

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 61/2019 de 28
Ene. 2019, Rec. 667/2017**

Ponente: Gullón Rodríguez, Jesús.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 667/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 61/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

En Madrid, a 28 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la procuradora D^a Ana Isabel Bort Marcos, en nombre y representación de Zara España, S.A., contra la sentencia de 12 de diciembre de 2016 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid en el recurso de suplicación núm. 1778/2016 , formulado frente a la sentencia de 22 de junio de 2016 dictada en autos 220/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid seguidos a instancia de D^a María Antonieta contra Zara España, S.A. sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D^a María Antonieta representada por el procurador D. Jorge Nuño Alcaraz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de junio de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimo la demanda interpuesta por Doña María Antonieta contra la empresa ZARA ESPAÑA, S.A., declaro la improcedencia del despido y condeno a la empresa demandada a que en el plazo de CINCO DÍAS, contados a partir de la notificación de esta resolución, opte entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le abone una indemnización de 33.343 euros.- En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.- Si la empresa opta por la readmisión la trabajadora deberá devolver la indemnización percibida y de hacerlo por la indemnización podrá compensarla con la recibida por la trabajadora.- En el supuesto de optar la empresa por la readmisión deberá abonar

al trabajador los salarios dejados percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 46,44 euros diarios."

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "**Primero.-** La demandante, Doña María Antonieta , con DNI nº NUM000 , ha venido prestando servicios para la empresa Zara España SAU, con una antigüedad de 10/09/1998, categoría profesional de Dependienta Primera, y percibiendo un salario mensual de 1.412,47 euros, con inclusión de pagas extras.- **Segundo.-** Con fecha 18/02/2016 recibió carta de despido objetivo, la cual se da íntegramente por reproducida a los folios 16 y 17.- **Tercero.-** Su médico a atención primaria certifica: "La paciente, Dña. María Antonieta con DNI nº NUM000 , ha estado en tratamiento de la infección por H pylori y como consecuencia del cual, precisó períodos de baja médica con distintas fechas: 5 de diciembre de 2015 a 9 de diciembre 2015, del 17 diciembre 2015 al 28 diciembre 2015 y del 8 enero 2016 al 18 de enero 2016".- **Cuarto.-** En la gastroscopia de 16/12/2015 (folio 124) se diagnostica lo siguiente: Lesiones agudas de la mucosa gástrica. Test de Helicobacter Pylori: Positivo.- **Quinto.-** La parte demandante presentó conciliación previa el 26/02/2016, celebrándose el acto el 14/03/2016, con el resultado de "sin avenencia".".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Castilla y León en Valladolid, dictó sentencia con fecha 12 de diciembre de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por ZARA ESPAÑA, S.A., contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Valladolid (autos 220/16) de fecha 22 de junio de 2016 dictada en virtud de demanda promovida por D^a María Antonieta contra referida recurrente sobre DESPIDO. Asimismo, decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, ordenamos se dé el destino legal a las cantidades consignadas o a las garantías prestadas para el cumplimiento de la condena, lo cual habrá de tener lugar una vez sea firme esta sentencia, y condenamos ala parte recurrente a abonar la suma de 400 euros en concepto de honorarios de letrado de la parte que impugnó la suplicación formalizada."

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Zara España, S.A. el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de junio de 2016 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 5 de octubre de 2017, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 17 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debemos resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina el problema referido al modo temporal en el que han de computarse las ausencias intermitentes y justificadas al trabajo por enfermedad cuando superan el 20% de las jornadas hábiles en un periodo de dos meses, cuando en un año anterior esas ausencias también alcanzan el 5% de dichas jornadas, y más específicamente si ese tiempo de doce meses ha de contarse hacia atrás desde la fecha del despido para hallar ese porcentaje, o por el contrario deberá hacerse desde los dos meses de cómputo que se han tenido en cuenta, también hacia atrás.

