

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 85/2019 de 4 Feb.
2019, Rec. 1113/2017**

Ponente: Gullón Rodríguez, Jesús.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1113/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 85/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 4 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Ignasi Jornet Forner, en nombre y representación de D. Segundo , contra la sentencia de 19 de enero de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 6271/2016 , formulado frente a la sentencia de 27 de junio de 2016 dictada en autos 98/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 1 Tortosa seguidos a instancia de D. Segundo contra Laser Baix Ebre SL y Comes SA y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, Laser Baix Ebre SL y Comes SA representada por el letrado José María Comas Ferrerons.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de junio de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Tortosa, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "DESESTIMO la demanda presentada a instancia de Segundo contra Laser Baix Ebre SL y Comes SA y declaro procedente el despido objetivo efectuado en fecha 29 de enero de 2016, absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos contra ella formulados".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **Primero.-** El demandante Segundo inició prestación de servicios para la empresa Laser Baix Ebre SL en fecha 14-10-2002, ostentando la categoría profesional GR PROF 6, y percibiendo un salario diario con inclusión de prorrata de pagas extras de 59,59 euros (Hecho no controvertido).- **Segundo.-** Por carta de la empresa demandada de fecha 29 de enero de 2016 se comunicó al actor su despido objetivo con efectos de fecha 29 de enero de 2016.- La carta obra en las actuaciones y se tiene por reproducida a los efectos de su integración al presente relato fáctico (Documentos 1 de la parte

actora y de la parte demandada).- **Tercero.-** La empresa demandada abonó al actor, por transferencia bancaria el importe de la indemnización, compensación por falta de preaviso y vacaciones (16.776,94 euros) (Documentos 2 y 3 de la parte demandada).- **Cuarto.-** El actor faltó al trabajo por estar en situación de incapacidad temporal los siguientes períodos: Del 3 al 11 de febrero de 2015.- Del 21 al 22 de mayo de 2015.- Del 21 al 26 de octubre de 2015.- Del 28 de octubre al 6 de noviembre de 2015 (Hecho no controvertido).- **Quinto.-** El actor faltó al trabajo las siguientes jornadas: Mes de febrero: 7 jornadas.- Mes de mayo: 2 jornadas.- Mes de octubre: 7 jornadas.- Mes de noviembre: 5 jornadas (Hecho no controvertido).- **Sexto.-** El actor debía prestar sus servicios laborales en las jornadas que se relacionan: Mes de febrero: 20 jornadas.- Mes de mayo: 19 jornadas.- Mes de octubre: 21 jornadas.- Mes de noviembre: 21 jornadas (Hecho no controvertido).- **Séptimo.-** El demandante no ocupa, ni ha ocupado en el último año, cargo representativo o sindical.- **Octavo.-** Se interpuso papeleta de conciliación ante el organismo público competente en fecha 16-2-2016, teniendo lugar del día 2-3-2016 con el resultado de sin avenencia."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 19 de enero de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación de Segundo, y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social de Tortosa en fecha de 27/6/2016, emitida en los autos 98/2016. No corresponde pronunciamiento sobre costas."

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Segundo el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 23 de octubre de 2015 y la infracción del artículo 5 del Código civil, en relación con el art. 52 d) ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 26 de julio de 2017, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 23 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Debemos resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina el problema referido al modo temporal en el que han de tenerse en cuenta las ausencias intermitentes y justificadas al trabajo por enfermedad durante cuatro meses discontinuos en un periodo de doce, y más específicamente si esos cuatro meses han de computarse por meses naturales o de fecha a fecha, todo ello en el marco de aplicación del artículo 52 d) ET en un despido por las causas objetivas previstas en ese precepto, lo que además comportará decidir si cabe imputar el porcentaje de las referidas ausencias en un periodo de tiempo inferior a los cuatro meses previstos en la norma.

En el supuesto que se nos plantea ahora consta en los hechos probados de la sentencia de instancia, transcritos en otra parte de esta resolución, que el trabajador demandante tuvo las siguientes ausencias justificadas al trabajo por incapacidad temporal durante el año 2015 (enero-diciembre): del 3 al 11 de febrero de 2015; del 21 al 22 de mayo de 2015; del 21 al 26 de octubre de 2015; y del 28 de octubre al 6 de noviembre de 2015, lo que suponía más del 25% de las jornadas hábiles en el periodo computado por la demandada. Ello motivó que la empresa tomase la decisión de proceder al despido por causas objetivas con efectos de 29 de enero de 2016, poniendo a disposición del empleado la indemnización legalmente prevista.

2. Interpuesta demanda por despido, el Juzgado de Tarrasa desestimó la misma y declaró que la decisión empresarial resultaba ajustada a derecho en la sentencia de 27 de junio de 2016, en la que sigue decisiones anteriores de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, teniendo en cuenta que -se afirma en ella- con independencia de que los meses se computaran de fecha a fecha como se establece en la STS de 9/12/2010 (rcud. 842/2010), siempre que el número de ausencias supere el 25% dentro de un año -en el caso el 25,92%-- es indiferente que las mismas se produzcan en un periodo inferior a esos cuatro meses (tres en este caso).

