



Roj: **STSJ CAT 5036/2013 - ECLI:ES:Tsjcat:2013:5036**

Id Cendoj: **08019340012013103351**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2013**

Nº de Recurso: **1306/2013**

Nº de Resolución: **3322/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **SARA MARIA POSE VIDAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 2012 - 8014389**

F.S.

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMA. SRA. **SARA MARIA POSE VIDAL**

ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

En Barcelona a 10 de mayo de 2013

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. 3322/2013**

En el recurso de suplicación interpuesto por COBEGA, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 13 Barcelona de fecha 28 de septiembre de 2012 dictada en el procedimiento Demandas nº 298/2012 y siendo recurrido/a Alexis . Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. **SARA MARIA POSE VIDAL**.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 30-12-11 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, 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 28 de septiembre de 2012 que contenía el siguiente Fallo:

Que estimando la demanda interpuesta por D. Alexis frente a COBEGA, S.A., en reclamación por DESPIDO OBJETIVO debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido del demandante con efectos del 23-02-2012, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que readmita al actor en el mismo puesto de trabajo y mismas condiciones, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido o, a su elección, abone al mismo la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON VEINTIDOS CÉNTIMOS DE EURO (155.566,22 ) en concepto de Indemnización; la opción la deberá efectuar la empresa expresamente en el plazo de cinco días posteriores a la notificación de la presente Resolución.



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

**PRIMERO.-** El actor que se dirá en la parte dispositiva de la presente Resolución presto sus servicios en la empresa COBEGA, S.A. dedicada al sector de la actividad de Bebidas Refrescantes y con domicilio en ESPLUGUE3S DE LLOBREGAT; acredita el actor las siguientes circunstancias laborales no controvertidas: Antigüedad 12-02-1985, categoría profesional Encargado de Grupo y salario de 5449,20 mes con parte proporcional de pagas extras; hechos no controvertido por las partes.

**SEGUNDO.-** Que la empresa demandada comunica al actor el despido por carta de fecha 23 de febrero de 2012 por causas objetivas al amparo del artículo 52 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores y con efectos de ese mismo día, por las ausencias en diciembre de 2011 (01-12-2011 y 19-12-11 al 31 12-11) 10 jornadas de ausencia en 19 jornadas hábiles; Enero del 2012 del 01-01-2012 al 05-01-2012, estas últimas con bajas de IT la última de diciembre y la primera de enero con ausencia de 4 días de 21 días de hornadas hábiles; así mismo le indican ausencias por bajas IT menos una, en Febrero del 2011, Diciembre del 2011, enero del 2012 y febrero del 2012 indicando que se superan con creces por el actor los porcentajes máximos de ausencias previstos en la normativa laboral (RD Ley 3/2012), no incluyen el modulo del absentismo de la empresa o centro de trabajo; la empresa en cumplimiento del artículo 53.1.b) del ET pone a disposición del actor la indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, que asciende a la cantidad de 66.300 euros que entrega mediante cheque y la abona el saldo y el finiquito y los 15 días del plazo de preaviso (folio 5); el trabajador esta conforme con los días de ausencia que se fijan en la carta de despido habiendo estado dado de baja por enfermedad común salvo el 01-12-2011, ausencia injustificada.

**TERCERO.-** El actor impugna el despido por ser los hechos imputados anteriores al Real Decreto Ley 3/2012, indicando la irretroactividad de la norma aplicada, añade que las ausencias que se fijan, además, son de las no computables, por ello solicita la declaración del despido como IMPROCEDENTE y la condena de la empresa demandada a la readmisión en las mismas condiciones laborales que regían con anterioridad al despido o al pago de la máxima indemnización legal y, en ambos casos, al abono de los salarios devengados desde la fecha del despido.

**CUARTO.-** El actor no ostenta ni ha ostentado en el último año cargos de representación sindical.

**QUINTO.-** Se ha intentado sin Avenencia el preceptivo acto de conciliación previa ante el CMAC, habiendo presentado la papeleta de conciliación en fecha 12-03-2012.

**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 lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero** .- Recurre en suplicación la representación de la empresa COBEGA, S.A., frente al pronunciamiento de la sentencia de instancia, que califica como improcedente el despido del trabajador Don Alexis , y con correcto amparo procesal en el apartado c.) del artículo 193 de la LRJS denuncia la infracción del artículo 52.d) del ET , por errónea interpretación del mismo, en relación con los apartados 1º y 2º del artículo 2 del Código Civil .

