si los trabajadores «estaban en situación de baja laboral por enfermedad» (45), también ha afirmado que «es condición esencial para que el trabajador pueda faltar a su trabajo, con derecho a percibir el salario, que avise con la posible anticipación el motivo que a ello le impulse u obligue», siendo procedente el despido cuando el aviso de la ausencia se fecha un día después de los que faltó a su trabajo a causa del cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público, y no

(41) Sentencia de 16 de marzo de 1966 (Ar. 1.662).

(42) Sentencia de 20 de mayo de 1961 (Ar. 2.124).

(43) Como advierte la sentencia de 28 de abril de 1975 (Ar. 2.122), no puede considerarse como justificación de la ausencia «el conocimiento que de ella tuvieron los jefes de la empresa, pues una cosa es ese conocimiento o notificación del hecho, y otra muy distinta la justificación del mismo».

(44) Sentencia de 5 de diciembre de 1967 (Ar. 4.304).

(45) Sentencia de 26 de marzo de 1974 (Ar. 1.235).

llegó a poder de la empresa hasta el día siguiente (46), o cuando no ha avisado al empresario de la enfermedad que le impide asistir al trabajo, pues «la incapacidad temporal no tan sólo ha de ser objetivamente cierta, sino que ha de constar por aviso al empresario..., porque esta falta de aviso convierte en injustificadas las faltas de asistencia» (47), «careciendo de virtualidad la alegación *a posteriori* de una incapacidad que, aunque hubiere sido cierta, no podría cambiar el signo de un despido que fue acordado y decidido con anterioridad, ajustándose estrictamente a la legalidad vigente en la realización de un acto jurídico perfecto y consumado» (48).

6. CONSIDERACION ESPECIAL DE LAS AUSENCIAS POR DETENCION O PRISION DEL TRABAJADOR

La situación derivada de las ausencias al trabajo consecuencia de la privación de libertad del trabajador, supuesto no previsto específicamente en la Ley de Contrato de Trabajo ni en la generalidad de las normas sectoriales, salvo alguna excepción (49), había sido valorada tradicionalmente por nuestra jurisprudencia en el sentido de que la misma podía dar lugar al despido por aplicación del artículo 77, ap. a) de aquella disposición, considerándose que «los actos represivos o sancionadores de la autoridad, determinados por la voluntaria y libre conducta del productor sobre que recaen, no pueden servir a éste de justificación para el incumplimiento de sus deberes laborales, *ni aun en el caso de que el operario detenido o procesado fuere posteriormente absuelto o sobreseídas las actuaciones gubernativas o judiciales*, ya que sobre no quedar vinculada la jurisdicción social en materia de su competencia por las resoluciones de otras jurisdicciones, la mera realidad de unas medidas liberatorias o absolutorias no autorizan a entender que la detención o prisión sufrida por el obrero con

(46) Sentencia de 28 de octubre de 1966 (Ar. 5.147); considerandos de la primera y segunda sentencias. Por el contrario, no parece que pueda sostenerse que el trabajador no avisó a la empresa con anticipación, cuando el día anterior a su falta al trabajo se extiende la oportuna comunicación que, «por las circunstancias que sean, y la vida moderna nos da ejemplo de la imposibilidad de evitar estos pequeños retrasos, llega a la empresa en las primeras horas de la mañana del primer día de su inasistencia al trabajo, lo que viene a poner de manifiesto que sin culpa suya sufre ese pequeño retraso» (sentencia citada de 5 de diciembre de 1967).

(47) Sentencia citada de 23 de junio de 1975; cfr. sentencia de 10 de junio de 1960 (Ar. 2.451). La solución jurisprudencial se comprende fácilmente si distinguimos, y así lo hace SAGARDOY (*op. cit.*, pág. 67), entre la justificación intrínseca de la ausencia y la justificación extrínseca, que es la que debe llevarse a cabo ante el empresario, y que vinculará a éste si cuenta con apoyo legal, reglamentario o contractual.

(48) Sentencia de 5 de mayo de 1967 (Ar. 1.980).

(49) Cfr. sentencia de 21 de febrero de 1970 (Ar. 1.109).

vistas al mantenimiento del orden público o jurídico, sean actos ilegales ni constituyan una reprochable e injustificada mortificación impuesta a una persona por los órganos representativos del Poder del Estado» (50).

El rigor del planteamiento expuesto, origen de consecuencias verdaderamente injustas al decidir la procedencia del despido prescindiendo de que se hubiera producido o no una sentencia condenatoria firme (51), determinó que la propia doctrina jurisprudencial elaborada por la Sala VI, consciente de tal deficiencia, evolucionase hacia soluciones más equitativas, precisando que «si bien esta Sala ha declarado reiteradamente que las faltas de asistencia al trabajo por detención o prisión del operario, en términos generales han de reputarse voluntarias, al presumirse la libertad de actuación o actividad del sujeto que con sus actos dio lugar a la medida privativa de libertad, *esto no significa que en todo caso haya de entrar en juego dicha presunción*, en cuanto puede suceder que la detención judicial o gubernativa sea preventiva y posteriormente se deje sin efecto por resultar que no se trataba de actividades motivadoras de sanción, o no se comió por el detenido el hecho que en principio se le atribuía, y, en tales supuestos, no hay posibilidad de presumir la voluntariedad ni imputar al interesado las consecuencias indirectas de unos actos que no ha realizado o no son merecedores de sanción alguna» (52), tesis que había ya apuntado con anterioridad alguna

