

Roj: **STS 199/2014 - ECLI:ES:TS:2014:199**Id Cendoj: **28079140012014100002**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/01/2014**Nº de Recurso: **1238/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "KONECTA BTO, S.L.", representada y defendida por la Letrada Doña Elisa Navas Sánchez, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 5-marzo-2013 (rollo 341/2013), recaída en recurso de suplicación interpuesto por la citada empresa contra la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao en fecha 20-julio-2012 (autos 433/2012), en proceso seguido a instancia de Doña Camila contra la empresa ahora recurrente sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido Doña Camila, representada y defendida por el Letrado Don Enrique Lillo Pérez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de marzo de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 341/2013, interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, en los autos nº 433/2012, seguidos a instancia de Doña Camila, contra la empresa "Konecta BTO, S.L." sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, es del tenor literal siguiente: " *Que desestimamos los Recursos de Suplicación interpuestos por Doña Camila y la empresa 'Konecta BTO, S.L.', frente a la Sentencia de 20 de Julio de 2012 del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, en autos nº 433/12, confirmando la misma en su integridad. Se condena en costas a la empresa 'Konecta BTO, S.L.', incluyendo los honorarios del letrado de la parte impugnante del recurso, que fijan en 800 euros. Se decreta al pérdida de las cantidades objeto de depósito y consignación, a las que se dará el destino legal* ".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 20 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, contenía los siguientes hechos probados: " *1º.- La actora Doña Camila ha venido prestando servicios para la empresa 'Konecta BTO, S.L.' con una antigüedad de 13-12-2010, categoría profesional de gestor telefónico y salario mes de 1.463,89 euros, con p/p de pagas extras. 2º.- La demandante suscribió contrato de trabajo indefinido a tiempo completo. Se da por reproducido el mismo al obrar en la prueba documental. 3º.- Con fecha 1-3-2012, la empresa remitió carta de extinción del contrato en la que literalmente se dice: "Por el presente escrito le comunicamos, que esta empresa ha decidido extinguir su contrato de trabajo por causas objetivas al amparo de lo determinado en el artículo 52. d) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, ya que concurren las circunstancias reseñadas en el mencionado artículo y que se concretan en faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcanzan el 24,39% por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos. Sin computar como faltas de asistencia a ningún efecto las ausencias debidas a huelgas*



legales, ejercicio de actividad propia de representante de los trabajadores, accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones y enfermedades o accidentes no laborales, cuando las bajas han sido acordadas por los correspondientes servicios sanitarios oficiales y han durado más de veinte días, 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, se ha podido constatar lo siguiente: a) Que sus faltas de asistencia al trabajo aún justificadas alcanzan el 24,39% de las jornadas laborales entre el 03/03/2011 al 03/05/2011, como consecuencia de las siguientes faltas de asistencia: Del 3/03/2011 al 13/03/2011 con un total de 7 días. Causa inasistencia: Enfermedad Común. Del 22/03/2011 al 23/03/2011 con un total de 2 días. Causa inasistencia: Enfermedad Común. Del 19/04/2011 al 19/04/2011 con un total de 1 días. Causa inasistencia: Enfermedad Común. b) Que en el período señalada desde 03/03/2011 al 03/05/2011 usted tenía programados 41 días de trabajo. Por todo lo expuesto, la extinción de su contrato se producirá con efectos de hoy día 1 de marzo de 2012. En esta fecha se le hará efectiva su correspondiente liquidación de saldo y finiquito. En cuanto a la indemnización que a razón de 20 días de salario por año de servicio le corresponde según el art. 53.1) del Estatuto de los Trabajadores, le comunicamos que ésta asciende a la cantidad de cuatro mil novecientos sesenta y dos euros con ochenta y cuatro céntimos (4.962,84 €). Asimismo se pone a su disposición la cantidad bruta quinientos ochenta y ocho euros con ochenta y nueve céntimos (588,89 €) equivalentes a 15 días de salario en compensación por la falta de preaviso. El importe total de indemnización más preaviso, se le hace efectivo en este acto mediante talón nominativo nº 0.873.982-0-4201-1 de la entidad bancaria "La Caixa", por un importe total de cinco mil quinientos cincuenta y un mil quinientos cincuenta y un euros con setenta y tres céntimos (5.551,736). La demandante ha percibido las cantidades que refiere la carta de extinción del contrato de trabajo. 4º.- La demandante ha estado en situación de baja los periodos que a se refiere la comunicación escrita. 5º.- Se da por reproducido el Convenio Colectivo de empresa del sector de contact center. 6º.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical alguno. 7º Con fecha 22-4-12 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que estimando en parte la demanda formulada por Doña Camila frente a KONECTA BTO S.L., debo declarar y declaro el despido causado a la actora como improcedente y en su consecuencia debo condenar y condeno a la empresa KONECTA BTO S.L. a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora - en este caso con devolución de la indemnización percibida-, o el abono de la indemnización de 2.659,07 euros - que se compensará con la percibida -; Asimismo, para el supuesto de que opte la empresa por la readmisión de la demandante, a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (1-3-12) hasta la notificación de esta sentencia a razón de 48,13 euros al día".