La cuestión litigiosa se centra en determinar la aplicabilidad al caso de la supresión del requisito de absentismo colectivo llevada a cabo por la reforma laboral acometida a través del RDL 3/2012, de 10 de febrero, teniendo en cuenta que la decisión extintiva empresarial objeto de enjuiciamiento se produce el 23 de febrero de 2012, precisamente al amparo de esa nueva normativa.

La sentencia de instancia considera acreditado el nivel de absentismo individual del trabajador, que supera tanto el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, como el del 25% en cuatro meses discontinuos, dentro del período de doce meses, de manera que se cumplen los requisitos relativos a absentismo individual del trabajador fijados, tanto en el RDL 3/2012, como en la Ley 35/2010; ahora bien, bajo la vigencia de la normativa anterior, aunque el trabajador alcanzase esos niveles de absentismo la empresa no podía válidamente acudir al despido objetivo, por ser imprescindible la concurrencia de un requisito adicional, la existencia de un absentismo colectivo del 2,5% a nivel de centro de trabajo en el mismo período tomado en consideración, requisito que es suprimido por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, tras constatarse que la mera reducción del 5% al 2,5% llevada a cabo por la reforma de 2010 seguía sin permitir la operatividad buscada por el legislador para esta modalidad extintiva.

No cabe duda de que la supresión del referido requisito de absentismo global es aplicable a partir del momento de entrada en vigor del RDL 3/2012, de 10 de febrero, esto es, respecto de todas aquellas ausencias, aunque justificadas, intermitentes, producidas bajo la vigencia de la reforma laboral, pero las dudas se plantean en



relación con la aplicabilidad respecto de ausencias al trabajo producidas con anterioridad a la vigencia de esa norma, o dicho de otro modo, si las ausencias producidas en los doce meses anteriores a la entrada en vigor del RDL 3/2012 pueden ser tomadas en consideración sin exigir el absentismo total de la plantilla del centro de trabajo.

Es posible dar esta cuestión una respuesta afirmativa partiendo de la doctrina constitucional que señala que no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, así como por la circunstancia de que el RDL 3/2012, de 10 de febrero, no ha incluido una normativa transitoria para situaciones preexistentes, e incluso acudiendo a una comparación con la normativa relativa a los despidos objetivos por causas económicas, dado que el artículo 51 del ET también ha resultado modificado por el citado RDL 3/2012, y se han producido numerosos despidos al amparo del nuevo redactado, con base en la existencia de disminución de ingresos ordinarios o ventas durante tres trimestres consecutivos, en relación con los mismos del año anterior, sin que se haya planteado la inaplicabilidad de la norma a situaciones económicas negativas producidas desde fechas previas a la entrada en vigor de la reforma; finalmente, también podría defenderse que el carácter no sancionador del despido objetivo por absentismo (no es un despido disciplinario), que se funda en motivos no inherentes a la persona del trabajador, permite a la empresa actuar su facultad objetiva en términos similares a los del despido por causas económicas, sin que pueda dudarse de la aplicación a situaciones previas a la reforma; de hecho, la tesis que postula la empresa ha sido aceptada por la Sentencia de la Sala Social del TSJ de Asturias de 26 de octubre de 2012.

**Segundo** .- Sin desconocer tales posibilidades interpretativas, sin embargo, esta Sala considera que no todas las causas "objetivas" contempladas en el artículo 52 del ET son asimilables o análogas a los efectos que nos ocupan, y en relación con el absentismo no cabe duda de que, tal como señaló en su momento la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007, "La finalidad esencial de esta norma es la lucha contra el absentismo laboral, pues esta particular figura de despido objetivo que prevé el art. 52-d) del ET no es otra cosa que un arma o instrumento establecido por el legislador en contra del mismo, para lograr su reducción. Pero esta finalidad está pensada sobre todo en relación con aquella clase de absentismo que de algún modo es imputable a la voluntad del trabajador o trabajadores, normalmente formado por ausencias al trabajo de escasa duración e intermitentes", de ahí que pese a la ausencia del carácter sancionador o disciplinario, esté presente el elemento de voluntad del trabajador, en la medida en que éste, en determinados casos, adoptará la decisión de acudir o no a los servicios médicos y obtener una baja médica, normalmente por patologías de gravedad leve y corta duración, en función de la normativa aplicable a tal ausencia, de modo que la normativa aplicable en cada momento tiene una incidencia decisiva sobre la actuación del trabajador, lo que no ocurre en relación con las causas económicas u organizativas.