En el caso al que hemos de dar respuesta la trabajadora demandante estuvo en situación de incapacidad temporal durante los períodos siguientes: entre el 5 y el 9 de diciembre de 2015, desde el día 17 hasta el 28 del mismo mes y año y entre el 8 y el 18 de enero de 2016. Consta en

las actuaciones que la causa de dichas bajas por enfermedad fue el padecimiento por la demandante de infección por *Helicobacter Pylori*.

Por causa de esas ausencias la empresa le remitió carta de despido en fecha 18 de febrero de 2016 al amparo de lo previsto en el artículo 52 d) ET, al entender que las mismas superaban el 20% de las jornadas de trabajo en dos meses consecutivos -desde el 17 de diciembre de 2015 al 17 febrero de 2016- y que en los doce meses anteriores al despido el índice de ausencias justificadas superaba el 5% de las jornadas de trabajo.

Interpuesta demanda por despido, el Juzgado de lo Social número 1 de los de Valladolid declaró la improcedencia del despido en la sentencia de fecha 22 de junio de 2016, por entender que el porcentaje a superar del 5% de las jornadas a que se refiere el precepto debería computarse doce meses hacia atrás desde los dos meses computados para hallar el 20% de ausencias injustificadas, lo que en el caso no se cumplía, porque no constaba la existencia de ninguna ausencia.

Recurrida en suplicación por la empresa, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, en la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2016 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia. Para llegar a tal conclusión se ofrecen en ella extensos y cuidados razonamientos entre los que cabe destacar los siguientes:

"... se contemplan sin lugar a duda dos parámetros o pautas cronológicas referenciales para medir el absentismo, referentes temporales que han de ser objeto, además, de suma o adición: el protagonizado "en dos meses consecutivos" y que alcance el 20% de las jornadas hábiles localizadas en ese tiempo; y el protagonizado en los doce meses anteriores" y que alcance el 5% de las jornadas hábiles. En segundo lugar, pese a que la construcción literaria que se plasma en el precepto estatutario que se está comentando es manifiestamente mejorable, porque a partir de esa construcción o, lo que es lo mismo, a partir de la primera y principal regla de interpretación de lo normativo en que consiste el alcance de los términos con los que se expresa la norma, se llegaría también a la conclusión que se está defendiendo en esta sentencia: las "faltas de asistencia en los doce meses anteriores" que han de alcanzar el 5% de las jornadas hábiles, es una medida o un parámetro temporal cuyo cómputo en el texto de la norma no aparece referenciado o asociado a la fecha del despido objetivo actuado, sino a los "dos meses consecutivos" en los que ha de localizarse un absentismo que alcance el 20% de las jornadas hábiles. En tercer lugar, porque el parecer que aquí se está asumiendo es el que tiene mejor acomodo con la justificación del despido objetivo por causa del absentismo laboral que se está comentando, puesto que esa justificación parece situarse en el hecho de un absentismo prolongado en el tiempo -manifestado a lo largo de 12 meses, aunque no se produzca en todos y cada uno de esos meses-, que tiene cierta trascendencia o repercusión en el ámbito de la prestación laboral -ha de alcanzar el 5% de las jornadas hábiles existentes en esos 12 meses-, y que en un momento posterior a ese tiempo se exacerba o acrece, al punto de alcanzar un 20% de las jornadas hábiles durante los 2 meses posteriores a aquellos 12 precedentes".

A lo que añade la sentencia recurrida, entre otros razonamientos, que tampoco hay justificación objetiva alguna para no aceptar la interpretación de que el legislador haya querido establecer dos períodos de tiempo definitivamente diferenciados según se trate de ausencias constatadas en dos meses consecutivos o en cuatro meses discontinuos, en un periodo de doce.

Por último, la sentencia recurrida entiende que, mantenida la calificación del despido improcedente, no era necesario resolver la cuestión planteada por la demandante relativa a la pretensión de que se incluyera su enfermedad dentro del catálogo de faltas de asistencia excluidas del posible cómputo de las bajas, por considerar que las acogidas por la empresa habían de ser catalogadas como procedentes de enfermedad grave, razón por la que no podrían ser tenidas en cuenta en ningún caso a efectos del despido por causas objetivas.

