



Roj: **STS 5157/2005 - ECLI:ES:TS:2005:5157**

Id Cendoj: **28079140012005100757**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2005**

Nº de Recurso: **3406/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **PABLO MANUEL CACHON VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil cinco.

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado don Enrique Lillo Pérez, en nombre y representación de don Diego , contra la sentencia dictada el 9 de junio de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 1919/2004 , formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Girona, de fecha 6 de noviembre de 2003, recaída en autos núm. 601/2003 , seguidos a instancia del recurrente contra las empresas Saba Aparcamientos S.A. (Grupo Saba) y ESC Servicios Generales S.L. (Grupo Cess), sobre despido.

Ha comparecido como recurrida la empresa ESC Servicios Generales S.L., representada y defendida por el Letrado don Manuel Alcalá Caballero. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. PABLO CACHÓN VILLAR

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El 25 de agosto de 2003 don Diego presentó demanda contra las empresas Saba Aparcamientos S.A. (Grupo Saba) y ESC Servicios Generales S.L. (Grupo Cess) en reclamación por despido, formulando la siguiente súplica: "[...] dictar en su día sentencia por la que se declare improcedente el despido producido el día 25/7/2003 y teniéndose por ejercitada la opción prevista en la disposición adicional primera del convenio, a favor de la readmisión, se condene a la empresa a la inmediata readmisión de éste en su puesto de trabajo habitual en idénticas condiciones a las que tenía antes de producirse el despido así como a abonarle los correspondientes salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido y hasta que tenga lugar su efectiva readmisión".

Se personó en la instancia el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), que fué citado al efecto, no habiéndose personado en los demás grados jurisdiccionales.

El Juzgado de lo Social núm. 2 de Girona, al que correspondió conocer de dicha demanda, dictó sentencia en fecha 6 de noviembre de 2003 , cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Estimar parcialmente la demanda interpuesta por Diego contra Saba Aparcamientos S.A. (Grupo Saba) y ESC Servicios Generales S.L. (Grupo Cess) y absolviendo a la empresa ESC Servicios Generales S.L. (Grupo Cess) declarar procedente la decisión de la empresa Saba Aparcamientos S.A., por la que se tiene por extinguido por causas objetivas el contrato de trabajo del actor en fecha 25-7-03, condenándole, no obstante, a abonarle al trabajador la diferencia de 1.009,82 euros".

SEGUNDO.- La Letrada doña Gloria Poyatos i Matas, en nombre y representación de don Diego , formalizó recurso de suplicación contra la expresada sentencia del Juzgado. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia el día 9 de junio de 2004 , que desestimó dicho recurso, siendo su parte dispositiva del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación



interpuesto por don Diego contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Girona dimanante de autos núm. 601/2003, seguidos a instancia del recurrente contra las empresas Saba Aparcamientos S.A., ESC Servicios Generales S.L. y Fondo de Garantía Salarial, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos dicha resolución".

