

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

Sentencia de 16 de junio de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1590/2014

SUMARIO:

Despido objetivo por faltas de asistencia. Trabajadora en situación de reducción de jornada por guarda legal de un menor. Faltas anteriores y posteriores al RDL 3/2012. Falta de contradicción en los dos motivos.

PONENTE:

Doña María Lourdes Arastey Sahún.

Magistrados:

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don JESUS GULLON RODRIGUEZ
Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada Sra. Girón Martín en nombre y representación de Dña. Adela contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 1550/13, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid, en autos núm. 1072/12, seguidos a instancias de la ahora recurrente contra AUTOBAR SPAIN S.A., sobre despido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 19-11-2012 el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " 1º.- La actora Dña. Adela viene prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada con una antigüedad de 17-03-2008, categoría profesional de auxiliar administrativo con un salario anual bruto con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias de 15.220,37 €. 2º.- La actora viene prestando los servicios propios de su categoría profesional en el centro de trabajo de la Avenida de la constitución 210-212 de Torrejón de Ardoz pues, si bien inicialmente prestaba servicios para la empresa Serventa SA en la calle Volta S/N de Getafe, en noviembre de 2011 fue subrogada por la empresa demandada. 3º.- La actora, desde el 24-01-2011, se encuentra en situación de reducción jornada de una hora por guarda legal por cuidado de su hija de veintidós meses de edad, siendo su horario de trabajo de 9:00 H a 14:00 H y de 15:00 a 17:00 horas. 4º.- Con efectos de 18-07-2012 la actora ha sido despedida mediante carta de la misma fecha que al obrar en autos, se da por reproducida; El mismo día le fue ingresada en su cuenta bancaria una indemnización por

el importe de 20 días de salario por año de servicio en cuantía de 4.268,15 Euros. 5º.- Durante el periodo comprendido desde el 19-05-2012 al 18-07-2012 la actora ha faltado a su puesto de trabajo los siguientes periodos por encontrarse en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común: 06-06-2012 a 07-06-2012 -dos días; 25-06-2012 a 27-06-2012 -tres días; 09-07-2012 a 13-07-2012 -cinco días. 6º.- Igualmente en el periodo comprendido entre el 19-07-2011 y el 18-07-2012 la actora ha faltado a su puesto de trabajo los siguientes periodos por encontrarse en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común:

19/07/2011 19/07/2011 1 día
08/08/2011 09/08/2011 2 días
19/09/2011 20/09/2011 2 días
27/09/2011 27/09/2011 1 día
13/10/2011 13/10/2011 1 día
14/11/2011 15/11/2011 2 días
23/11/2011 25/11/2011 3 días
04/01/2012 04/01/2012 1 día
30/01/2012 01/02/2012 3 días
10/04/2012 10/04/2012 1 día
19/04/2012 20/04/2012 2 días
16/05/2012 16/05/2012 1 día
06/06/2012 07/06/2012 2 días
25/06/2012 27/06/2012 3 días
09/07/2012 13/07/2012 5 días

7º.- Se da por reproducida la sentencia de 19-09-2012 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Fuenlabrada que obra en autos. 8º.- El centro de trabajo donde presta servicios la actora mantiene una temperatura comprendida entre los 17 y los 27º C, presenta una efectiva renovación del aire y es ajeno a corrientes de aire. 9º.- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores. 10º.- Con fecha 1-08-2012 la actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC de Madrid, celebrándose el acto el 22-08-2012 que resultó sin avenencia, formulándose demanda ante el Juzgado de lo Social Decano de Madrid en fecha 4-09-2012."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por Dña. Adela en materia de despido contra la empresa Autobar Spain SA debo absolver y absuelvo al referido demandado de los pedimentos en su contra deducidos."

Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dña. Adela ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 20-12-2013, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Adela contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid de fecha 19 de noviembre de 2012 en virtud de demanda formulada por la recurrente contra Autobar Spain SA, sobre despido, y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas."

Tercero.

Por la representación de Dña. Adela se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 10-03-2014. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 25 de enero 2013 (R-1144/12), y de 3 de diciembre de 2013 (R- 737/13).

Cuarto.

Por providencia de esta Sala de fecha 16/10/2015 se admitió a trámite el presente recurso. Y no habiéndose impugnado el recurso, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, el cual emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

Quinto.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9-06-2015, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. La sentencia recurrida desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora frente a la sentencia del Juzgado de lo social nº 36 de los de Madrid, de 19 de noviembre de 2012 (autos 1072/2012) que había desestimado la demanda de despido.

