

Roj: STS 5236/2013

Id Cendoj: 28079140012013100694

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 446/2013

Nº de Resolución:

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Tipo de Resolución: Sentencia

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Octubre de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D<sup>a</sup> Elisa Navas Sánchez, en nombre y representación de KONECTA BTO, S.L contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 6 de noviembre de 2012, recaída en el recurso de suplicación nº 2445/12 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao, dictada el 11 de julio de 2012 , en los autos de juicio nº 346/12, iniciados en virtud de demanda presentada por Asunción , contra KONECTA BTO S.L. y FOGASA, sobre DESPIDO.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de julio de 2012, el Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda deducida por Asunción frente a KONECTA BTO S.L. y FOGASA, absolviendo a la empresa de las pretensiones deducidas".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "**PRIMERO** . La actora Doña Asunción , con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios para la empresa demandada KONECTA BTO, S.L., con la categoría profesional de gestor telefónico, antigüedad desde el 13/12/10 y salario bruto mensual de 766,92 euros, incluida prorrate de pagas extraordinarias, correspondiendo el mismo a una reducción de jornada al 64,1%. El salario que correspondería a la jornada completa ascendería a 1.196,40 euros mensuales con inclusión de prorrate. **SEGUNDO** . La actora ha permanecido en situación de IT derivada de EC durante los siguientes periodos: del 23/11/11 hasta el 25/11/11; del 1/12/11 al 2/12/11; y del 2/01/12 al 10/01/12. **TERCERO** . Según cuadro aportado por la empresa como documento nº23 de su ramo y que se da por reproducido, la trabajadora tenía asignados 40 días de trabajo entre el 23.11.11 y el 23.01.12. **CUARTO** . La empresa comunicó a la trabajadora carta fechada el 1/03/12 del siguiente tenor literal: "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 la circunstancias reseñadas en el mencionado artículo y que se concretan en faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcanzan el 26,83% 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 aun justificadas, alcanzan el 26,83% por ciento de las jornadas laborales entre el 23.11.11 y el 23.1.12, como consecuencia de las siguientes faltas de asistencia: De 23.11.11 al 25.11.11 con un total de 3 días. Causa inasistencia: Enfermedad común. De 1.12.11 al 2.12.11

con un total de 2 días. Causa inasistencia: Enfermedad común. De 2.1.12 al 10.1.12 con un total de 6 días. Causa inasistencia: Enfermedad común. b) Que en el periodo señalado desde 23.11.11 al 23.1.12 usted tenía programados 41 días de trabajo. Por todo lo expuesto, la extinción de su contrato de trabajo 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. 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores, le comunicamos que ésta asciende a la cantidad de NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS CON NOVENTA Y OCHO CÉNTIMOS (9.559,98 EUROS). Asimismo, se pone a su disposición la cantidad bruta de QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (588,89 euros) equivalentes a 15 días de salario en compensación por la falta de preaviso. Sírvese firmar el duplicado de la presente para nuestra constancia y archivo. El importe total de indemnización más preaviso, se le hace efectivo en este acto mediante talón nominativo nº NUM001 de la entidad bancaria 'LA CAIXA', por un importe total de DIEZ MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (10.148,87 euros). **QUINTO**. La actora no ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. **SEXTO**. Se intentó la conciliación administrativa previa sin efecto el 23/04/12 habiéndose presentado papeleta de conciliación el 28/03/12."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D<sup>a</sup> Asunción, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 6 de noviembre de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Asunción, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 9 de los de Bilbao, de 11 de julio de 2012, que se revoca. En su lugar, declaramos la nulidad del despido de la aquí recurrente, acordado, el día 1 de marzo de 2012, por la empresa Konecta Bto S.L., a la que condenamos a la inmediata readmisión de la actora y al abono de los salarios dejados de percibir desde su cese hasta la fecha de notificación de la presente resolución o la concurrencia alguno de las situaciones previstas en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, sin que se pueda deducir de los mismos los correspondientes al periodo de preaviso, debiendo reintegrar la trabajadora a la empresa el importe de la indemnización de despido percibida, una vez sea firme esta resolución. No ha lugar a pronunciamiento sobre el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de su eventual responsabilidad legal y subsidiaria. Sin costas".