Frente a esa sentencia se planteó recurso de suplicación, que fue resuelto por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 19/01/2017 , que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, en la que se confirmó la decisión de instancia.

Para la Sala de suplicación la cuestión referida al cómputo de esos cuatro meses había sido resuelta en decisiones anteriores de la misma, en el sentido de que " ... superado el número de faltas de asistencia durante un período de tres meses discontinuos del previsto para los cuatro meses en la normativa legal, resulta notorio que concurría la causa prevista en la misma, no resultando exigible que, en cada uno de los referidos períodos mensuales tomados como módulo de referencia -en aras a determinar la aplicabilidad del precepto, que de forma expresa se refiere a cuatro meses discontinuos como período global- exista determinado número de ausencias laborales, al no preverse tal requisito legalmente ...". De lo que deducía en el caso la sentencia recurrida que " ... es evidente que se dan las circunstancias justificativas del despido y corresponde confirmar la procedencia del mismo".

SEGUNDO.- Se recurre esa sentencia ahora en casación para la unificación de doctrina, denunciándose la infracción del artículo 5 del Código Civil, en relación con el 52. d) ET y la jurisprudencia que lo ha interpretado, proponiendo como sentencia de contraste la dictada en fecha 23/10/2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha . En ella, como va a verse enseguida, se resolvió un caso que guarda en relación con el de la sentencia recurrida la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el art. 219 LRJS para la viabilidad del recurso de unificación.

Se trataba allí de un despido objetivo de un trabajador producido al amparo del art. 52 d) por ausencias justificadas no discutidas en su realidad, que suponían más del 25% de las jornadas hábiles, en el que se proyectaban tales ausencias sobre cuatro meses naturales discontinuos, con la siguiente distribución cronológica: del 27-02-2012 al 2- 03-2012; del 10-06-2012 al 25-06-2012; del 15-06-2012 al 25-06-2012; del 27-06-2012 al 30-06-2012; y del 20-09-2012 al 01-10-2012. Suponían un total de 92 jornadas hábiles y más del 25% de las mismas.

En ella se aplica la doctrina contenida en la STS de 9/12/2010 (rcud. 842/2010) en la que se afirma con claridad que el cómputo de los cuatro meses discontinuos a que se refiere el art. 52. d) ET ha de llevarse a cabo de fecha a fecha y no por meses naturales. Partiendo de esa doctrina se llega a la conclusión en el caso que resuelve de que en el sistema de cómputo indicado "... no cabe entender incluidos cuatro meses completos de fecha a fecha y de carácter discontinuo. Puesto que si la primera fecha de baja por IT que se tiene en cuenta por la empresa es el 27-02-2012, el cómputo del primer mes de fecha a fecha se extendería hasta el 26-03-2012; a su vez, respecto al segundo mes a computar, siendo la siguiente situación de IT contemplada la de 10-06-2012, el cómputo de fecha a fecha del segundo mes se extendería hasta el 9-07-2012, tras lo cual, la siguiente situación de IT sería la iniciada el 20-09-2012, y el mes a computar de fecha a fecha se extendería hasta el 19-10-2012; resultando de ello que los meses discontinuos tenidos en cuenta por la empleadora no serían cuatro, sino tres, no cumpliéndose por tanto la previsión legal en la que se sustentaba el despido objetivo, esto es, faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 25 % de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, implicando por tanto la calificación del despido como improcedente ...".

Como ya habíamos anticipado, la contradicción entre la sentencia de contraste que acabamos de resumir y la sentencia recurrida es evidente, porque aún cuando en aquella no se plantea

frontalmente el problema de si cabe proyectar el cómputo de las bajas justificadas que alcancen el 25% de las jornadas hábiles sobre un periodo inferior a los cuatro meses discontinuos, la realidad es que se resuelve ese problema al rechazar la posibilidad de que el mismo se produzca sobre tres meses discontinuos, con lo que el resultado que se obtiene es contrapuesto al de la sentencia recurrida, tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, y determina que esta Sala deba unificar la doctrina señalando aquella que resulte ajustada a derecho, tal y como exigen los arts. 219 y 228.2 LRJS .

TERCERO.- 1. Para resolver el problema planteado hemos de partir necesariamente de la sentencia de esta Sala que cita la recurrida, con independencia de que las conclusiones que de ella se extraigan no coincidan con los planteamientos de ésta. Nos referimos a la STS de 5/10/2005 (rcud. 3648/2004), en la que se desarrollan con carácter general los elementos básicos del despido objetivo previsto en el art. 52 d) ET , el que -se dice en esa sentencia- se contienen dos períodos o sistemas en los que acotar las ausencias: " ... o bien las faltas alcanzan el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos. En ambos casos lo que cuenta son los períodos en conjunto. Se trata de, o bien de dos meses o bien de cuatro. Ese es el extremo relevante para la norma y el hecho de que no se tenga en cuenta un solo mes y de que el período se prolongue a dos o cuatro meses tiene por objeto registrar una inasistencia persistente, con reducción o aumento proporcional del porcentaje. La distinta distribución observa dos parámetros ... En el caso de los cuatro meses, éstos serán discontinuos, en un período de doce y el volumen de faltas se eleva al 25 por ciento. A un período menos prolongado y más concentrado corresponde un porcentaje inferior, a un período no sólo más largo sino más dilatado debido a su discontinuidad, se eleva el porcentaje al 25 por ciento. Es evidente que el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores está tomando en consideración períodos integrados por dos o cuatro meses y que a ellos se refiere el porcentaje ...".

