

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 316/2018 de 19 Mar. 2018, Rec. 10/2016

Ponente: Virolés Piñol, Rosa María.

Nº de Sentencia: 316/2018

Nº de Recurso: 10/2016

Jurisdicción: SOCIAL

El cálculo del 5% de absentismo laboral como causa de despido ha de ser de los doce meses anteriores

DESPIDO OBJETIVO. Por faltas de asistencia al trabajo aun justificadas pero intermitentes. El día clave para computar los 12 meses en que se ha producir el 5% de absentismo de las jornadas hábiles es el de la fecha de despido hacia atrás. Las ausencias que superan el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, aunque sea durante el periodo de baja, se han de integrar en este "periodo largo" de doce meses.

El Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina, casa sentencia del TSJ Cataluña, y declara procedente el despido objetivo del trabajador por faltas de asistencia al trabajo justificadas.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 10/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 316/2018

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

En Madrid, a 19 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la sociedad Ambulancias Domingo, S.A.U. representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistida por el letrado D. Prudencio González González contra la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en recurso de suplicación nº 4145/2015 interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona , en autos nº 184/14, seguidos a instancias de D. Victorio contra Ambulancias Domingo, S.A.U. sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Victorio representado por la procuradora D^a. Fuencisla Martínez Minguez y asistido por el letrado D. Albert Navarrete Gadea.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimo la demanda presentada por Victorio contra AMBULANCIAS DOMINGO, S.A.U. sobre despido, y declaro la IMPROCEDENCIA del despido de la demandante realizado con efectos del día 14/2/2014, y en consecuencia:

1º.- Condeno a la sociedad demandada a que opte entre readmitir al actor en su lugar de trabajo o, en caso contrario, le abone la indemnización de 21.361,58 euros, de los que se debería descontar la percibida de 11.350,32 euros, siendo la diferencia de 10.011,26 euros. Se advierte a la parte demandada de que la opción la debe realizar en el plazo de cinco días y, si no lo hace así, se entiende que opta por la readmisión.

2º.- En caso de que opte por la readmisión, debe abonar a la trabajadora una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de la reincorporación en su puesto de trabajo a razón del salario de 62,19 euros diarios.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «Primero.- La parte demandante D. Victorio , con DNI número NUM000 , ha prestado sus servicios a la empresa demandada desde el día 27/2/2006, con la categoría profesional de conductor, con un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo y un salario bruto mensual de 1.871,72 euros, con inclusión de prorrateo de pagas extras (hecho reconocido expresamente por las partes).

Segundo.- El día 14/2/2014 la empresa notificó al trabajador demandante una carta de despido objetivo de la misma fecha, basándose en faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes, y concretamente de los días 18/11/2013 hasta el 2/12/2013 y del 3/1/2014 al 10/1/2014 que estuvo en situación de baja médica por contingencias comunes, y aplicando el periodo temporal del 18/11/2013 al 17/1/2014 debía trabajar un total de 43 días y faltó 18, lo que supone un 41,8 % de sus jornadas; y tomando como referencia el periodo del 18/1/2013 al 17/1/2014, teniendo en cuenta que debería haber trabajado 225 días, estas 18 jornadas representan un 8 % del total. Se decía en la carta que se le ponía a disposición la indemnización de 11.350,32 euros, que le fueron abonados mediante transferencia bancaria (folios 34 y 35 y manifestación de la parte actora en el escrito de demanda).

Tercero.- La baja médica iniciada el 3/1/2014 fue por un episodio de bronquitis y, según la médica de familia, fue una recaída del proceso gripal anterior, aunque en el documento de baja médica no consta que sea una recaída (folios 50 y 66).

Cuarto.- El acto preceptivo de conciliación administrativa se agotó con el resultado siguiente de sin avenencia.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Ambulancias Domingo, S.A.U. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 1 de diciembre de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación que formula AMBULANCIAS DOMINGO SAU, contra la sentencia del juzgado social 3 de BARCELONA, autos 184/2014 de fecha 15 de octubre de 2014, seguidos a instancia de Victorio , contra AMBULANCIAS DOMINGO S.A.U., sobre acomiadament, debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos.

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito constituido y al mantenimiento del aseguramiento prestado, a cuyas cantidades se dará el destino legal una vez conste la firmeza de esta resolución, así como al pago de las costas causadas, entre las que se comprenderán los honorarios del Letrado impugnante que la Sala, fija en la suma de 250 euros.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, la representación procesal de Ambulancias Domingo SAU interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 5 de mayo de 2014 (rec. suplicación 147/2014).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no siendo impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones

al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 7 de febrero de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de diciembre de 2015 (rec. 4145/2015), en la que consta que el trabajador demandante fue despedido por la empresa que recibía sus servicios laborales debido a causas objetivas del art. 52.d) ET, siendo la cuestión suscitada la fijación del *dies ad quem* para el cómputo del periodo de los 12 meses en que se ha producir el índice de absentismo del 5%.

