



Roj: **STS 3205/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3205**

Id Cendoj: **28079140012018100752**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2018**

Nº de Recurso: **3756/2016**

Nº de Resolución: **744/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 5654/2016,**
STS 3205/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3756/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 744/2018

Excmos. Sres.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 11 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Unisono Soluciones de Negocio SA. representada y asistida por la letrada D^a. María Extremadouro Pereiro contra la sentencia dictada el 9 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso de suplicación nº 957/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo , en autos nº 705/2015, seguidos a instancias de D^a. Paloma contra Unisono Soluciones de Negocio, S.A. sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de diciembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **1º.-** La demandante D^a. Paloma , mayor de edad, viene prestando servicios para la empresa UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, S.A., desde el día 15- 04-09, con la categoría profesional de teleoperadora y un salario mensual de 888,72 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias.



2º.- Por carta de fecha 27-07-15, se le comunicó su despido al amparo de lo dispuesto en el art. 52,d del E.T ., con efectos de 27-07-15 en base a los siguientes hechos: ausencias al trabajo por bajas por enfermedad del 30-10-14 al 7-11-14, y del 01-12-14 al 15-12-14; abonando la empresa la suma de 3.725,29 euros en concepto de indemnización.

3º.- La actora estuvo en situación de I.T. del 30-10-14 al 07-11-14, y del 01-12-14 al 15-12-14 por bronquiolitis aguda.

4º.- La actora venía prestando servicios en la campaña de Gas Natural, con una jornada de lunes a viernes, en turno de mañana. La jornada que se especifica en su contrato de trabajo es de 30 horas de lunes a domingo.

5º.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 21-08-15, la misma tuvo lugar en fecha 28-08-15 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda la actora el día 31-08-15.

6º.- La demandante solicitó una excedencia especial, que fue concedida del 03-08-15 al 01-09-15 (30 días).».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda interpuesta por D^a. Paloma , debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto la misma con fecha 27-07-15 por parte de la empresa UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, S.A., a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión de la trabajadora, con abono de los salarios de tramitación, o abonarle una indemnización de 8.263,15 euros, de la que deberá detrarse la suma ya percibida, advirtiéndole a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión.».

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de la empresa Unisono Soluciones de Negocio, SA. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 9 de junio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Entidad Mercantil Unisono Soluciones de Negocio Sociedad Anónima contra la Sentencia de 14 de septiembre de 2015 del Juzgado de lo Social número 4 de Vigo , dictada en juicio seguido a instancia de Doña Paloma contra la recurrente, la Sala la confirma íntegramente, y, por ello, condenamos a la recurrente a la pérdida de los depósitos, consignaciones y aseguramientos.»

TERCERO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la representación procesal de la empresa Unisono Soluciones de Negocio, S.A. 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 (RS 174/2014).

CUARTO.- Con fecha 1 de junio de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y no habiéndose personado la parte recurrida no obstante haber sido emplazada pasa lo actuado al Ministerio Fiscal a fin de que informe en el plazo de quince días sobre la procedencia o improcedencia del presente recurso.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de julio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar como se debe computar el absentismo, como causa extintiva de la relación laboral, que se contempla en el artículo 52-d) del Estatuto de los Trabajadores (ET) como causa de extinción de la relación laboral por decisión del empresario. Más concretamente, se cuestiona si, cuando se trata de faltas de asistencia intermitentes que alcanzan el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de las faltas en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, es preceptivo que ese periodo consecutivo de dos meses sea inmediatamente anterior a la decisión extintiva o basta con que se encuentre incluido en el periodo de los doce meses anteriores a la toma de esa decisión.

2. La cuestión ha sido resuelta de forma diferente por las sentencias comparadas a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal.

La sentencia recurrida en un supuesto en el que, se controvertía si las faltas intermitentes durante dos meses consecutivos debían ser inmediatamente anteriores a la fecha de la decisión extintiva o esos dos meses podían estar incluidos dentro de los doce meses anteriores a esa decisión, ha resuelto que esos dos meses debían ser "inmediatamente anteriores a la fecha del despido", lo que hacía innecesario resolver como se computaba el periodo de doce meses, si hacia atrás desde la fecha del "despido" o desde la fecha final de esos dos meses.



