

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 10 de diciembre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 1041/2013

SUMARIO:

Extinción del contrato por causas objetivas. Recurso de casación para unificación de la doctrina. Empresa «Konecta Bto, S.L.». Despido objetivo al amparo del art. 52 d) ET. No procede aplicar la regulación del RD Ley 3/2012 de 10 de febrero de faltas al trabajo justificadas pero intermitentes que se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma. *Reitera doctrina: sentencia 16-10-2013 (rcud. 446/2013) y 03-12-2013 (rcud. 737/13).*

PONENTE:

Don José Manuel López García de la Serrana.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Juan Navas Muñoz en nombre y representación de KONECTA BTO, S.L. contra la sentencia dictada el 5 de febrero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación n.º 152/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Bilbao, en autos núm. 434/2012, seguidos a instancias de DOÑA Ascension contra KONECTA BTO S.L. sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrida DOÑA Ascension representado por el Letrado Don Enrique Lillo Pérez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 24 de mayo de 2012 el Juzgado de lo Social n.º 5 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " 1.º- La demandante, Dª Ascension, viene prestando servicios por cuenta y órdenes de KONECTA BTO S.L. con categoría profesional de gestor telefónico, antigüedad de 13/12/2010 y salario mensual con inclusión de parte proporcional de pagas extra de 767,84 euros para una jornada reducida del 64,1%. 2.º- La demandante viene disfrutando de reducción de jornada por cuidado de hijo menor desde el inicio de la relación laboral. 3.º- Con fecha 1/03/20 12 la mercantil comunicó a la trabajadora: "Güeñes, a 1 de marzo de 2012. A la atención de Doña: Ascension . Muy Sra. Nuestra: 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, aun justificadas pero intermitentes, que alcanzan el 22,22% 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 22,22% por ciento de las jornadas laborales entre el 12/07/2011 al 12/09/2011, como consecuencia de las siguientes faltas d asistencia: Del 12/07/2011 al 15/07/2011 con un total de 4 días. Causa inasistencia: Enfermedad Común. Del 30/08/2011 al 06/09/20 11 con un total de 6 días. Causa inasistencia: Enfermedad Común. a) Que en el período señalado desde 12/07/2011 al 12/09/2011 usted tenía programados 45 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. 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, le comunicamos que ésta asciende a la cantidad de NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS CON NOVENTA Y DOS CENTIMOS (9.359,92 E). Asimismo, se pone a su disposición la cantidad bruta de QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA Y NUEVE CENTIMOS (588,89 E) 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 NUM000 de la entidad bancaria "LA CAIXA", por un importe total de NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA Y UN CENTIMOS (9.948,81 E). Sírvase firmar elduplicado de la presente para nuestra constancia y archivo.". 4.º- La demandante ha permanecido de baja los periodos referidos en la comunicación escrita. 5.º- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal o sindical de los trabajadores. 6.º- Con fecha 23/04/2012 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin efecto."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por, Dª Ascension frente a KONECTA BTO SOCIEDAD LIMITADA, debo declarar y declaro nulo el despido del que ha sido objeto la trabajadora el 1/03/2012, condenando a la empresa demandada a la inmediata readmisión aquella en condiciones laborales iguales a las que venían disfrutando, y con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a razón de 25,24 euros/día, en tanto que la demandante habrá de reintegrarle el importe de la indemnización cobrada y sin que proceda el abono de salarios de tramitación."

Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por KONECTA BTO S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 5 de febrero de 2013, en la que consta el siguiente fallo: "Que DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por KONECTA, S.L. contra la sentencia dictada de fecha 24 de septiembre de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao-Bizkaia en autos nº 434/12 seguidos a instancia del hoy recurrente frente a Ascension, se confirma la resolución de instancia. Se condena en costas a la empresarial recurrente que deberá hacer frente a los honorarios del letrado impugnante en cuantía de 400 euros, con pérdida de depósito y aplicación de consignaciones."

Tercero.

Por la representación de KONECTA BTO. S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 22 de marzo de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 30 de diciembre de 2011 .

Cuarto.

Con fecha 30 de mayo de 2013 se admitió por esta Sala 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 instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de diciembre de 2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. El Juzgado de lo Social n.º 5 de los de Bilbao dictó sentencia el 24 de septiembre de 2012, estimando la demanda formulada por la trabajadora demandante contra la empresa demandada, en reclamación por despido.

2. En 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 demandante venía prestando servicios para la empresa demandada desde el 13 de diciembre de 2010, con la categoría de gestor telefónico; b) la trabajadora estuvo de baja por incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, durante 10 días en el periodo de 12 de julio a 12 de septiembre de 2011, periodo durante el que tenía programados 45 días de trabajo; y c) el día 1 de marzo de 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) del Estatuto de los Trabajadores, debido a sus faltas justificadas al trabajo, que alcanza el 22'22 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos.

3. Recurrída en suplicación por la empresa demandada la resolución de instancia, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 5 de febrero de 2013 (recurso 152/2012), lo desestima. En esencia la, Sala de suplicación 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 .

4. Contra la citada sentencia se interpone por la empresa 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 .

Segundo.

1. Procede el examen de la sentencia invocada para determinar si concurre el requisito de la contradicción tal y como lo enuncia el artículo 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, es 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, que desestimó el recurso de suplicación formulado por la trabajadora allí demandante, contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Avilés, la cual así mismo había desestimado la demanda formulada por la citada trabajadora contra Konecta Bto SL., en reclamación por despido. Tal y como resulta de dicha sentencia la demandante 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.

3. Tal como ya hemos señalado en la reciente sentencia de 16 de octubre de 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, "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".

4. Cumplidos los requisitos de los artículos 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 la mencionada sentencia de 16 de octubre de 2013 (rcud. 446/2013) y en la de 3 de diciembre de 2013 (rcud. 737/2013), razonando, en el fundamento jurídico tercero de la primera de la siguiente manera:

"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 Real Decreto 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."

"- 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, aún 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:

1.º- 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 .

2.º- 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 .

3.º- 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 enjuiciamos es -tal como es de ver en las circunstancias fácticas reseñadas en el fundamento jurídico primero de la presente resolución-, sustancialmente idéntica al supuesto resuelto en la referenciada sentencia 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 aquél caso al rechazo de las supuestas infracciones que denuncia el recurso.

Cuarto.

1. Los razonamientos precedentes conllevan, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación unificadora interpuesto por la empresa "Konecta Bto, S.L., 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.

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 el Letrado Don Juan Navas Muñoz en nombre y representación de KONECTA BTO, S.L. contra la sentencia dictada el 5 de febrero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación n.º 152/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Bilbao, en autos núm. 434/2012, seguidos a instancias de DOÑA Ascension contra KONECTA BTO S.L.. 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 al Organismo 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. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.