El trabajador causó bajas médicas por contingencias comunes desde el 18 de noviembre al 2 de diciembre de 2013 y desde el 3 al 17 de enero de 2014, siendo despedido el día 14/02/2014 por faltas de asistencia al trabajo del citado art. 52.d) ET.

Señala la sentencia recurrida que aplicando el periodo temporal de 18-11-2013 al 17-01-2014, el actor debía trabajar un total de 43 días, y faltó al trabajo 18, lo cual supone un 41,8% de sus jornadas, y tomando como referencia el periodo 18-01-2013 al 17-01-2014, teniendo en cuenta que tendría que haber trabajado 225 días, estas 18 jornadas en las que faltó representa un 8% del total (H.P. 2º).

La sentencia recurrida confirma la dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Barcelona de 15 de octubre de 2014 (autos 184/2014), que declaró la improcedencia del despido por entender que el día a partir del cual debe computarse hacia atrás el plazo de los 12 meses del art. 52.d) ET debe realizarse desde el 18/11/2013, no alcanzando en ese periodo el 5% de las faltas de asistencia. La sentencia argumenta que los periodos de incapacidad temporal computados para el periodo corto de los 2 meses no deben computarse también para el largo, porque de ser así se infringiría el *principio non bis in idem*.

SEGUNDO.- 1.- Disconforme con dicha resolución, por la empresa demandada, se interpone contra la misma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, designando como sentencia de contraste, la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de mayo de 2014 (R. 174/2014).

En el caso que resuelve dicha sentencia referencial, la trabajadora prestaba servicios para la demandada Konecta BTO SL, como teleoperadora, con un contrato de duración determinada, hasta que fue despedida el 17/10/2012 por causas objetivas derivadas de la falta de asistencia al trabajo, con efectos desde esa fecha, constando que en el periodo de 03/07/2012 a 03/09/2012 la actora permaneció en situación de incapacidad temporal (IT) del 3 a 6 de julio, ambos inclusive, el 10 y el 17 de julio, y del 7 al 10 de agosto ambos inclusive (HP 3º), lo que supone un total de 10 días; y que en el año anterior al despido el total de días de la actora en IT fueron 19, siendo el total de jornadas hábiles en ese mismo periodo de 229 (HP 4º).

En la demanda de despido la trabajadora solicitaba la declaración de improcedencia del mismo por no cumplirse los requisitos exigidos en el art. 52.d), en su redacción dada por la L 3/2012, que es la aplicable al caso.

La sentencia de instancia estimó la demanda al apreciar que se había realizado por la empleadora un cómputo incorrecto de los días de ausencia, centrándose la cuestión en la fijación del *dies ad quem* para la determinación de los 12 meses anteriores en los que ha de concurrir el requisito de las ausencias del 5% de la jornada hábiles. La sentencia considera que no pueden computarse doblemente las ausencias de los 2 meses consecutivos para determinar los porcentajes del 20 y del 5% y que, por tanto, las ausencias del periodo de 12 meses deben computarse desde la primera ausencia considerada en los 2 meses consecutivos. En nuestro caso, desde el 3 de julio, lo que supondría un periodo de 12 meses desde el 04/07/2011 a 03/07/2012.

Sin embargo, la sentencia de suplicación, designada como referencial, estima el recurso de la empresa y declara su procedencia, al entender que las faltas de asistencia de la actora sí tienen encaje en el art. 52 d) ET de acuerdo con la interpretación que realiza de dicho precepto, según la cual las dos fórmulas numéricas establecidas en su párrafo primero tienen como referencia el periodo de 12 meses, siendo la única diferencia entre ambas el volumen de ausencias, según se produzcan éstas en meses consecutivos o discontinuos. Pero el periodo de 12 meses es común en ambos casos, y así, si el despido de la actora tuvo lugar el 17/10/2012, el periodo a computar para ambas fórmulas numéricas es desde el 18/10/2011 a 17/10/2012 y en ese periodo ha habido 2 meses que las ausencias laborales han sido superiores al 20% (los 10 días de ausencias indicadas en el HP 3º); y las producidas en los 10

meses restantes suman 9 (HP 4º), que sumadas a las anteriores alcanzan el 5% de las jornadas hábiles.

