



Roj: **STSJ CL 4473/2016 - ECLI:ES:TSJCL:2016:4473**

Id Cendoj: **47186340012016101916**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2016**

Nº de Recurso: **1778/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JUAN JOSE CASAS NOMBELA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Valladolid, núm. 1, 22-06-2016,**
STSJ CL 4473/2016,
STS 422/2019

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 02001/2016

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2016 0000954

Equipo/usuario: MBC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001778 /2016 C.N

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000220 /2016

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña ZARA ESPAÑA SA

ABOGADO/A: MANUEL MAROTO GARCIA

PROCURADOR: ANA ISABEL BORT MARCOS

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Valle

ABOGADO/A: TOMÁS HUSILLOS VINEGRA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Rec. núm. 1778/16

Ilmos. Sres.

D. Gabriel Coullaut Ariño



Presidente de la Sala

D. Manuel M^a Benito López

D. Juan José Casas Nombela/ En Valladolid a doce de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1778 de 2016, 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. Valle contra referida recurrente sobre DESPIDO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan José Casas Nombela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de marzo de 2016 se presentó en el Juzgado de lo Social número Uno de Valladolid demanda formulada por la actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:

Primero.- La demandante, Doña Valle, con DNI n^o 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. Valle con DNI n^o 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 diciembre 2015 a 9 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".

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la empresa demandada, fue impugnado por la actora. Elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. -La sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de Valladolid de 22 de junio de 2016 estimó la demanda por despido deducida por doña Valle frente a la empresa Zara España, S.A.U., y declaró la improcedencia del despido objetivo de la trabajadora demandante, anudando a esa declaración las consecuencias legalmente inherentes a la misma.

De conformidad con el relato fáctico de la sentencia de instancia, relato que no se pone en tela de juicio en el recurso de suplicación que se examinará a continuación, el referido pronunciamiento se actuó concurrente el siguiente esencial contexto circunstancial. En primer lugar, que doña Valle venía prestando servicios para la patronal Zara España desde el 10 de septiembre de 1998, con categoría profesional de dependienta de primera y percibiendo un salario mensual de 1412,47 euros, prorrateada de pagas extras incluida. En segundo lugar, que mediante comunicación de la dirección empresarial de 18 de febrero de 2016, se actuó el despido de la Sra. Valle por causas objetivas y, en concreto, por la causa contemplada en el artículo 52 d) del actual Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2005, de 23 de octubre. En tercer lugar, que la trabajadora de la que se viene hablando estuvo en situación de incapacidad temporal durante los períodos siguientes: entre el 5 y el 9 de diciembre de 2015; desde el día 17 y hasta el día 28 del mes citado; y entre el 8 y el 18 de enero de 2016. En cuarto lugar, que la causa de los citados períodos de baja fue el padecimiento por doña Valle de infección por Helicobacter Pylori, dolencia que producía lesiones



agudas de la mucosa gástrica. En fin, que impugnado judicialmente el despido objetivo antes referido, se actuó el pronunciamiento estimatorio de esa impugnación que ahora se trae a la consideración de este Tribunal.

Se recurre en efecto de suplicación el fallo de instancia por la patronal Zara España, cuya representación y asistencia técnica atribuye al mismo, con la habilitación que proporciona lo previsto en el artículo 193 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción por indebida interpretación y defecto de aplicación de lo establecido en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, así como la vulneración de la doctrina jurisdiccional que se evoca en el escrito de recurso.

En síntesis, discrepando a ese respecto de lo patrocinado en la sentencia de instancia, se sostiene en el escrito de recurso que el cómputo del absentismo laboral justificado que ampara la actuación de despidos objetivos por la causa contemplada en el precepto que se estima preterido, es cómputo que ha de efectuarse tomando en consideración, de un lado, los dos meses inmediatos anteriores a la fecha de la adopción de la decisión extintiva del contrato de trabajo y, de otro lado, los 12 meses inmediatos anteriores a esa fecha, técnica de cómputo la citada que operaría en el presente caso el efecto de que la Sra. Valle hubiere protagonizado un absentismo del 37,5% respecto de las jornadas hábiles existentes en los dos meses anteriores al despido, y que las faltas de asistencia al trabajo en los doce meses anteriores al despido hubieren supuesto un 11,96% de absentismo respecto de las jornadas hábiles existentes en esos 12 meses.