SEGUNDO.- Recurre ahora la empresa la referida sentencia en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción del artículo 52 d) ET y proponiendo como sentencia de

contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 22 de junio de 2016 (recurso 335/2016), en la que, como va a verse enseguida, ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales a los de la sentencia recurrida se alcanza sin embargo una solución totalmente contrapuesta.

Se trataba en ella también del despido objetivo basado en el art. 52 d) ET de una trabajadora despedida el 22 de septiembre de 2014 que había sobrepasado los límites de faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, previstas en la norma, superando el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos comprendidos del 12 de febrero al 12 de abril de 2014, sobre las bajas concretas siguientes: en el referido periodo -43 jornadas hábiles- es decir durante dos meses consecutivos, había faltado al trabajo 12 días, como consecuencia de IT por contingencias comunes, los días 12 y 14 de febrero de 2014 y desde el 31 de marzo al 11 de abril de 2014, lo que suponía un 27,9% de absentismo. Así mismo también se constataba que las faltas de asistencia al trabajo de la actora en los últimos 12 meses suponían un índice de absentismo del 6,28 % de las jornadas hábiles, las cuales ascendieron a 223. También se constataba que en el periodo comprendido entre el 27/12/2013 y el 13/06/2014, la actora no acudió a trabajar por encontrarse en situación de incapacidad temporal por enfermedad común, los días 27/12/2013, 12/02/14, 14/03/2014, del 31/03/2014 al 11/04/2014 y el 13/06/2014, ausentándose un total de 14 días laborables.

Sobre tales elementos de hecho, la sentencia de contraste razona de manera opuesta a la recurrida, porque afirma que el problema interpretativo del caso afectaba al párrafo primero del art. 52 d) ET , según el cual procede el despido objetivo "Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses".

Para la sentencia de contraste "...la norma transcrita contempla dos fórmulas numéricas. Una mide las ausencias laborales de las jornadas hábiles considerando a tal efecto, por un lado, dos meses (en los cuales debe haber 20% de faltas) y, por otro, doce meses (en los cuales debe haber 5% de faltas). El otro supuesto mide las ausencias laborales de las jornadas hábiles durante un período de 4 meses discontinuos (en los cuales debe haber un 25% de faltas) ... este Tribunal entiende que ambas formas de cálculo tienen en común que las ausencias laborales han de computarse en un período único de doce meses. Por dos razones. La primera consiste en que, si se siguiera el criterio de la sentencia impugnada, la duración del período de ausencias a considerar sería variable en cada caso, en función de la fecha en que hubieran tenido lugar las bajas computadas en el período de 2 meses que debe reunir un 20% de ausencias laborales. La segunda razón radica en que no sería coherente que la segunda fórmula de cálculo de ausencias tomara en cuenta un período de 12 meses mientras la primera fórmula de cálculo considerara un período mayor, pues la única diferencia entre ambas fórmulas se refiere al volumen de ausencias, según se produzcan en meses consecutivos o discontinuos, pero no a los meses totales de ausencias computables, que son comunes en ambos casos: "dentro de un periodo de doce meses".

Como ya se ha dicho antes, resulta evidente la contradicción entre las sentencias comparadas, porque a la hora de abordar el mismo problema jurídico llegan a soluciones contradictorias, lo que determina que, de conformidad con lo que previenen los artículos 219 y 228 LRJS la Sala entre a conocer del fondo del asunto señalando la doctrina que resulte ajustada a derecho, lo cual ya se ha llevado a cabo por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en un precedente cercano, que se contiene en la STS 316/2018, de 19/03/2018 (rcud. 10/2016) a la que aquí nos atendremos por razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y que comparte el criterio de la sentencia que en el presente recurso se invoca como de contraste.

TERCERO.- 1. Hay que coincidir con la sentencia recurrida en que la letra d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores no es una norma sencilla de interpretar y por ello ha proporcionado no pocos problemas jurídicos de los que han conocido muy frecuentemente los Tribunales de

Justicia, nacionales y europeos. Recordemos la literalidad del precepto, en el que se dice que el contrato de trabajo podrá extinguirse:

"Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses."