TERCERO.- Por la Letrada Doña Elisa Navas Sánchez, en nombre y representación de la empresa "Konecta BTO, S.L.", formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 30-diciembre-2011 (rollo 2530/2011). SEGUNDO.- Alega infracción de lo dispuesto en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción del RD 3/12 y arts. 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución Española.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 19 de septiembre de 2013 se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida, Doña Camila, representada y defendida por el Letrado Don Enrique Lillo Pérez para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 9 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si procede o no la aplicación de la nueva regulación del art. 52.d) ET efectuada por el RDL 3/2012 para poder efectuar válidamente el denominado despido objetivo por absentismo laboral, computando a tal fin las faltas al trabajo justificadas pero intermitentes que se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

2.- En dicho precepto, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11-02-2012), que entró en vigor el día 12-febrero-2012 (DF 16ª), se estableció que el contrato de trabajo podría extinguirse por causas objetivas " Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en



dos meses consecutivos, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses " y que " 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 " .

3.- La sentencia de instancia (JS/Bilbao nº 10 de fecha 20-julio-2012 -autos 433/2012), estimó en parte la demanda formulada por la trabajadora demandante contra la empresa demandada en reclamación por despido, rechazando, por una parte, la pretensión de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, y, por otra parte, declarando la improcedencia del despido objetivo por absentismo laboral ex art. 52.d) ET impugnado, argumentando, en esencia, que al eliminar el RDL 3/2012 el requisito contenido en la normativa anterior relativo a que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5% dentro del mismo periodo de tiempo, efectúa una modificación " *in peius* " de la causa extintiva que debe ser objeto de aplicación restrictiva y que no puede aplicarse retroactivamente, como con relación a las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales garantiza el art. 9.3 CE , como efectúa la empresa aplicando la nueva norma a hechos acontecidos bajo la vigencia de la norma derogada sin aplicar el índice total de absentismo de la plantilla exigido en esta última y que en el supuesto enjuiciado no concurría. En el presente caso, según la narración fáctica descrita en los antecedentes de esta resolución, y en lo que aquí interesa, concurren las siguientes circunstancias : **a)** la trabajadora estuvo de baja por incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, durante 7 días en el periodo de 03-03-2011 al 13-03-2011, durante 2 días en el periodo 22-03-2011 al 23-03-2011 y durante 1 días en el periodo 19-04-2011 al 19-04-2011; **b)** durante el periodo 03-03-2011 al 03-05- 2011 (dos meses consecutivos) la actora tenía programados 41 días de trabajo; y **c)** el día 01-03-2012 la demandante recibió carta de la demandada en la que se le comunica el despido con efectos de la misma fecha, al amparo de los artículos 52.d) y 53.1.b) ET , debido a sus faltas justificadas al trabajo, que alcanzan el 24,39 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos.