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, con la modificación introducida por la sentencia de suplicación en el ordinal décimo-primero, dice lo siguiente: "Primero.- Don. Diego presta servicios para la empresa Saba Aparcamientos, S.A. (Grupo Saba), teniendo reconocida una antigüedad de 9.12.97, y la categoría profesional de operario aparcamiento, con un salario de 49,75 euros/día. (f. 37 y 38).- Segundo.- El actor se encuentra afiliado a CCOO. (No controvertido).- Tercero.- El actor presta servicios en el parking de los Juzgados de Girona con un horario de trabajo desde las 14 a las 22 horas, durante cinco días a la semana. En dicho parking, existe otro puesto de trabajo de la empresa Saba Aparcamientos, S.A. con horario 6 a 14 horas, y existe un tercer puesto de trabajo en horario nocturno -22 a 6 horas-, subcontratado a la empresa ESC. Servicios Generales, S.L. -Grupo Cess- (No controvertido, f. 173 y ss.).- Cuarto.- Las funciones que vienen llevando a cabo los operarios de la empresa Saba Aparcamientos, S.A. son las de cobrar en taquilla, extender recibos, atender al teléfono, atender a las máquinas cuando se atascan, atender las reclamaciones de los clientes, controlar las cámaras, limpieza de las plantas del parking, limpieza de los baños... Las funciones que vienen llevando a cabo los operarios de la empresa ESC. Servicios Generales, S.L. aunque próximas, se caracterizan por su horario nocturno (mínima afluencia de clientes, especial atención a la seguridad,...).- Quinto.- Los trabajadores de la empresa ESC. Servicios Generales, S.L. que han prestado servicios en el puesto de trabajo del parking de los Juzgados de Girona han recibido las órdenes correspondientes y el material, de la empresa ESC. Servicios Generales, S.L. (confesiones, testifical), siendo ésta una empresa que tiene más de 1.000 trabajadores en todo el territorio nacional -70 de ellos en Girona-. (f. 162 y ss.).- Sexto.- El día 25.7.03 la empresa Saba Aparcamientos, S.A. notificó al actor la extinción de su contrato por causas objetivas al amparo del art. 52-d del ET en los siguientes términos: «Lamentamos comunicarle la decisión de esta Empresa de rescindir el contrato de trabajo que le une a la misma, con efectos del día de hoy, al amparo de lo previsto en el artículo 52.d), del Estatuto de los Trabajadores. Esta extinción tiene su fundamento en las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, que se enumeran más adelante, y se adopta por la vía de las extinciones por causas objetivas del artículo 52.d), en relación con los artículos 49.1.I) y 53 del Estatuto de los Trabajadores. Al objeto de dar cumplimiento a las formalidades a que está sujeta la extinción de contratos por causas objetivas, según el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, ponemos en su conocimiento que: a) La decisión se le comunica por escrito, con expresión de la causa, y se le notifica por medio de la presente carta. b) La extinción surtirá efectos el día de hoy, compensándole la no concesión del preaviso de 30 días, con el pago de las retribuciones netas íntegras que hubiera devengado en dicho período, con inclusión de prorrata de pagas. c) Se pone a su disposición, simultáneamente a esta comunicación escrita: - la indemnización legalmente prevista (20 días de salario por año de antigüedad, o fracción correspondiente, con el tope máximo de un año de salario), que asciende a 5.064,87 euros, y -el importe de la liquidación, según detalle que se adjunta, donde se incluyen las retribuciones correspondientes al mes de julio, a la liquidación de las partes proporcionales de vacaciones y gratificaciones y la cantidad de 1.008,81 euros brutos correspondiente a la falta de los 30 días de preaviso, con inclusión de prorrata de pagas. El total de dichas cantidades, que asciende a 5.642,18 euros netos se le transfiere en esta misma fecha, a la c/c designada por Vd. para el ingreso de sus retribuciones. d) Se le previene que contra esta decisión, puede recurrir ante el Juzgado de lo Social, previa conciliación. e) También le comunicamos que la situación de desempleo involuntario que implica esta decisión, le da derecho a solicitar las prestaciones que por dicho concepto le correspondan, debiendo solicitarlas en un plazo de 15 días a contar desde la fecha de efectos del cese. Para la determinación de las ausencias, aun justificadas, que motivan la extinción de su contrato de trabajo, se han tomado en consideración los meses de abril y mayo del presente año 2003. Se han cuantificado un total de 10 días de ausencias por baja de Incapacidad Temporal, que se extienden del día 8 al 17 de abril, ambos inclusive, y los días 21 de abril y 2 y 30 de mayo, lo que a promedio de 8 horas diarias totaliza 104 horas de ausencia. Estas ausencias suponen un 29,54% sobre el total de horas de trabajo de dichos meses, que es de 352 horas, porcentaje que excede sobradamente del 20% exigido en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores. Por otro lado, cabe reseñar que tanto el centro de trabajo en el que Usted viene prestando servicios, como la empresa en su conjunto, registran un absentismo netamente superior al 5% previsto en la misma norma, razones que justifican la procedencia de la decisión adoptada. En definitiva, la decisión adoptada obedece a la creciente preocupación por los alarmantes índices de absentismo que se dan en la empresa por toda clase de razones, incluidas las justificadas, y que suponen un progresivo deterioro de la eficacia, rentabilidad y competitividad de la empresa. Sin otro particular, rogamos se sirva acusar recibo de la presente».- Séptimo.- La empresa procedió a transferir a la cuenta corriente del actor, la cantidad expresada en la anterior carta. (No controvertido).- Octavo.- En fecha 22.8.03 se celebró acto de conciliación ante el CMAC, en virtud de papeleta presentada el día 8.8.03, con el resultado de «Sense Avenença».- Noveno.- El actor estuvo de baja por IT. derivada de enfermedad común durante los días 8 a 17 de abril de 2003, ambos inclusive (f.