Aunque el despido que abordamos en el presente recurso se refiere a la primera de las modalidades reguladas, esto es la que contempla el 20% de las ausencias intermitentes y justificadas en un periodo ininterrumpido de dos meses, entendemos que el tiempo común de cómputo en la regulación del despido objetivo por ausencias justificadas, en sus dos modalidades, es el módulo de un año, a contar desde el despido hacia atrás, durante el que deberán haberse producido las circunstancias que el precepto regula. Es cierto que, como afirma la sentencia recurrida, nada hubiera impedido que la regulación legal hubiera contemplado distintas formas de cómputo, módulos temporales diferentes para ambas modalidades, pero la realidad es que del propio texto del precepto aparece que esa regulación es única en este punto, remitiéndose a la referencia del año en todo caso.

2. A esa misma conclusión llegó esta Sala en la STS nº 316/2918 antes citada, a cuya doctrina ahora nos atenemos, lo que determina que, aplicándola al caso presente debamos afirmar que no resulta ajustada a la norma ni a esa doctrina unificada la adición de ambos periodos que lleva a cabo la sentencia recurrida, situando el cómputo de los doce meses en los que ha de tener lugar el cálculo de las ausencias intermitentes que alcancen el 20% en dos meses consecutivos, en el inicio de éstos hacia atrás, extendiéndose entonces realmente de manera legalmente inadecuada el periodo a tener en cuenta a catorce meses: dos enlazados para el análisis de las ausencias intermitentes que alcancen ese 20%, y los doce inmediatamente anteriores para analizar si en ellos se ha producido el 5%, cuando lo que procede, según lo razonado y ahora reiteramos es que los doce meses de tiempo total a tener en cuenta es un tiempo único que ha de computarse desde el despido hacia atrás, para tomar dos de ellos consecutivos en los que se alcance el 20% de las ausencias, en un total de faltas al trabajo en ese mismo tiempo de doce meses, de al menos el 5% de las jornadas hábiles.

CUARTO.- De todo lo razonado hasta ahora se desprende que el recurso de casación para la unificación de despido planteado habrá de estimarse, oído el Ministerio Fiscal, para casar y anular la sentencia recurrida, y al llegar a éste punto hemos de resolver el debate planteado en el trámite de suplicación, tal y como exige el artículo 228.1 LRJS , también en el punto suscitado por la parte recurrida sobre la naturaleza de las causas de las bajas que por enfermedad fueron computadas a efectos del despido, que a lo largo de todas las actuaciones alegó que se trataba de una enfermedad grave, excluida por tanto del cómputo de bajas intermitentes, tal y como se expresa en el párrafo segundo de la letra d) del artículo 52 ET , lo que exige que la estimación del recurso comporte la devolución de las actuaciones para que la Sala de suplicación, partiendo de la existencia de la causa objetiva prevista en el párrafo primero de la letra d) del artículo 52 ET , resuelva sobre la naturaleza de la enfermedad o enfermedades que dieron lugar a las bajas computadas y su posible exclusión de dicho cómputo, con las consecuencias legales que de ello pudieran derivarse.

Sin costas (art. 235.1 LRJS) y con devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la procuradora D^a Ana Isabel Bort Marcos, en nombre y representación de Zara España, S.A., contra la sentencia de 12 de diciembre de 2016 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid en el recurso de suplicación núm. 1778/2016 . formulado frente a la sentencia de 22 de junio de 2016 dictada en autos 220/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid seguidos a instancia de D^a María Antonieta contra Zara España, S.A. sobre despido.

2º) Casar y anular la sentencia y resolviendo el debate planteado en suplicación acordamos la devolución de las actuaciones para que la Sala de Valladolid, partiendo de la existencia de la causa de despido objetivo prevista en el párrafo primero de la letra d) del artículo 52 ET , resuelva sobre la naturaleza de la enfermedad o enfermedades que dieron lugar a las bajas computadas y su posible exclusión de dicho cómputo, con las consecuencias legales que de ello pudieran derivarse.

3º) Ordenar la devolución del depósito constituido por la empresa para recurrir.

4º) Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.