



Roj: **STSJ CAT 11778/2015 - ECLI: ES:TSJCAT:2015:11778**

Id Cendoj: **08019340012015107126**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2015**

Nº de Recurso: **4145/2015**

Nº de Resolución: **7121/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL MAR GAN BUSTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2014 - 8011738

EL

Recurso de Suplicación: 4145/2015

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 1 de diciembre de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 7121/2015

En el recurso de suplicación interpuesto por Ambulancias Domingo S.A frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Barcelona de fecha 15 de octubre de 2014 , dictada en el procedimiento Demandas nº 184/2014 y siendo recurrido/a Íñigo . Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MAR GAN BUSTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de marzo de 2014, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 15 de octubre de 2014 , que contenía el siguiente Fallo:

""Estimo la demanda presentada per Íñigo , contra AMBULANCIAS DOMINGO, SAU, sobre acomiadament, i declaro la IMPROCEDÈNCIA de l'acomiadament de la demandant realitzat amb efectes del dia 14.02.14, i en conseqüència

1r.- Condemno a la societat demandada a que opti entre readmetre a l'actor en el seu lloc de treball o, en cas contrari, li aboní la indemnització de 21.361,58 euros, dels quals s'ha de descomptar la percebuda de 11.350,32 euros, sent la diferència de 10.011,26 euros. S'adverteix a la part demandada que l'opció l'ha de realitzar en el termini de cinc dies, i si així no ho fa s'entén que opta per la readmissió.



2n.- Cas que opti per la readmissió ha d'abonar a la treballadora una quantitat igual a la suma dels salaris deixats de percebre des de la data de l'acomiadament fins la data de la reincorporació al seu lloc de treball a raó del salari de 62,19 euros diaris.""

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" *Primer* .- La part demandant Don. Íñigo , amb DNI NUM000 , ha prestat els seus serveis a l'empresa demandada des del dia 27.02.06, amb la categoria professional de Conductor, amb un contracte de treball indefinit a temps complert i un salari brut mensual de 1.871,72 euros, amb inclusió de prorrata de pagues extres (fet reconegut expressament per les parts).

Segon .- El dia 14.02.14 l'empresa va notificar al treballadora demandant una carta d'acomiadament objectiu de la mateixa data, basant-se en faltes d'assistència al treball justificades però intermitents, i concretament dels dies 18.11.13 fins el 02.12.13 i del 03.01.14 al 10.01.14 que va estar en situació de baixa mèdica per contingències comunes, i aplicant el període temporal de 18.11.13 al 17.01.14 havia de treballar un total de 43 dies i en va faltar 18, la qual cosa suposa un 41,8 % de les seves jornades; i prenent com a referència el període de 18.01.13 al 17.01.14, tenint en compte que hauria d'haver treballat 225 dies, aquestes 18 jornades representa un 8 % del total. Es deia a la carta que se li posava a disposició la indemnització d'11.350,32 euros, els quals li van ser abonats mitjançant transferència bancària (folis 34 i 35 i manifestació de la part actora en l'escrit de demanda).

Tercer .- La baixa mèdica iniciada el 03.01.14 va ser per un episodi de bronquitis, i segons la metgessa de família va ser una recaiguda del procés gripal anterior, si bé en el document de baixa mèdica no consta que sigui una recaiguda (foli 50 i 66).

Quart .- L'acte preceptiu de conciliació administrativa es va esgotar amb el següent resultat de sense avinença."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estima la demanda de despido improcedente, se alza en suplicación la parte demandada articulando el recurso por la vía del apartado c del art 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social que impugna la parte actora.

Centrando los términos del recurso en la revocación de la sentencia de instancia y desestime la demanda de los pedimentos del actor.

Como motivo de censura jurídica alega la infracción del art 52.d del ET ya que excluidas las faltas debidas a las causas expresadas en los párrafos 2 y 3 de la norma en un plazo de 12 meses debe haberse superado el 5% de faltas y de estas un porcentaje mínimo del 20% deben estar concentradas en el plazo de dos meses consecutivos o alcanzar el 25% si se toman cuatro meses discontinuos , ya que ni el ET ni el resto de la Legislación reguladora de las relaciones laborales existe norma alguna donde se refleje la forma de encuadrar el período de fechas que se debe de tomar para analizar si se alcanza ese porcentaje mínimo necesario para proceder al despido objetivo por absentismo por lo que la formula empleada por al empresa para dicha determinación la de contar desde el día final del plazo computado para el primer período de dos meses hacia atrás resulta un método válido que no contraviene norma alguna.

Es necesario precisar que la mención de sentencias de Tribunal Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas, no constituyen jurisprudencia de conformidad con el art 1.6 del Código Civil ,que establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca en Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho .

Partiendo del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia que se da por reproducido a todos los efectos en este fundamento.