4.- Recurrida la sentencia de instancia en suplicación tanto por la trabajadora pretendiendo la nulidad del despido como por empresa propugnando su procedencia, la sentencia de suplicación (STSJ/País Vasco 5-marzo-2013 -rollo 341/2013), desestima ambos recursos. En esencia, la Sala de suplicación, -- y en cuanto ahora afecta, pues la trabajadora no formuló recurso de casación instando la nulidad del despido --, rechaza la aplicación al caso de la nueva redacción dada al artículo 52.d) por la Ley 3/2012 , argumentando, que la determinación de la norma aplicable depende, no del momento en el que se entregó la carta de despido, sino del momento en el que tuvieron lugar los hechos en los que el mismo se basa, al no contemplarse en la citada Ley su aplicación retroactiva y por ser la misma contraria a lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española .

5.- Contra la citada sentencia se interpone por la empresa demandada recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la STSJ/Asturias de fecha 30-diciembre-2011 (rollo 2530/2011) .

SEGUNDO .- 1.- Procede el examen de la sentencia invocada como contradictoria para determinar si concurre el requisito de la contradicción tal y como lo enuncia el art. 219.1 LRJS que supone que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste desestimó el recurso de suplicación formulado por la trabajadora allí demandante contra la sentencia de instancia, la cual así mismo había desestimado la demanda formulada por la citada trabajadora contra la propia empresa ahora demandada en reclamación por despido. Como resulta de dicha sentencia la demandante había permanecido en situación de IT, entre otros, en el periodo del 16 al 20 de septiembre de 2010 y el 03-06-2011 la empresa entregó a la actora comunicación de extinción del contrato, al amparo del art. 52.d) ET . La sentencia razona que el cómputo de las ausencias justificadas producidas en el mes de septiembre de 2010 no implica una aplicación retroactiva de la reforma introducida en el art. 52.d) ET por la DA 20ª de la Ley 35/2010 , ya que no hay tal retroactividad, como ha señalado el Tribunal Constitucional, cuando una Ley regula de manera diferente y " *pro futuro* " situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos jurídicos no se han consumado (STC 227/88), ni se infringe el principio de seguridad jurídica porque el legislador lleve a cabo modificaciones en las normas legales que entran en el ámbito de su potestad legislativa e incidirán necesariamente en las relaciones o situaciones jurídicas preexistentes.



3.- Por esta Sala en su STS/IV 16-octubre-2013 (rcud 446/2013), dictada en supuesto de trabajadora de la misma empresa aquí recurrente, en situación sustancialmente idéntica, y con la misma sentencia de contraste, se afirmó que " *Entre las sentencias, comparadas concurren las identidades exigidas por el art. 219 de la LRJS . En ambos casos se trata de trabajadoras que han permanecido en situación de IT determinados periodos y que la empresa procede a extinguir su contrato de trabajo, al amparo del art. 52.d) ET , por superar dichas faltas, aun justificadas, el umbral establecido en el precitado art. 52.d) ET . En ambos supuestos las ausencias al trabajo se producen en una fecha anterior a la entrada en vigor de una norma que introduce determinadas modificaciones en los requisitos exigibles para proceder a la extinción del contrato al amparo del art. 52.d) ET , planteándose si es posible la aplicación de la nueva norma a las ausencias anteriores a su entrada en vigor. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que no procede su aplicación, la de contraste entiende que es plenamente aplicable " y que " *Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida la norma aplicable sea la modificación introducida por el RD Ley 3/2012 de 10 de febrero -que suprimió el requisito de que tenía que existir un absentismo de un 2'5% en la plantilla de la empresa en el periodo de referencia- y en la de contraste la modificación introducida por la DA 20 de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre -que reduce el índice de absentismo de la plantilla de un 5% al 2'5%-, pues lo relevante es si se aplica la nueva regulación a ausencias producidas antes de la entrada en vigor de la misma " .**