De esa doctrina general citada por la sentencia recurrida no cabe desprender en absoluto que en el caso del cómputo de las ausencias justificadas que supongan el 25% de las jornadas hábiles, éstas se puedan proyectar sobre un tiempo inferior a los cuatro meses previstos en la norma, sino más bien lo contrario.

2. Por otra parte, esos cuatro meses discontinuos han de computarse no por meses naturales, sino que, como se dijo en nuestra STS de 9/12/2010 (rcud. 842/2010) que es la base jurídica de la sentencia de contraste, la ausencia de cualquier previsión normativa al respecto determina que haya de acudir para resolver el problema al criterio que pueda derivarse de la finalidad del artículo 52 d) ET . " ... En efecto, el despido por faltas de asistencia al trabajo, aunque estén justificadas, tiene por objeto luchar contra el absentismo, cuya influencia negativa en la marcha normal de la relación laboral es evidente, máxime si el general de la empresa rebasa el 5 %, situación cuya corrección exige de medidas al efecto, aunque sean traumáticas. Ello determina que la solución que hayamos de adoptar sea la más acorde con esa finalidad. Pues bien, aceptando el criterio de los meses naturales ... determinados días de falta de asistencia al trabajo pueden quedar fuera del cómputo ... cuando la falta de asistencia al trabajo se produce en los días finales de un mes y primeros del siguiente, en cuyo caso estos últimos no se computarían. Tal conclusión sería abiertamente contraria a la finalidad de la norma. Debiendo en consecuencia aceptarse el criterio de la recurrida -cómputo por meses de fecha a fecha que encuentra apoyo en el precepto del art. 5 del Código Civil y es acorde con la finalidad de la norma".

Desde la perspectiva que ofrecen las sentencias de la Sala reseñadas aparece claro entonces que la finalidad de la norma ha de ser alcanzada sobre unos lapsos temporales concretos, que en el caso de las ausencias justificadas que se proyecten sobre cuatro meses y supongan el 25% o más de las jornadas hábiles, no sólo habrán de computarse de fecha a fecha, sino que será necesario que se incluyan esos cuatro meses en el tiempo sujeto a cómputo, pues en otro caso no se cumpliría la finalidad de la norma de que las bajas intermitentes para que realmente tengan esa condición han de analizarse en un marco de tiempo específico previsto por el legislador, no en otro inferior que podría desvirtuar ese cómputo en cuatro meses discontinuos, como ocurrió aquí

en la sentencia recurrida, en la que de hecho se aprecia como causa válida para el despido objetivo llevado a cabo por la empresa el hecho de que las bajas se produjeran durante tres meses intermitentes, no cuatro, computados de fecha a fecha.

CUARTO.- 1. Por ello, tal y como se ha razonado, la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste lo que implica que, oído el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado para casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando el de tal clase interpuesto por el demandante en su día y revocar la sentencia de instancia estimando la demanda por despido planteada para declarar el despido del actor improcedente, con las consecuencias legales previstas en el artículo 53.5 b), en relación con el art. 56 ET , debiendo el empresario ejercitar en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia previsto en esa norma, la opción entre la readmisión o el abono de la correspondiente indemnización, sin perjuicio de procederse al descuento, en su caso, de la ya percibida por el despido objetivo llevado a cabo en su día.

2. Sin costas, de conformidad con lo previsto en el art. 235.1 LRJS .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Ignasi Jornet Forner, en nombre y representación de D. Segundo , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 19 de enero de 2017 en el recurso de suplicación núm. 6271/2016 .

2º) Casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate en suplicación, estimar el de tal clase interpuesto por el demandante en su día frente a la sentencia de 27 de junio de 2016 dictada en autos 98/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 1 Tortosa seguidos a instancia de D. Segundo contra Laser Baix Ebre SL y Comes SA y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

3º) Revocar la sentencia de instancia estimando la demanda por despido planteada para declarar el despido del actor improcedente, con las consecuencias legales previstas en el artículo 53.5 b), en relación con el art. 56 ET , debiendo el empresario ejercitar en el plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia previsto en esa norma, la opción entre la readmisión o el abono de la correspondiente indemnización, sin perjuicio de procederse al descuento, en su caso, de la ya percibida por el despido objetivo llevado a cabo en su día.

3º) Sin costas

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.