SEGUNDO.- El art. 52.d del ET , establece lo siguiente: Extinción del contrato por causas objetivas .El contrato podrá extinguirse: 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 período de doce meses..No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante



el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

TERCERO. -Ya que como la propia parte recurrente reconoce la cuestión que suscita el debate y lo establece la sentencia de instancia es la determinación del período que debe de considerarse computable a los efectos de establecer si se cumple el requisito que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornada hábiles es definitiva el día a partir del cual debe de computarse hacia atrás, el plazo de los 12 meses, desde la fecha que se toma como referencia en la comunicación al trabajador el 17 de enero de 2014, que si lo cumple a criterio de la parte recurrente o en su caso desde los 12 meses anteriores a esta última que es el criterio que alega la parte actora.

CUARTO. - Hay que precisar que como hace mención la sentencia de instancia esta Sala ha resuelto la cuestión que plantea la parte recurrente en sentido contrario al que reclama en las sentencias de 9 de abril de 2013 y la de 24 de mayo de 2002, aplicando en esta última sentencia la jurisprudencia del TS que posteriormente se mencionará y también lo tiene en cuenta la sentencia de instancia.

QUINTO. - No siendo motivo de controversia como lo alega la parte actora en la impugnación del recurso de suplicación los días que faltó al puesto de trabajo, es decir las bajas médicas desde el 18.11.2013 hasta el 2 de diciembre de 2013 y desde el 3 de enero de 2014 al 10 de enero de 2014 y lo que se analiza en la sentencia de instancia es lo referente al período largo de los doce meses a los que se refiere el art 52. d del ET ,es decir si el período largo de los 12 meses se computa desde el 18.11.2012 al 17.11.2013 siendo ajustado a derecho y desde el 18.11.2013 al 17 de enero de 2014 como período corto , ya que las bajas médicas que no se tienen en cuenta son las del año 2013, que no hace mención la carta de despido, para el calculo del absentismo pues superan el plazo de los 20 días de duración de las mismas.

SEXTO. - Pues la jurisprudencia en lo que es de aplicación al presente caso en cuanto al absentismo que se menciona en la sentencia, Roj: STS 7398/2008 . Sala de lo Social.Nº de Recurso: 2861/2007.Fecha de Resolución: 27/11/2008.....Por lo tanto centra la relevancia en la duración de la baja sin interrupciones y a la vista de que se han producido dentro de los límites temporales establecidos por el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores resuelve que el número de faltas de asistencia, debidas a enfermedad común alcanzan un porcentaje del 34,69% que hacen el supuesto acreedor a la causa de despido objetivo. Este criterio es acorde con la buena doctrina que esta Sala unificó en la sentencia de 24 de octubre de 2006 (R. C.U.D. núm. 2247/2006) con arreglo a la cual : "aunque existan varios periodos de baja debidos a la misma enfermedad, cada uno de ellos ha durado menos de veinte días y la suma superaría ese límite pero no sería de "días consecutivos".

SÉPTIMO. - Y por otra parte también la jurisprudencia que se cita en la sentencia ,Roj: STS 7156/2006 - . Sala de lo Social.Nº de Recurso: 2247/2005.Fecha de Resolución: 24/10/2006.....Y la solución no puede ser otra que la adoptada en la sentencia recurrida, que contiene la buena doctrina, pues la exención establecida en el apartado segundo de la letra d) del indicado artículo, en orden a no computar como faltas de asistencia determinados períodos de enfermedad, dispone claramente que ello será así "cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos" , de modo que huelga hablar de que los períodos de baja se deban o no a la misma enfermedad -cuestión ésta que se tiene en cuenta a otros efectos- mientras se exija que la duración supere los 20 días consecutivos. En otras palabras, aunque existan varios períodos de baja debidos a la misma enfermedad, cada uno de ellos ha durando menos de 20 días y la suma superaría ese límite pero no sería de "días consecutivos".

OCTAVO. -Por lo que cabe concluir como lo establece la sentencia de instancia que el período temporal largo de incapacidad temporal no hay ninguna ausencia computable ya que las que se pueden considerar como ausencias computables están dentro de las exclusiones que el art citado anteriormente prevee por lo que la calificación de despido como improcedente es ajustado a derecho.

Es decir no se puede incluir dentro de un período de incapacidad temporal largo el mismo período que se tiene en cuenta como período de incapacidad temporal corto, pues de lo contrario de produciría la infracción del principio non bis in idem, al contarse el mismo período dos veces.

Lo que determina el que no es ajustado a derecho el que se haya de computar el periodo de 12 meses como alega la parte recurrente desde el 17 de enero de 2014 y asi se deduce de la carta de despido, folio 35, al hacer mención al periodo 18 de enero de 2013 y el 17 de enero de 2014 y por lo cual no alcanza el 5% de faltas de



asistencia en los doce meses anteriores de las jornada hábiles, al ser procedente el cómputo de los 12 meses a que se refiere el art 52. d del ET el que hace el Magistrado de instancia desde el 17.11.2013 al 18.1..2012..

NOVENO. -Por lo expuesto no se produce la infracción del art 52.d del ET en los términos que lo formula la parte recurrente ,en consecuencia procede la desestimación del recurso de suplicación y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos en la declaración de improcedencia del despido de la parte actora.

Con las consecuencias legales establecidas en los artículos 204.1. 3 y 4 y 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

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 Íñigo , 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.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.



Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