(50) Sentencia de 22 de enero de 1968 (Ar. 224); lo subrayado es nuestro. La propia sentencia aclara que «la presunción de licitud [de la detención] ha de jugar siempre, y sólo ceder cuando expresa y terminantemente se demuestre lo contrario, siendo entonces cuando el ofendido puede pedir la oportuna reparación y, en su caso, pretender la restauración de su situación laboral si las circunstancias económicas, sociales y laborales de la empresa permiten su reintegro al antiguo puesto de trabajo». Pero esta afirmación, que pretende atenuar las consecuencias del razonamiento inicial, no desvirtúa el hecho de que el empresario pueda despedir desde el preciso instante en que las ausencias por privación de libertad del trabajador alcancen la entidad suficiente que permita calificarlas de «repetidas», aunque posteriormente no recaiga sentencia condenatoria alguna, supuesto este en el que la restauración de la situación laboral postulada, aunque posible, no operaría de modo automático, sino que estaría condicionada a que la posición de la empresa permitiese la reincorporación a la misma del trabajador despedido. Cfr. sentencias de 22 de diciembre de 1965 (Ar. 5.802) y 30 de junio de 1969 (Ar. 3.248).

(51) En este sentido, M. ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*, 6.ª edición (Barcelona, 1980), pág. 523.

(52) Sentencia de 5 de febrero de 1974 (Ar. 404). Cfr. sentencia de 12 de febrero de 1972 (Ar. 507). En la línea señalada se sitúa también la sentencia citada de 21 de febrero de 1970, según la cual «el supuesto de no asistencia al trabajo por causa de privación de libertad del obrero... ofrece aspectos de complejidad en la gama de las detenciones (sentido lato), que hacen preciso atender a los casos concretos, pues en la trascendental distinción entre la privación de libertad por 'condena' de los Tribunales, o resolución similar de autoridad de otro orden, y la detención o prisión 'preventiva', media la diferencia de la incontrovertible impuntualidad responsabiliza-

sentencia al declarar que «en algún excepcional caso... en el que cumplidamente se hubiere demostrado la arbitrariedad e injusticia con que hubiere actuado el organismo que acordare la privación de libertad del obrero que por eso mismo no pudiera asistir a su habitual ocupación, pueden tenerse en cuenta esas particulares y rarísimas circunstancias para legitimar la ausencia del trabajador de su puesto ordinario» (53), o que «en muchos casos la detención o prisión de un productor puede justificar su falta de asistencia al trabajo, con la consiguiente enervación de la causa de despido» (54).

Esta orientación, que parece inclinarse a estimar improcedente el despido y justificadas las ausencias al trabajo cuando la detención que las origina concluye en el sobreseimiento de las actuaciones realizadas o en un proceso con sentencia absolutoria, y en cuya configuración han influido de forma decisiva los casos en los que se debatía la aplicación del art. 96 de la OT para la «industria siderometalúrgica» (OM de 29 de julio de 1970; BOE de 25 de agosto) (55), ha recibido recientemente su confirmación legislativa en el Estatuto de los Trabajadores, el cual, superando definitivamente la doctrina jurisprudencial aludida al comienzo de este apartado, dispone que será causa de suspensión del contrato de trabajo la «privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria» (art. 45, núm. 1, g). Por consiguiente, en lo sucesivo será necesario esperar al resultado del proceso seguido contra el trabajador para decidir con acierto sobre la posible extinción del contrato mediante despido basado en las

dora del 'ilícito', base causal mediata de la falta laboral, obstativa a la justificación de la propia conducta ilegal, que repulsaría el más rudimentario sentido de lo ético en el primer caso, mientras que en la detención preventiva no hay —en rigor de principios jurídicos— certidumbre en orden a la imputabilidad del ilícito en tanto no se produzca la resolución definitiva pertinente».

(53) Sentencia de 6 de octubre de 1966 (Ar. 4.111).

(54) Sentencia de 24 de mayo de 1960 (Ar. 2.375).

(55) Dicho precepto, que establece que «no se considerará injustificada la falta al trabajo que derive de detención del trabajador si éste, posteriormente es absuelto de los cargos que se le hubieren imputado», ha sido interpretado como constitutivo de «un desarrollo o especificación de la expresión genérica e inconcreta de 'faltas... injustificadas... de asistencia al trabajo' empleada en el art. 77 de la Ley de Contrato de Trabajo, y, por consiguiente, dicho artículo de la ordenanza es aplicable para apreciar cuando la inasistencia al trabajo por detención ha de considerarse o no justificada» (sentencia citada de 2 de diciembre de 1975). Con anterioridad, ya la sentencia de 26 de abril de 1972 (Ar. 3.560) había decidido, con ocasión de discutirse la aplicación al caso del mencionado precepto, la procedencia del despido del trabajador, porque no aparecía en los hechos probados «dato alguno que justifique la ausencia del trabajador, pues estando detenido, nada consta sobre su absolución o que dicha detención haya concluido sin sanción, lo que hubiera podido implicar la mera suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, la readmisión del obrero en su caso» (lo subrayado es nuestro). Cfr. sentencias de 16 de octubre de 1972 (Ar. 4.225) y 8 de octubre de 1977 (Ar. 3.889).

faltas de asistencia (repetidas) provocadas por la privación de libertad de que haya sido objeto, pues en tanto ese resultado no se produzca, al estar suspendido el contrato, el despido acordado en tales circunstancias «se considerará nulo si la jurisdicción competente no aprecia su procedencia» (artículo 55, número 6 Estatuto).

JAVIER GÁRATE CASTRO
(Universidad de Santiago)