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la letrada D<sup>a</sup> Elisa Navas Sánchez, en nombre y representación de KONECTA BTO, SL., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 30 de septiembre de 2011, recurso 2530/11.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 9 de octubre de 2013, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** El Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao dictó sentencia el 11 de julio de 2012, autos 346/12, desestimando la demanda formulada por Doña Asunción frente a Konecta Bto SL y FOGASA, en reclamación por despido. Tal y como resulta de dicha sentencia la actora ha venido prestando servicios para la demandada desde el 13-12-2010, teniendo reducida la jornada por cuidado de hijo. La actora ha permanecido en situación de IT derivada de enfermedad común los siguientes periodos: del 23-11-11 hasta el 25-11-11; del 1-12-11 hasta el 2/12/11 y del 2/1/12 hasta el 10/1/12. Tenía asignados 40 días de trabajo entre el 23-11-11 y el 23-1-12. El 1-3-12 la empresa comunicó a la actora que procedía a extinguir su contrato por causas objetivas, al amparo del artículo 52d) ET, en redacción dada por RD Ley 3/12 de 10 de febrero, ya que ha tenido faltas al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcanzan el 26'83% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, poniendo a su disposición la cantidad de 9.559'98 euros, en concepto de indemnización y 10.148'87 euros, en concepto de falta de preaviso.

Recurrida en suplicación por la actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco dictó sentencia el 6 de noviembre de 2012, recurso 2445712, estimando el recurso formulado, declarando la nulidad del despido, condenando a la demandada a la inmediata readmisión de la actora y al abono de los salarios dejados de percibir desde su cese hasta la fecha de

notificación de la sentencia. La sentencia razona que el requisito suprimido por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, para justificar el despido objetivo por la causa prevista en el artículo 52 d) ET -absentismo del 2'5 % de la plantilla en el mismo periodo en el que se produce el absentismo del trabajador- no resulta exigible en el supuesto en el que la extinción de la relación laboral por falta de asistencias al trabajo se acuerde bajo la vigencia de la nueva norma pero con fundamento exclusivo en ausencias acaecidas en una horquilla temporal comprendida en un periodo anterior a la promulgación de la norma.

Contra la citada sentencia se interpone por la demandada Konecta Bto. SL recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 30 de diciembre de 2011, recurso 2530/11 .

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima que el mismo es improcedente.

**SEGUNDO** .- Procede el examen de la sentencia invocada para determinar si concurre el requisito de la contradicción tal y como lo enuncia el artículo 219 LRJS que supone que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 30 de diciembre de 2011, recurso número 2530/11 , desestimó el recurso de suplicación formulado por Doña Valle contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés, que había desestimado la demanda formulada por la citada recurrente contra Konecta Bto SL., en reclamación por despido. Tal y como resulta de dicha sentencia la actora venía prestando servicios para la demandada desde el 12 de julio de 2007, habiendo permanecido en situación de IT, entre otros, en el periodo del 16 al 20 de septiembre de 2010. El 3 de junio de 2011 la empresa demandada entregó a la actora comunicación de extinción del contrato, al amparo del artículo 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 artículo 52 d) ET por la DA vigésima 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.

Entre las sentencias, comparadas concurren las identidades exigidas por el artículo 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 artículo 52 d) ET , por superar dichas faltas, aun justificadas, el umbral establecido en el precitado artículo 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 artículo 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.

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.

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

**TERCERO** .- El recurrente aduce que la sentencia objeto de impugnación infringe el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción dada por el RD 3/2012, de 12 de febrero y los artículos 2.3. del Código Civil y 9.3 de la Constitución por aplicación indebida y contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional, tal y como recoge la sentencia de contraste.

Alega en esencia que procede la válida extinción de los contratos de aquellos trabajadores que superen los porcentajes de absentismo individual, dentro de los periodos establecidos por la norma reguladora vigente en el momento de la extinción. Continúa razonando que, aunque las faltas de asistencia sean previas a la



entrada en vigor de la norma, pueden ser valoradas conforme a la normativa vigente en el momento del despido.

Los datos de los que hemos de partir para una recta comprensión del asunto son los siguientes:

- La actora ha permanecido en situación de IT, derivada de enfermedad común, durante los siguientes periodos: Del 23-11-11 hasta el 25-11-11; del 1-12-11 hasta el 2-12-11 y del 2-1-12 al 10-1-12.

- Durante dicho periodo la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, introducida por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, disponía que "el contrato podrá extinguirse... por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25% en cuatro meses discontinuos, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2'5% en los mismos periodos de tiempo.

- El Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, (BOE 11-2-2012), que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE mantuvo la redacción del precepto, pero suprimiendo el último inciso, el que exigía que el índice total de absentismo del centro de trabajo superara el 2'5% en el periodo de ausencias del trabajador.

- El 1-3-2012 la empresa comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato por causas objetivas, al amparo de lo establecido en el artículo 52 d) ET, en redacción dada por el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, por faltas al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcanzan el 26'83% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos.

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.

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 la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de Konecta Bto., SL., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 6 de noviembre de 2012, recurso de suplicación número 2445/12 , interpuesto por D<sup>a</sup> Asunción frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 9 de los de Bilbao, autos número 346/12, seguidos a instancia de la citada recurrente contra Konecta Bto., SL., y FOGASA sobre despido. Se condena en costas al recurrente incluyendo en las mismas los honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso. Se acuerda la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir a los que se dará el destino legal.

Devuélvanse 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. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.