43). El día 21.4.03 el actor solicitó y se le concedió licencia por asuntos propios remunerada conforme al art. 18-b del convenio colectivo de empresa . Los días 2 y 30.5.03 fueron solicitados como licencias por el actor, y así fueron concedidos para acudir a la consulta del médico de cabecera y acudir al especialista a quien fue derivado, en virtud del art. 18 del convenio colectivo . (No controvertido).- Décimo.- El calendario del actor para los meses de abril y mayo fue el siguiente: Abril: -Días laborales: 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30. -Fiesta semanal: 5, 6, 19, 20, 24, 25. Mayo: -Días laborales: 1, 2, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30. -Fiesta semanal: 3, 4, 8, 9, 17, 18, 22, 23, 31.- Decimoprimer.- El índice de absentismo total de la plantilla de Saba Aparcamientos S.A. del centro de trabajo superó el 5% en los meses de abril y mayo.- Decimosegundo.- La Disposición Adicional Primera del Convenio Colectivo de empresa establece: «De efectuarse algún despido y ser declarado éste improcedente, por parte de la jurisdicción social, el trabajador afectado tendrá derecho a optar entre la readmisión a su puesto de trabajo o el abono de las percepciones económicas que determine en cada momento la legislación laboral. La elección de la opción deberá efectuarla en el plazo de cuatro días desde que le sea notificada la sentencia y en el caso de no hacerlo, o hacerlo fuera de dicho plazo, significará que renuncia expresamente a la readmisión. Lo anteriormente dicho no será de aplicación en los cinco primeros despidos disciplinarios ( art. 54 del Estatuto de los Trabajadores ) que por año natural pueda efectuar la Dirección, cuando haya motivo para ello».- Decimotercero.- A efectos de posibles salarios de tramitación se hace constar que el actor causó baja laboral por accidente no laboral en fecha 30.8.03, situación en la que permanece. (No controvertido, f. 39)".

TERCERO.- El Letrado don Enrique Lillo Pérez, en nombre y representación de don Diego , interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de suplicación de fecha 9 de junio de 2004 . En el recurso se invoca como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23 de septiembre de 2003 (recurso de suplicación núm. 2721/2003 ), ya firme. Asimismo se alega en el recurso la infracción del art. 52.d del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Por providencia de 18 de enero de 2005 se admitió a trámite el recurso y se dió traslado del escrito de interposición y de lo actuado a fines de impugnación a la empresa recurrida ESC Servicios Generales S.L. Por providencia de 4 de marzo de 2005 se acordó que, habiendo transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación del recurso sin haberlo verificado, pasase lo actuado al Ministerio Fiscal, a fin de que informase en el plazo de diez días. El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de interesar la estimación del recurso.

SEXTO.- Por providencia de 26 de mayo de 2005 se hizo el oportuno señalamiento para el día 19 de julio de 2005, en el que se produjo la votación y fallo del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se somete a debate en el presente recurso es si la intermitencia en las faltas de asistencia al trabajo, a que se refiere el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores (ET ), es un requisito exigible en todo caso o, por el contrario, es un requisito que puede faltar en algunos casos, como, por ejemplo, cuando la ausencia al trabajo es por un período de tiempo inferior a veinte días.

El art. 52.d) ET es del tenor literal siguiente: "El contrato podrá extinguirse[...] d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo.- 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, licencias y vacaciones, ni 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".

SEGUNDO.- El actor, habiendo recibido carta de despido de la empresa Saba Aparcamientos, S.A., por causa de absentismo laboral, presentó demanda solicitando se declarase improcedente el despido y que, "teniéndose por ejercitada la opción prevista en la disposición adicional primera del convenio, a favor de la readmisión, se condene a la empresa a la inmediata readmisión de éste en su puesto de trabajo habitual, en idénticas condiciones a las que tenía antes de producirse el despido, así como a abonarle los correspondientes salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido y hasta que tenga lugar su efectiva readmisión".

La sentencia de instancia desestimó la demanda, si bien condenó a la empresa al pago al actor de la suma de 1009,82 euros, que entendió le eran debidos por un deficiente cálculo de la empresa sobre la cantidad que debía abonarle en concepto de indemnización y por falta de preaviso. Esta sentencia fue luego confirmada



en trámite de suplicación por la sentencia dictada el 9 de junio de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña .

TERCERO.- Se exponen a continuación los datos de hecho que, recogidos en el relato fáctico (transcrito en el antecedente segundo), ofrecen especial interés a los fines del recurso: a) el actor estuvo de baja por IT, derivada de enfermedad común, durante los días 8 a 17 de abril de 2003, ambos inclusive; el día 21 de abril solicitó y se le concedió licencia por asuntos propios; los días 2 y 30 de mayo fueron solicitados como licencias por el actor, y así fueron concedidos para acudir a la consulta del médico de cabecera y acudir al especialista a quien fue derivado; b) el mes de abril tenía 24 días laborables, entre ellos todos los días comprendidos entre el 8 y el 17, ambos inclusive, así como también el 21, y el mes de mayo tenía 22 días laborables, entre ellos los días 2 y 30; c) el índice de absentismo total de la plantilla de Saba Aparcamientos, S.A., del centro de trabajo, superó el 5 por 100 en los meses de abril y mayo;

La sentencia de suplicación -al igual que había hecho la sentencia de instancia- parte de las consideraciones que a continuación se exponen, con el fin de fundamentar la desestimación del recurso de suplicación y, por tanto, de la demanda en lo que se refiere a la cuestión ahora debatida en el presente recurso. En primer lugar estima que no han de tenerse en cuenta las ausencias de los días 21 de abril, 2 y 30 de mayo, al ser debidas a licencias, de modo que "no pueden computarse a los efectos de valorar el absentismo individual". En segundo lugar, si bien el art. 52 d) ET se refiere en su párrafo primero a las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, "pero intermitentes", sin embargo, una interpretación correcta del texto legal, según dicha sentencia, exige tener en cuenta lo dispuesto en su párrafo segundo, el cual excluye del cómputo del absentismo las ausencias, entre otras causas, por 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"; de ello concluye la sentencia que "a sensu contrario parece que el legislador considera faltas de asistencia computables, a los efectos del precepto, las bajas por enfermedad que tengan una duración inferior a veinte días, lo que acontece en el presente supuesto" (refiriéndose, con ello, a las ausencias continuadas del 8 al 17 de abril, como únicas a tener en cuenta para fundamentar el despido por absentismo laboral).

CUARTO.- El actor interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de suplicación, invocando como sentencia contradictoria o de contraste la dictada el 23 de septiembre de 2003 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid .

En el caso conocido por la sentencia de contraste la actora había sido despedida también por causa de absentismo laboral, al haber faltado al trabajo los días 3 de octubre de 2002 -asistencia a médico de urgencias- y 4 a 21 de octubre, en que causó baja por incapacidad temporal. Tales ausencias superaban el 20 por 100 de las jornadas hábiles de la actora en los dos meses consecutivos de septiembre y octubre, habiendo sido el índice de absentismo en la empresa durante dichos meses superior al 5 por 100.

La sentencia de instancia había estimado la demanda, declarando improcedente el despido. Formalizado recurso de suplicación por la empresa, fue desestimado por la sentencia que ahora se invoca como contradictoria, Entiende dicha sentencia que la exigencia legal de que las ausencias justificadas sean intermitentes "no se da aquí, en que las inasistencias han sido continuadas, del 3 al 21 de octubre, y por un único proceso patológico debido a un accidente no laboral". Y concluye que "ante la falta de la exigencia primera legalmente establecida innecesario resulta examinar la relativa al absentismo de la plantilla, ya que cualquiera que fuera la respuesta resultaría inocuo al no incidir en nuestra solución, confirmatoria de la sentencia combatida".

La exposición anterior pone de manifiesto la existencia de la contradicción entre las sentencias que se comparan pues, siendo sustancialmente iguales las pretensiones (improcedencia de los respectivos despidos) y los hechos objeto de debate (ausencia continuada al trabajo durante un único período de tiempo, inferior a veinte días), los pronunciamientos judiciales son contradictorios entre sí, pues la sentencia recurrida desestima la demanda de despido que, en cambio, acoge y estima la sentencia de contraste.

QUINTO.- Acreditada la contradicción hemos de establecer cuál sea la doctrina correcta. A tal fin debemos examinar la infracción legal denunciada, que es la del art. 52.d) ET , al haber aplicado la sentencia recurrida dicho precepto en un supuesto en el que, dentro del período de dos meses consecutivos, "hay un único período de baja médica inferior a los 20 días de duración".

Debe entenderse que, en efecto, se ha producido la infracción denunciada, por ser la doctrina correcta la mantenida en la sentencia de contraste, según se razona a continuación.

