



Roj: **STS 1042/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1042**

Id Cendoj: **28079140012019100158**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/03/2019**

Nº de Recurso: **2518/2017**

Nº de Resolución: **162/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2518/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luz Garcia Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 162/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Fernando Salinas Molina

D.<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Angel Blasco Pellicer

D.<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 5 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.<sup>a</sup> María Extremadouro Pereiro, en nombre y representación de la Empresa Unisono Soluciones de Negocio, S.A., contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 1107/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, de fecha 11 de enero de 2017, recaída en autos núm. 709/2016, seguidos a instancia de Don Diego contra Unisono Soluciones de Negocio, S.A., sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, Don Diego, representado por la letrada D.<sup>a</sup> Cristina Pesqueira García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luz Garcia Paredes.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de enero de 2017, el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **PRIMERO** .- El demandante Don Diego prestado servicios para la empresa UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO SA desde el 3 de febrero de 2014, con la categoría profesional de teleoperador especialista y un salario de 1.186'26 € incluido el prorrateo de pagas extraordinarias./ **SEGUNDO** .- El demandante vio extinguido su contrato de trebejo por causas objetivas el 1 de julio do 2016 por ausencias de su puesto de trabajo. En concreto, en la carta de extinción se imputan como ausencias del 10 al 17 de marzo de 2016 y del 25 al



28 de abril de 2016, por baja por enfermedad, constituyendo el 25% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos; y en los últimos doce meses desde la extinción, además de las mencionadas, ausencias por enfermedad del 29 de septiembre al 2 de octubre de 2015, constituyendo el 6'64% de las jornadas hábiles./ **TERCERO** .- Estas ausencias han quedado acreditadas./ **CUARTO** .- Se interpuso en tiempo y forma papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo./ **QUINTO** .- El demandante no es representante legal de los trabajadores".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta Don Diego , debo absolver y absuelvo a la empresa UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO SA, de los pedimentos formulados en su contra, confirmando la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas".

**SEGUNDO**.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Don Diego , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 23 de mayo de 2017 , en la que consta el siguiente fallo: "ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por D. Diego frente a la sentencia de 11 de enero de 2017 del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo , dictada en los autos nº 709/2016 seguidos frente a la empresa de Unísono Soluciones de Negocio SA, que revocamos. Y todo ello estimando la demanda con los siguientes pronunciamientos:

1º.- Declaramos improcedente el despido del citado recurrente.

2º.- Condenamos a la empresa mencionada a optar, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución, entre la readmisión del demandante abonando los salarios de tramitación en el importe diario que más abajo se indica; o bien optando por la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización que se refiere. En caso de que no se opte en plazo se entenderá realizada opción por la readmisión:

+A D. Felix le corresponde una indemnización de 3101,78 euros, para el caso de opción por la extinción; siendo el importe diario de salarios de trámite, para el caso de opción por la readmisión, de 38,89 euros diarios.

3º.- En caso de opción por la indemnización se compensará la misma con la que ya hubiera sido percibida con la entrega de la carta de despido. En el caso de opción por la readmisión el trabajador habrá de reintegrar la indemnización recibida, una vez esta sentencia sea firme.

4º.- Sin condena en costas".

**TERCERO**.- Por la representación de Unisono Soluciones de Negocio, S.A., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 5 de mayo de 2014 (RSU 147/2014 ).

**CUARTO**.- Por providencia de esta Sala de 24 de noviembre de 2017, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO** .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

**SEXTO**.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de marzo de 2019, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Planteamiento del recurso .

#### 1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar cómo se computan las faltas de asistencia al trabajo en dos meses consecutivos, que han motivado la extinción del contrato por causas objetivas, del art. 52 d) del ET .

A tal fin, la parte demandada ha formulado el recurso señalando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 5 de mayo de 2014, recurso 147/2014 , y denunciando como precepto normativo infringido el art. 59 d) del ET .

#### 2.- Impugnación del recurso.

La parte actora ha impugnado el recurso poniendo de manifiesto que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina correcta por cuanto que los dos meses consecutivos en los que se producen las ausencias no son inmediatamente anteriores a la fecha del despido, producido el 1 de julio de 2016 ya que aquellas se causan del 10 al 17 de marzo de 2016 y del 25 al 28 de abril de dicho año. Dicha parte recuerda lo que se indica en



la sentencia recurrida cuando señala que esa doctrina de suplicación se ha adoptado en otro asunto que está pendiente ante esta Sala.