4. Cumplidos los requisitos de los arts. 219 y 224 de la LRJS procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO .- 1.- La cuestión controvertida ha sido ya resuelta por esta Sala en sus SSTS/IV 16-octubre-2013 (rcud 446/2013) y 3-diciembre-2013 (rcud 737/13), así como en las recaídas en esta misma fecha de 10-diciembre-2013 en los recursos de casación unificadora números 1041/2013 , 790/2013 y 802/2013 , cuyo doctrina asumimos y reiteramos; en especial, en la primera de ellas se razona en esencia que:

"La cuestión planteada consiste en determinar si es aplicable esta última redacción del precepto a las ausencias de la actora, anteriores a la entrada en vigor de la nueva redacción de la norma, lo que justificaría la extinción del contrato por causas objetivas, o ha de aplicarse la redacción vigente cuando se produjeron las ausencias, en cuyo caso no procedería el despido objetivo ya que no se ha acreditado que el absentismo de la plantilla en igual periodo alcanzara el 2'5%.

La Sala entiende que esta última solución es la adecuada a derecho por lo que no habría justa causa para proceder a la extinción del contrato de la actora.

Las razones son las siguientes:

1º.- El RD Ley 3/2012, de 10 de febrero contiene una disposición final decimosexta en la que se limita a consignar que entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que se efectuó el 11 de febrero de 2013, y si bien contiene doce disposiciones transitorias, que abordan problemas de entrada en vigor de la norma respecto a distintas cuestiones, actuación de ETT como agencias de colocación, bonificaciones en contratos vigentes, reposición de las prestaciones de desempleo, etc..., no contiene disposición alguna que establezca un régimen transitorio aplicable a la extinción de contratos de trabajo realizados al amparo del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores . En consecuencia, la entrada en vigor de la nueva redacción del precepto para las extinciones por dicha causa se produce a partir del 12 de febrero de 2012, ya que en el RD Ley no está previsto efecto retroactivo para el artículo 52 d) ET .

2º.- El artículo 9.3 de la Constitución proclama con total rotundidad que la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y, aplicar la nueva redacción del artículo 52 d) ET a situaciones acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, supone no respetar la irretroactividad de las normas que, en este supuesto, son restrictivas del derecho de la actora, pues eliminan un requisito -el absentismo del 2'5% de la plantilla- para que el contrato pueda extinguirse a instancia del empresario por justa causa .

3º.- El artículo 2.3 del Código Civil dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario y, tal como ha quedado consignado en el ordinal primero, el RD Ley, salvo para las concretas materias expresamente relacionadas en el mismo, no dispone que sus normas tengan carácter retroactivo, por lo que ha de predicarse la irretroactividad de la regulación que contiene el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero.

Por lo anteriormente razonado no procede la aplicación al supuesto examinado de la redacción dada al artículo 52 d) ET por el RD Ley de 3/2012, de 10 de febrero, lo que acarrea la desestimación del recurso formulado".

2.- Dado que la situación de la trabajadora demandante en el caso que aquí enjuicamos es sustancialmente idéntica al supuesto resuelto en la referenciadas sentencias de esta Sala, siendo la misma empresa la también aquí recurrente, y el recurso formulado en idénticos términos, la doctrina que emana de dicha sentencia, con los razonamientos transcritos, nos lleva al igual que en aquéllos casos al rechazo de las supuestas infracciones que denuncia el recurso.



CUARTO.- Los razonamientos precedentes conllevan, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación unificador interpuesto por la empresa, con imposición a la recurrente de las costas causadas, pérdida del depósito constituido para recurrir y de la consignación efectuada a la que se dará el destino legal (arts. 228.3 y 235.1 LRJS).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la empresa "KONECTA BTO, S.L." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 5-marzo-2013 (rollo 341/2013), recaída en recurso de suplicación interpuesto por la citada empresa contra la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao en fecha 20-julio-2012 (autos 433/2012), en proceso seguido a instancia de Doña Camila contra la empresa ahora recurrente. Se condena en costas a la recurrente y se acuerda la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir a los que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ,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. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.