



Roj: STS 2794/2014
Id Cendoj: 28079140012014100309
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1456/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio 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 el letrado Sr. Navas Muñoz en nombre y representación de KONECTA BTO SA contra la sentencia dictada el 19 de febrero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 188/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de julio 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, en autos núm. 432/2012, seguidos a instancias de D. Justino contra la ahora recurrente sobre **despido**.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Justino representado por el letrado Sr. Lillo Pérez.

Es Ponente la Excmá. Sra. D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27-07-2012 el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º**.- El demandante D. Justino, 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 1.228,94 euros, con p/p de pagas extras.

2º.- El 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 35,71% por cierto 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 35,71% de las jornadas laborales entre el 21/06/2011 al 21/08/2011, como consecuencia de las siguientes faltas de asistencia:

Del 21/06/2011 al 05/07/2011 con un total de 10 días. Causa inasistencia: Enfermedad Común.

Del 19/07/2011 al 26/07/2011 con un total de 5 días. Causa inasistencia: Enfermedad Común.

b) Que en el período señalado desde 21/06/2011 al 21/08/2011 usted tenía programados 42 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 CINCO MIL OCHOCIENTOS SEIS EUROS CON DOCE CÉNTIMOS (5.806,12 #).

Asimismo se pone a su disposición la cantidad bruta de 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 N° 0.873.977-2-4201- 1 de la entidad bancaria LA CAIXA, por un importe total de SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO EUROS CON UN CÉNTIMO (6.395,01 #).... El demandante ha percibido las cantidades que refiere la carta de extinción del contrato de Trabajo.

4º.- El demandante ha estado en situación de baja los periodos a que se refiere la comunicación escrita.

5º.- Se da por reproducido el Convenio Colectivo de empresa del sector de Contact Center.

6º.- El actor 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."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte la demanda formulada por D. Justino frente a KONECTA BTO SL, debo declarar y declaro el **despido** causado a el actor como improcedente y en su consecuencia debo condenar y condeno a la empresa KONECTA BTO SL, a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador - en este caso con devolución de la indemnización percibida-, o el abono de la indemnización de 2.232,29 euros -que se compensara 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 razón de 40,40 euros al día."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Justino, y KONECTA BTO SL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 19-02-2013, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por KONECTA BTO, SL frente a la sentencia de 27 de julio de 2012 del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao en autos nº 432/2012 dictada a instancia de D. Justino, confirmando la sentencia de instancia. Procede la imposición de las costas a la empresa recurrente incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante con el límite de 360 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto".

Por Auto de 12 de marzo de 2013 se procedió a aclarar la anterior sentencia cuya parte dispositiva dice: "Se acuerda completar la omisión advertida en la sentencia de fecha 19 de febrero de 2013 según lo dispuesto en los Fundamentos Jurídicos segundo y tercero de esta resolución." 3º.- Consecuentemente con lo indicado en el anterior fundamento, también procede incluir en el fallo de la sentencia la siguiente indicación: Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Justino frente a la sentencia de 27 de julio de 2012 del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao en autos nº 432/2012 dictada frente a Konecta Bto, confirmando la sentencia de instancia sin imposición de costas."

TERCERO.- Por la representación de KONECTA BTO SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 29-04-2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. Asturias de 30 de diciembre de 2011 (R-2530/11).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 10-10-2013 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11-06-2014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Las presentes actuaciones se siguen por **despido** acordado el 1 de marzo de 2012, acogido al art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Las ausencias por enfermedad computadas por la empresa para proceder a la extinción del contrato de trabajo de la parte demandantes se produjeron durante los meses de junio a agosto de 2011. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de los de Bilbao declaró improcedente el **despido**, pronunciamiento confirmado en suplicación.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 19 de febrero de 2013 (rollo 188/2013) desestimatoria del recurso de suplicación de la empresa.

La sentencia ahora recurrida razona que el requisito suprimido por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, para justificar el **despido** objetivo por la causa prevista en el artículo 52 d) ET 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.

3. Contra la citada sentencia se interpone por la empresa demandada 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 (rollo 2530/11).

En dicha sentencia de contraste se desestimó el recurso de suplicación formulado por la trabajadora en reclamación por **despido**. La allí 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 Disp. Ad. 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.

4. Entre las sentencias comparadas concurren las identidades exigidas por el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (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. Sin embargo, 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.

SEGUNDO.- 1. En el recurso se aduce que la sentencia objeto de impugnación infringe el artículo 52 d) ET, en la redacción dada por el RDL 3/2012, de 12 de febrero, y los arts. 2.3. del Código Civil y 9.3 de la Constitución.

2. 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 del citado RDL 3/2012 - lo que justificaría la extinción del contrato por causas objetivas-, o, por el contrario, 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 %.

3. En relación a esta cuestión nos hemos pronunciado ya en las STS/4ª de 16 octubre 2013 (rcud. 446/2013), 3 diciembre 2013 (rcud. 737/2013) y 10 diciembre 2013 (rcuds. 802/2013, 790/2013 y 1041/2013), entendiendo que la solución adecuada a derecho es la segunda de las apuntadas, por lo que no habría justa causa para proceder a la extinción del contrato de la actora. Las razones que allí hemos dado son las siguientes: " 1º.- *El RDL 3/2012, de 10 de febrero contiene una disposición final 16ª 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 art. 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 art. 52 d) ET .

2º.- El art. 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 art. 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 art. 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".

4. Tal doctrina debe mantenerse y reiterarse una vez más en este caso, dada la completa similitud con aquellos supuestos. Por consiguiente, no procede la aplicación al supuesto examinado de la redacción dada al art. 52 d) ET por el RDL 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 frente a la sentencia dictada el 19 de febrero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 188/2013 , iniciados en el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, autos núm. 432/2012, a instancias de D. Justino . Con imposición de costas, y pérdida de los depósitos y consignaciones dados para recurrir, a los que se dará el destino legal correspondiente.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisprudencial 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. María Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.