### 3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso es procedente porque, aunque el precepto legal denunciado no indica la forma de cómputo de las faltas de asistencia, debe entenderse que el momento a considerar es la fecha en que se adopta el despido para atrás con lo cual dentro de los doce meses anteriores debe cumplirse, por un lado, un 20% de faltas de asistencia en dos meses consecutivos, y, por otro, que el total de faltas en los doce meses alcancen el 5%. Respecto del primero de los requisitos no es necesario que sean inmediatamente anteriores al despido, con tal de que estén dentro de los doce meses.

## **SEGUNDO. -Sentencia recurrida .**

### 1.- Debate en la instancia

La demanda de la que trae causa el presente recurso fue presentada por el trabajador al impugnar la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas que adoptó la parte demandada.

Según los hechos probados, el demandante fue despedido el 1 de julio de 2016 por haberse ausentado del trabajo del 10 al 17 de marzo de 2016 y del 25 al 28 de abril de 2016, por bajas por enfermedad, causando otras ausencias del 29 de septiembre al 2 de octubre de 2015. Tales ausencias constituyen el 6.64% de las jornadas hábiles. Estas ausencias se declaran acreditadas. El trabajador impugnó el despido

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, dictada en los autos 709/2016, desestimó la demanda. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la parte actora.

### 2.- Debate en la suplicación.

La Sala de lo Social del TSJ Galicia dicta sentencia el 23 de mayo de 2017, en el recurso 1107/2017, estimando el recurso y declarando improcedente la extinción del contrato.

Según la Sala de suplicación, y siguiendo el criterio adoptado en su sentencia de 9 de junio de 2016, R. 957/2016, la forma de cómputo de las faltas de asistencia debe ser tomando los dos meses inmediatamente anteriores a la fecha del despido y siendo que la extinción del contrato toma en consideración ausencias que están fuera de los dos meses precedentes al despido, no es posible declara procedente dicha extinción.

## **TERCERO. -Examen de la contradicción**

### 1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

### 2.- Sentencia de contraste

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ, de 4 de mayo de 2014, R. 147/2014, ha sido invocada en el recurso que se planteó contra la sentencia en la que se apoya la aquí recurrida, resuelto por sentencia de esta Sala, de 11 de julio de 2018, rcud 3756/2016.

La sentencia de contraste, como ya dijéramos entonces, resuelve un supuesto sustancialmente parecido (extinción acordada pasados más de dos meses por faltar al trabajo de forma intermitente el veinte por ciento de los días laborables hábiles) La Sala de suplicación ha resuelto que todas las ausencias que justifican la extinción contractual debían computarse dentro del año anterior a la toma de la decisión extintiva, con lo que revocó la sentencia de instancia que había sostenido que "el dies ad quem" para calcular las ausencias del periodo de doce meses era el de la primera ausencia, solución mantenida por la sentencia de instancia que la hoy recurrida acaba confirmando.

### 3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios.



En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS .

Como se indicó en la sentencia de esta Sala a la que nos hemos referido anteriormente, "La contradicción existe porque las sentencias comparadas dan solución distinta al mismo problema: cómputo de las ausencias necesarias durante el año anterior para justificar la decisión extintiva. Ciertamente que la sentencia recurrida dice que la solución que da hace innecesario determinar cómo se hace el cómputo del periodo de doce meses, si desde la fecha del despido, sí, o si desde la fecha final de los dos meses discontinuos evitando la superposición. Pero, no lo es menos, que al decidir que la decisión resolutoria del empresario debe ser inmediata, consecutiva, a los dos meses de ausencias intermitentes está decidiendo no sólo el día en el que se inicia el plazo (cuando terminan las ausencias de los dos meses), sino también como se computan las ausencias y cuando debe accionar el empleador al que impone un plazo perentorio: "inmediatamente". Por contra la sentencia de contraste fija otro "dies ad quem" para el cómputo del plazo de un año y contradice a la recurrida, también, dado por bueno que dentro de ese plazo se produzcan por su orden los dos porcentajes de faltas de asistencia que establece el precepto. Procede, por tanto, entrar a resolver la disparidad doctrinal existente".

**CUARTO.** - Motivo del recurso, en orden al dies a quem para el cómputo del periodo de doce meses en que computar las ausencias al trabajo.

1. Infracción del art. 52 d) del ET y fundamento de la infracción.

La parte recurrente, aunque formalmente no plantea un motivo de infracción de norma, a lo largo del escrito de interposición del recurso, viene a denunciar la indebida aplicación del art. 52 d) del ET , considerando que la interpretación correcta del citado precepto legal es la que se recoge en la sentencia de contraste, en la que no se produce inseguridad jurídica como la que provoca el criterio de la sentencia recurrida.