La Sala no puede compartir el parecer que ha sido sintetizado, teniendo por contra que refrendar la tesis que se exhibe en la sentencia de instancia, tesis consistente en sostener que el cómputo de las faltas justificadas de asistencia al trabajo que permiten la realización de despidos objetivos por la modalidad o especie de absentismo laboral en el presente caso concurrente, ha de efectuarse tomando en consideración, de un lado, las faltas habidas en los dos meses anteriores a la fecha del despido y computando, de otra parte, las faltas de asistencia protagonizadas a lo largo de los 12 meses inmediatos anteriores a esos 2 meses previos al despido. Y tiene que decantarse este Tribunal por esa tesis, en razón de las siguientes consideraciones esenciales. En primer y fundamental lugar, porque la tesis del recurso podría producir un efecto o consecuencia en modo alguno insertable en la configuración del despido objetivo sobre el que se debate, efecto consistente en validar despidos objetivos por absentismo laboral en hipótesis de faltas de asistencia por enfermedad que se localicen en los dos meses anteriores a la actuación de ese tipo de despidos, cuando las mismas tengan una duración prolongada, pero que no supere 20 días consecutivos, y aun cuando no hubiere ninguna otra falta de asistencia de ese tipo durante los 10 meses anteriores a aquellos dos, puesto que en semejantes hipótesis se superarían en la práctica totalidad de los casos los umbrales que se contemplan en el artículo 52 d) del Estatuto y que justifican la adopción de despidos por absentismo laboral justificado. Y sostiene esta Sala que tales hipótesis carecen de encaje en la tipicidad legal plasmada en el precepto citado, porque en el mismo, y por lo que se refiere a la tipología del absentismo al que se acudió para llevar a cabo el despido sobre el que se discute, 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 porque 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 exhibe 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. En cuarto lugar, porque lo que se está defendiendo dialécticamente en esta sentencia no supone abrir una gratuita diferenciación entre el cómputo del absentismo laboral concurrente en el litigio que se está examinando y el cómputo de esa otra modalidad de absentismo que se contempla en el artículo 52 d) del Estatuto, esto es, el consistente en faltas de asistencia al trabajo que alcancen "el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses", puesto que lo que sucede en esa hipótesis, más sencillamente, es que tiene lugar una ausencia de materialización de la prestación laboral que, aun protagonizada durante un período de tiempo de menor extensión -4 meses discontinuos en un período de



12 meses-, tiene sin embargo un destacado relieve cualitativo, al alcanzar las faltas de asistencia el 25% de las jornadas laborables. Por lo demás, no se le alcanza a este Tribunal a comprender la razón o las razones que impedirían que el legislador del despido objetivo por causa de absentismo justificado haya acudido a dos referentes temporales distintos -14 y 12 meses-, para construir dos especies o manifestaciones también diversas de las ausencias al trabajo que, aun justificadas, posibilitan la actuación de aquel tipo de despido. En fin, y porque la Sala también hace suyo el argumento que se vierte en la sentencia de instancia: la tesis del recurso en materia de cómputo de los tiempos en los que han de localizarse las faltas de asistencia al trabajo cubre un duplicado cómputo del absentismo que se localiza en los dos meses anteriores a la decisión empresarial extintiva del contrato de trabajo.

En consecuencia, no constando el absentismo que pudo protagonizar doña Valle a lo largo de la totalidad de los 12 meses anteriores a aquellos otros 2 que antecedieron al despido objetivo de la trabajadora identificada, no cabe entonces sino ratificar la calificación del despido objetivo litigioso efectuado en la sentencia de instancia, lo que hace innecesario el examen de la oposición subsidiaria que se formula en la impugnación del recurso y que transita por el territorio de la consideración de que las ausencias al trabajo de doña Valle trajeron causa de tratamiento médico por enfermedad grave y que, por lo mismo, serían ausencias no computables a efectos de absentismo laboral.

Por lo expuesto y

EN **NO** MBRE DEL REY

FALLAMOS

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. Valle 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 a la parte recurrente a abonar la suma de 400 euros en concepto de honorarios de letrado de la parte que impugnó la suplicación formalizada.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm. 4636 0000 66 Rec. 1778/16 abierta a nombre de la Sección 1 de las Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal de Valladolid del Banco SANTANDER, acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.