El texto del art. 52.d) ya se ha transcrito en el fundamento jurídico primero de la presente sentencia. Su párrafo primero claramente exige la intermitencia en la ausencia al trabajo: dice al efecto que el contrato podrá extinguirse "por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes [...]". Es sabido que la

intermitencia se produce por la interrupción o cese de algo "que prosigue o se repite" (Diccionario de la Lengua, Real Academia Española)

Es cierto que el párrafo segundo in fine de dicho art. excluye del cómputo las ausencias debidas a enfermedad "cuando la baja [...] tenga una duración de más de veinte días consecutivos". Pero estamos en realidad ante dos previsiones legales distintas, que son entre sí compatibles: una cosa es la exigencia de la intermitencia en las ausencias al trabajo y otra diferente es que, producida dentro de esa intermitencia una baja por enfermedad durante más de veinte días consecutivos, tal baja no se compute. Ello evidencia la compatibilidad, como hemos expresado, de las dos prescripciones legales, contenidas en distintos párrafos del mismo art. 52.d) ET. La previsión contenida en el párrafo segundo in fine de dicho precepto comporta, en realidad, una limitación del rigor establecido en el párrafo primero para el cómputo de las faltas de asistencia; mas tal prescripción debe entenderse en sus estrictos términos, es decir, como una limitación que ha de contraerse precisa y exclusivamente a los supuestos específicamente previstos, entre ellos el que ahora nos interesa: tratarse de una baja por un período superior a veinte días consecutivos. La decisión de limitar el rigor del cómputo del absentismo mediante esta previsión legal así entendida (y por tanto contrayéndola exclusivamente a sus propios términos) supone al mismo tiempo el absoluto respeto al requisito legal de la intermitencia, que incluso por su dicción literal (con la conjunción adversativa "pero") expresa la voluntad de la ley de que en todo caso ha de producirse dicha intermitencia en las faltas al trabajo.

SEXO.- La exposición anterior pone de manifiesto que debe estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el actor. Ello supone el que haya de resolverse "el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina", según exige el art. 226.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). De los propios términos de ese precepto de la LPL se deduce que el debate de suplicación al que hemos de atender ahora es el relativo a la improcedencia de la decisión empresarial de extinción de la relación laboral, por indebida aplicación del art. 52.d) ET (punto tercero del segundo de los motivos de suplicación), pues los restantes motivos de suplicación (revisiones fácticas, supuesta cesión ilegal de trabajadores, nulidad de la decisión extintiva por defectos de forma) han quedado fuera del presente recurso, bien por la propia naturaleza de las cuestiones (así, las revisiones fácticas) bien por haber consentido la parte la decisión de la sentencia de suplicación (demás motivos del recurso entonces planteado).

La ausencia de intermitencia en las faltas al trabajo impide de suyo la aplicación del art. 52.d) ET, según hemos razonado. Ello es suficiente para que, sin precisión de más examen, haya de declararse la improcedencia del despido. Se está ahora en el caso de establecer las consecuencias de diversa índole derivadas de tal pronunciamiento.

SEPTIMO.- Según el art. 53.5 ET, sobre "forma y efectos de la extinción por causas objetivas", entre las que se encuentra el supuesto del art. 52.d) ET, la calificación judicial de la decisión extintiva como improcedente "producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario", añadiendo que en tal caso si el empresario procede a la readmisión "el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida" y que "en caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización".

El trabajador en su demanda solicita ya "la inmediata readmisión", fundamentándose en la Disposición adicional primera del convenio colectivo de empresa. Tal Disposición prescribe lo siguiente: "De efectuarse algún despido y ser declarado éste improcedente por parte de la jurisdicción social, el trabajador afectado tendrá derecho a optar entre la readmisión a su puesto de trabajo o el abono de las percepciones económicas que determine en cada momento la legislación laboral. La elección de la opción deberá efectuarla en el plazo de cuatro días desde el que le sea notificada la sentencia, y en caso de no hacerlo, o hacerlo fuera de dicho plazo, significará que renuncia expresamente a la readmisión.- Lo anteriormente dicho no será de aplicación en los cinco primeros despidos disciplinarios ( artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores ) que por año natural pueda efectuar la Dirección, cuando haya motivo para ello".