2. Doctrina de la Sala en orden al cómputo de los dos meses consecutivos para proceder a la extinción del contrato por causas objetivas, del apartado d) del art. 52 del ET .

La cuestión suscitada en el recurso ha sido resuelta por esta Sala, en la sentencia de 11 de julio de 2018, a la que nos hemos referido anteriormente, y en la que se resuelve un recurso que afecta a la misma empresa, procedente de la misma Sala de suplicación.

En dicha sentencia, estimando el recurso, y tomando la doctrina de otra precedente, de 19 de marzo de 2018, rcud 10/2016 , se ha dicho que el dies ad quem para el cómputo del plazo de doce meses, será la fecha del despido que es la que determina en todo caso la normativa de aplicación al mismo. Y para ello ha de distinguirse los dos periodos computables a los que se refiere el art. 52 d) del ET , a los efectos de los dos meses consecutivos o de los cuatro meses discontinuos. Así dijimos lo siguiente:

"El primero respecto a las ausencias laborales de las jornadas hábiles considerando los dos meses de los cuales debe haber un 20% de faltas de asistencia; y el otro, el de los doce meses, de los cuales debe haber un 5% de faltas de asistencia; éste último es el discutido en el presente recurso. El otro supuesto que refiere la norma mide las ausencias de las jornadas hábiles durante el periodo de cuatro meses, en las que tiene que haber un 25% de faltas de asistencia; supuesto éste que tampoco se discute en el presente recurso. Pues bien, el primer plazo (que denominaremos corto) de dos meses o cuatro según el caso, y el segundo plazo -que es el discutido- (que denominaremos largo) de doce meses, es claro que han de coincidir en un único periodo de doce meses, aunque el criterio para su cómputo sea distinto respecto al primero en función de las bajas computables que hubieren tenido lugar. La diferencia entre ambos periodos radica exclusivamente en el volumen de ausencias que podrá variar según se produzcan en meses consecutivos o discontinuos, pero no va a variar respecto a los meses totales de ausencias computables, que son comunes de doce meses.""

En definitiva, lo que no se acepta es que las ausencias al trabajo deban ser inmediatas a la decisión extintiva al no venir así impuesto por la norma, sino que lo que en él se exige es que las faltas de asistencia deban estar incluidas en el año anterior. Como dice esta Sala "Tampoco parece ser ese el espíritu de la norma que requiere, por contra, su aplicación ponderada atendidas las circunstancias del caso, y sin permitir conductas abusivas, sin que al tratarse de la concurrencia de una causa objetiva, las faltas al trabajo, sea exigible que la medida tenga por fin solventar problemas económicos o de otro tipo de la empresa que esta deba acreditar". Igualmente, recuerda la Sala, a fin de justificar la interpretación dada al precepto, que "conviene señalar que, conforme al artículo 59-2 del ET la acción para acordar la rescisión indemnizada del contrato prescribe al año de su nacimiento, al no tener señalado otro plazo prescriptivo, plazo que empieza a correr cuando se producen las ausencias que habrían justificado la extinción contractual, ex art. 54-d) del ET sin que el empresario diga nada"

**QUINTO.**- Lo anteriormente expuesto, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, y resolviendo el debate planteado en suplicación, provoca que deba ser estimado el recurso por cuanto que en el periodo de



doce meses precedente a la fecha en que se adoptó la decisión extintiva -1 de julio de 2016-, se han constatado que el total de las faltas de asistencia en ese periodo alcanza el 5% de las jornadas hábiles y que en dos meses consecutivos se han alcanzado el 20% de las jornadas hábiles, tal y como se obtiene de los hechos que se recogían en la carta de extinción y que se dicen probados y no cuestionados por las partes y, como, en definitiva, resolvió el Juzgado de lo Social, cuyo pronunciamiento es ajustado a derecho.

Sin costas, a tenor del art. 235 LRJS, debiendo devolverse el depósito y los aseguramientos efectuados para recurrir.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 0:

1. Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la empresa Unisono Soluciones de Negocio SA representada y asistida por la letrada D<sup>a</sup>. María Extremadouro Pereiro contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso de suplicación nº 1107/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, en autos nº 709/2016.

2. Revocar la sentencia recurrida y, resolviendo el debate en suplicación, desestimar el recurso de tal naturaleza interpuesto por la parte actora, confirmando la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda.

3. Sin costas. Se acuerda la devolución del depósito y aseguramientos efectuados para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.