Tal como señalamos en nuestra Sentencia 4242/2012, de 7 de junio, dictada en recurso de suplicación nº 965/2012, la aplicación de la nueva normativa a situaciones fácticas producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma puede suponer la infracción del artículo 9.3 de la Constitución Española y artículo 2.3 del Código Civil, así como el esencial principio de seguridad jurídica, criterio también seguido por la Sentencia nº 767/2012, de 12 de noviembre y Sentencia nº 54/2012, de 23 de enero, ambas de la Sala Social del TSJ de Madrid, tomando en consideración todas estas resoluciones que también si acudimos a las Disposiciones Transitorias del Código Civil alcanzamos idéntica conclusión, al disponer "las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo", para añadir en la primera que "se registrarán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca".

En este sentido se ha manifestado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2012, analizando el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9 de la Constitución, y señalando que el RDL 3/2012, de 10 de febrero, no puede regular supuestos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor en cuestiones respecto de las cuales no se haya previsto expresamente la retroactividad.

Se alude en el recurso a los tres grados de retroactividad normativa que maneja la doctrina, a saber, la de grado máximo o absoluta, según la cual la ley nueva se aplica a la situación anterior y a todos sus efectos; la de grado medio, a cuyo tenor la nueva ley se aplica a la situación anterior, regulando los efectos nacidos durante la vigencia de la ley derogada, pero sólo cuando hayan de ejecutarse después de estar vigente la nueva ley; y la de grado mínimo, que es la más generalizada en Derecho del Trabajo y que implica que la ley nueva se aplica sólo a los efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente, aspecto también analizado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10.9.2012, recordando la doctrina del TS conforme a la cual "la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico -que, de otra parte, recortaría el ámbito del poder legislativo-, por lo que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva -a los efectos del artículo 9.3 de la



Constitución - cuando recae sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas», pues lo que dicho precepto prohíbe es «la retroactividad entendida como incidencia de la ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad»( STS 30.6.1991 ) . "La regla general de no retroactividad del artículo 2.1 del CC impide la «retroactividad plena, o sea la retroactividad que alcanzara a regular derechos ya nacidos de hechos realizados bajo la legislación anterior» ( STS 27.6.2000 y 11.6.2001 ). En cambio, el principio de irretroactividad no impide la llamada retroactividad mínima, por cuanto, "la incidencia en los derechos en cuanto a su protección en el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad" ( STS 27.6.00 ) ; más bien " se trataría (...) de un grado mínimo de retroactividad más próximo a la noción de efecto inmediato, pues la nueva regulación se aplica a los efectos que nazcan tras su vigencia "( STS 23.9.1991 )

Tal interpretación es más acorde con el principio "tempus regit actum" y con la DT 2ª del CC , norma a la que con frecuencia se suele acudir también en casos como el presente y que fija que los actos y contratos se regirán conforme la normativa del tiempo en que se celebraron (la legislación anterior en este caso), y si nada dice la nueva normativa hemos de estar al principio general de irretroactividad de las normas jurídicas del artículo 2.3 del Código Civil , y habiéndolo interpretado así la sentencia de instancia, procede la íntegra desestimación del recurso y confirmación de la decisión recurrida.

**Tercero** .- En aplicación de las previsiones del artículo 235 de la LRJS , se imponen las costas procesales a la empresa recurrente, con inclusión de la suma de 300 en concepto de honorarios del abogado del trabajador, y con pérdida del depósito efectuado para recurrir.

VISTOS los preceptos citados y por las razones expuestas

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por la empresa COBEGA , S.A. y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Barcelona, de 28 de septiembre de 2012 , en el procedimiento nº 298/2012, con imposición de las costas procesales a la recurrente, incluyendo la suma de 300 como honorarios del abogado del trabajador recurrido e impugnante del recurso, y con pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

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.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 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 art. 229.4 de la Ley de Procedimiento Laboral , consignará como depósito, 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 El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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 la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.