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R. 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007 , 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010 , 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007 ; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007 ; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y 2613/2007 ; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007 ; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007 ; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009 , R. 3014/2007 y 1138/2008 , 4 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011).

3.- Ha de estimarse que las sentencias son contradictorias porque fijan de manera diferente el *dies ad quem* para la determinación del periodo retroactivo de los 12 meses en que ha de comprobarse el requisito de las ausencias del 5% del art. 52.d) ET , pues la recurrida lo hace desde la fecha inicial de la primera baja computada en el periodo "corto" de los 2 meses, mientras que la de contraste lo hace desde la fecha del despido considerando todas las ausencias computables. Se cumplen pues, las exigencias del art. 219 de la LRJS , por lo que procede examinar los motivos de fondo del recurso.

TERCERO.- 1.- Denuncia el recurrente la infracción por aplicación errónea de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 52 d) del ET .

Como evidencia la sentencia recurrida confirmando la de instancia, la cuestión litigiosa queda centrada en determinar el periodo computable a efectos de establecer si se cumple el requisito de que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles a que se refiere el segundo requisito del precepto referido al periodo largo de los 12 meses anteriores, y en concreto si se han de computar los 2 meses del periodo corto; es decir, cual es el día a partir del cual debe computarse hacia atrás el plazo de los 12 meses, si desde la fecha que se toma como referencia en la comunicación al trabajador el 17 de enero de 2014, ó en su caso desde los 12 meses anteriores a la fecha del despido. Todo ello, sin estar en discusión en el caso, las faltas de asistencia al puesto de trabajo, y en concreto las bajas médicas desde el 18-11-2013 hasta el 2-12-2013 y desde el 03-01-2014 al 10-01-2014, ni tampoco si existe o no un proceso único por recaída en relación a tales periodos, que siendo de la misma etiología no cumpliría el requisito de "intermitencia".

2.- Partiendo de los términos en que ha quedado centrada y limitada la cuestión litigiosa, el recurso ha de estimarse.

Conforme al art. 52 d) del ET , procede el despido objetivo "*por faltas de asistencia al trabajo, aún 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 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de su periodo de doce meses*".

El dies ad quem para el cómputo del plazo de doce meses, será la fecha del despido que es la que determina en todo caso la normativa de aplicación al mismo.

El precepto establece dos periodos computables: El primero respecto a las ausencias laborales de las jornadas hábiles considerando los dos meses de los cuales debe haber un 20% de faltas de asistencia; y el otro, el de los doce meses, de los cuales debe haber un 5% de faltas de asistencia; éste último es el discutido en el presente recurso. El otro supuesto que refiere la norma, mide las ausencias de las jornadas hábiles durante el periodo de cuatro meses, en las que tiene que haber un 25% de faltas de asistencia; supuesto éste que tampoco se discute en el presente recurso.

Pues bien, *el primer plazo (que denominaremos corto) de dos meses o cuatro según el caso, y el segundo plazo -que es el discutido- (que denominaremos largo) de doce meses, es claro que han de coincidir en un único periodo de doce meses*, aunque el criterio para su cómputo sea distinto respecto al primero en función de las bajas computables que hubieren tenido lugar. *La diferencia entre ambos periodos radica exclusivamente en el volumen de ausencias que podrá variar según se produzcan en meses consecutivos o discontinuos, pero no va a variar respecto a los meses totales de ausencias computables, que son comunes de doce meses.*

Partiendo de ello, y de los datos que constan acreditados y aceptados (hecho probado segundo), resulta que las 18 faltas de asistencia que se encuentran dentro del periodo a considerar (15-02-2013 a 14-02-2014), representan más del 5% a que se refiere la norma.

Ello determina la estimación del recurso, y resolviendo el debate en suplicación, la estimación del recurso de tal naturaleza formulado por la empresa recurrente por las razones expuestas en la presente resolución, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda.

CUARTO.- Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso, conforme con el informe del Ministerio Fiscal, y resolviendo el debate en suplicación en los términos señalados, estimar el recurso formulado por la empresa ahora recurrente, revocando la sentencia recurrida y desestimando la demanda. Sin costas (art. 235 LRJS), acordando la devolución del depósito y aseguramientos efectuados para recurrir.

FALLO

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

:

1.- Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Prudencio González González en nombre y representación de la empresa AMBULANCIAS DOMINGO SAU., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 1 de diciembre de 2015, en recurso de suplicación nº 4145/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona , en autos seguidos con el nº 184/2014, a instancias de D. Victorio frente a la empresa recurrente.

2.- Revocar la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, estimar el recurso de tal naturaleza interpuesto por la recurrente, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda.

3.- Sin costas. Se acuerda la devolución del depósito y aseguramientos efectuados para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.