La sentencia de contraste, dictada por el TSJ de Madrid, en un supuesto sustancialmente parecido (extinción acordada pasados más de dos meses por faltar al trabajo de forma intermitente el veinte por ciento de los días laborables hábiles) ha resuelto que todas las ausencias que justifican la extinción contractual debían computarse dentro del año anterior a la toma de la decisión extintiva, con lo que revocó la sentencia de instancia que había sostenido que "el dies ad quem" para calcular las ausencias del periodo de doce meses era el de la primera ausencia, solución mantenida por la sentencia de instancia que la hoy recurrida acaba confirmando.

La contradicción existe porque las sentencias comparadas dan solución distinta al mismo problema: cómputo de las ausencias necesarias durante el año anterior para justificar la decisión extintiva. Ciertamente que la sentencia recurrida dice que la solución que da hace innecesario determinar como se hace el cómputo del periodo de doce meses, si desde la fecha del despido, sí, o si desde la fecha final de los dos meses discontinuos evitando la superposición. Pero, no lo es menos, que al decidir que la decisión resolutoria del empresario debe ser inmediata, consecutiva, a los dos meses de ausencias intermitentes está decidiendo no sólo el día en el que se inicia el plazo (cuando terminan las ausencias de los dos meses), sino también como se computan las ausencias y cuando debe accionar el empleador al que impone un plazo perentorio: "inmediatamente". Por contra la sentencia de contraste fija otro "dies ad quem" para el cómputo del plazo de un año y contradice a la recurrida, también, dado por bueno que dentro de ese plazo se produzcan por su orden los dos porcentajes de faltas de asistencia que establece el precepto. Procede, por tanto, entrar a resolver la disparidad doctrinal existente.

SEGUNDO.- 1. La cuestión planteada, fijación del "dies ad quem" para el cómputo del periodo de doce meses en el que se han de computar las ausencias al trabajo que justifican la decisión extintiva empresarial por causas objetivas ha sido resuelta ya por esta Sala en su sentencia de 19 de marzo de 2018 (R. 10/2016) en el sentido de que el día final del plazo de un año que establece el art. 52-d) del ET coincide con aquél en que se toma y notifica la decisión extintiva y no con el de inicio o finalización del periodo de dos meses de faltas intermitentes justificadas al trabajo durante el 20 por 100 de los días laborables. En ella se dice: «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.».

Esta solución debe mantenerse al no ofrecerse razones que justifiquen un cambio de criterio por mor de la seguridad jurídica. En efecto, de la literalidad de la norma no se deriva otra interpretación que lleve a concluir que el "dies ad quem" se produce antes, ni que la decisión extintiva debe ser "inmediata", esto es acabado de producirse las ausencias, decisión de tipo disciplinario ajena a los fines que persigue este precepto legal que no establece "literalmente" esa exigencia, sino la de que las faltas de asistencia deben estar incluidas en el año anterior. Tampoco parece ser ese el espíritu de la norma que requiere, por contra, su aplicación ponderada atendidas las circunstancias del caso, y sin permitir conductas abusivas, sin que al tratarse de la concurrencia de una causa objetiva, las faltas al trabajo, sea exigible que la medida tenga por fin solventar problemas económicos o de otro tipo de la empresa que esta deba acreditar. Finalmente, dada la distinta naturaleza que tiene la rescisión indemnizada del contrato por causas objetivas que regula este precepto, resulta improcedente la comparación que se hace con los casos de despido disciplinario y los plazos de prescripción y caducidad que tienen las acciones que nacen de incumplimientos contractuales ajenos al supuesto que nos ocupa. Para concluir, conviene señalar que, conforme al artículo 59-2 del ET la acción para acordar la rescisión indemnizada del contrato prescribe al año de su nacimiento, al no tener señalado otro



plazo prescriptivo, plazo que empieza a correr cuando se producen las ausencias que habrían justificado la extinción contractual, ex art. 54-d) del ET sin que el empresario diga nada.

CUARTO.- Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso, oído el 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 la empresa Unisono Soluciones de Negocio SA representada y asistida por la letrada D^a. María Extremadouro Pereiro contra la sentencia dictada el 9 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso de suplicación nº 957/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo , en autos nº 705/2015.
2. Revocar la sentencia recurrida, y resolver el debate en suplicación, en el sentido de 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.