A la vista de esta norma convencional entendemos que el trabajador demandante es quien tiene el derecho de opción, según se razona seguidamente. La transcrita disposición del Convenio habla de "despido", sin más, al establecer la norma general del derecho preferente del trabajador para el ejercicio de la opción (primer párrafo), para a continuación, al establecer la excepción, referirse al "despido disciplinario" ("los cinco primeros despidos disciplinarios", dice en el segundo párrafo). Pues bien, la extinción del contrato de trabajo en virtud de decisión empresarial por causas objetivas, cual es el caso, es un propio despido (el llamado despido objetivo), diferente por supuesto del despido disciplinario, y que, en consecuencia, ha de entenderse incluido en lo establecido en el primer párrafo de dicha Disposición adicional, máxime al no haber ninguna previsión en contrario en el Convenio



La opción entre readmisión e indemnización ha de hacerse una vez declarada la improcedencia del despido, como claramente resulta del propio texto de la Disposición adicional primera del Convenio, en relación con lo prescrito por los arts. 56.1 y 53.5 ET. Por ello no es eficaz, a tales fines, la opción realizada en la demanda.

La opción ha de efectuarse en el plazo de cuatro días (según establece dicha Disposición adicional), que se computarán desde la notificación de la sentencia. En el caso de que la opción por la readmisión no se efectúe en plazo, procederá el abono al demandante de una indemnización equivalente a 45 días de salario por año de servicio, en los términos prescritos por el art. 56.1.a), en relación con el art. 53.5, ambos del Estatuto de los Trabajadores. El salario diario del actor asciende a 49,75 euros (hecho probado primero) y el período de tiempo de servicios a computar es el comprendido entre el 9 de diciembre de 1997 (hecho probado primero) y el 25 de julio de 2003 (hecho probado sexto), lo que hace un total de 4 años, 7 meses y 16 días. Partiendo de los datos expresados, que es obligado seguir por su constancia en el relato fáctico, la indemnización asciende a la suma de 10.372,97 euros. De esta cantidad habrá de descontarse la suma de 5064,87 euros, ya percibida en concepto de indemnización. Por tanto, lo adeudado por este concepto asciende a 5.308,10 euros.

OCTAVO.- Como salarios de tramitación deben abonarse al trabajador los "dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia del despido o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación" [ art. 56.1.b) ET ]. Por otra parte, y en relación con este extremo, se dice en el ordinal décimo-tercero del relato de hechos probados lo siguiente: "A efectos de posibles salarios de tramitación se hace constar que el actor causó baja laboral por accidente no laboral en fecha 30.8.03, situación en la que permanece". Por todo ello el importe total de los salarios de tramitación habrá de fijarse, en su caso, en ejecución de sentencia teniendo en cuenta, tanto los extremos referidos en el mencionado art. 56.1.b) ET, como las consecuencias derivadas de la situación expresada en el transcrito ordinal del relato fáctico.

En todo caso procede la absolución de la también demandada Servicios Generales S. L. (Grupo Cess), contra la que se dirigió la demanda exclusivamente por las cuestiones relativas a la supuesta cesión ilegal de trabajadores.

No hay condena en costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado don Enrique Lillo Pérez, en representación de don Diego, contra la sentencia dictada el 9 de junio de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 1919/2004, sentencia que casamos y anulamos.

Estimamos el recurso de suplicación formalizado por la Letrada doña Gloria Poyatos i Matas, en representación de don Diego, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Girona, de fecha 6 de noviembre de 2003, dictada en autos núm. 601/2003, y revocamos esta sentencia.

Estimamos la demanda formulada por don Diego contra Saba Aparcamientos S, A. (Grupo Saba), declaramos improcedente el despido del demandante y condenamos a dicha empresa a que, a opción del demandante, que habrá de ejercitar dentro del plazo de cuatro días a partir de la notificación de esta sentencia, lo readmita en su puesto de trabajo habitual, en idénticas condiciones a las que tenía antes de producirse el despido, o le indemnice en la suma de 5308,10 euros, según lo razonado en el fundamento jurídico séptimo de esta sentencia. Asimismo condenamos a la empresa a que, cualquiera que sea la opción efectuada por el trabajador, abone a éste los salarios dejados de percibir desde el 25 de julio de 2003 hasta la fecha de notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, los cuales se fijarán, en su caso, en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta dichos extremos así como la situación derivada de accidente no laboral, a que se hace referencia en el fundamento jurídico octavo de esta sentencia.

Absolvemos a la también demandada Servicios Generales S. L. (Grupo Cess).

Sin condena en costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Pablo Cachón Villar hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