2. La demandante sostiene que el despido por absentismo del que fue objeto el 18 de julio de 2012 debe ser considerado nulo por haberse producido mientras la trabajadora se hallaba en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo (primero motivo); y, en último caso, debía declararse la improcedencia del mismo por no superar el índice de ausencias que resultaba de aplicar la legislación vigente hasta la modificación operada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero (segundo motivo).

Segundo.

1. Para el primero de los motivos la recurrente aporta la STS/4ª de 25 enero 2013 (rcud. 1144/2012), afirmando que la misma contiene doctrina contraria a la sentencia de la Sala madrileña ahora recurrida.

2. El análisis de la necesaria contradicción, en los términos exigidos por el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), obliga a recordar que en el presente caso la trabajadora se encontraba disfrutando de reducción de jornada por guarda legal de su hija; que, en tal situación, faltó al trabajo por incapacidad temporal derivada de enfermedad común durante 30 de las 226 jornadas hábiles del año anterior al despido (el 13,27%) -Hecho Probado Sexto- y 10 de las 43 jornadas hábiles de los dos meses consecutivos (23,26%) -Hecho Probado Quinto-. Siendo despedida por dicha causa, la trabajadora considera que el despido debe ser declarado nulo por producirse en el momento en que la trabajadora se hallaba en el disfrute de aquella reducción de jornada.

La sentencia recurrida rechaza este planteamiento por entender acreditada la procedencia del mismo, sosteniendo que la nulidad del despido solo cabría predicarla de no haberse probado la procedencia del mismo.

3. Por su parte, la sentencia de contraste daba respuesta a la situación de una trabajadora que, en el momento de la extinción del contrato de trabajo, se hallaba disfrutando de reducción de jornada por cuidado de hijo.

Se debatía si la declaración de nulidad del despido exigía la concurrencia de indicios de discriminación, como sostenía en aquel caso la sentencia recurrida, o si, por el contrario, la nulidad viene dada de forma objetiva, como acaba declarando la sentencia de contraste.

4. La controversia allí planteada no es coincidente con la del caso presente. En realidad la doctrina contenida en la sentencia de contraste viene a ser coincidente con la de la sentencia recurrida, ya que ésta no pone en duda la garantía objetiva y automática otorgada a los despidos afectantes a quienes se hallen en el disfrute de la reducción de jornada del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Tampoco de la sentencia de contraste se extrae la conclusión que, al parecer, busca alcanzar la recurrente, que implicaría que la nulidad hubiera de predicarse aun cuando concurrieren causas para la procedencia.

La doctrina de la sentencia de contraste niega que en estos casos la nulidad de los despidos se rija por el juego de los indicios y la contraprueba propia de la vulneración de derechos fundamentales, para afirmar que nuestro Ordenamiento Jurídico establece una garantía automática en los supuestos legalmente tasados, pero ello sin detrimento de los casos en que concurran efectivamente las causas para la extinción del contrato de trabajo.

En suma, en un supuesto como el que aquí analizamos el despido será nulo en todo caso, salvo que se acredite la causa determinante de su procedencia.

5. No concurre, pues, la necesaria contradicción y, por ello, el recurso resulta inadmisibile en este punto, como también pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe.

Tercero.

1. En el segundo motivo la parte recurrente plantea la cuestión de la legislación aplicable al caso, para lo que invoca la STS/4ª de 3 diciembre 2013 (rcud. 737/2013).

2. En aquel caso se trataba de dar solución judicial al despido de una trabajadora que había estado de baja por enfermedad común en diferentes periodos, todos ellos anteriores a la entrada en vigor del RDL 3/2012, siendo despedida en virtud del art. 52 d) ET en fecha 1 de marzo de 2012 por acumular faltas de asistencia que alcanzaban el 43,18% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos.

La sentencia de contraste entiende que el despido resultaba improcedente porque las ausencias eran anteriores a la reforma legal y debían regirse por la legislación aplicable en el momento de producirse las mismas, dada la falta de efecto retroactivo de la modificación legal.

3. El problema que allí resolvíamos no es idéntico al presente. En aquel caso el supuesto fáctico era simple: no se acreditaba el índice de absentismo de la plantilla y todas las ausencias de la trabajadora se habían producido antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012.

En el presente caso concurren notas diferenciales patentes. Si bien tampoco aquí se conoce el índice de absentismo de la plantilla, nos encontramos con que la trabajadora acredita ausencias posteriores a la modificación legal en porcentaje suficiente para superar el 20% en dos meses consecutivos. La única cuestión que pudiera suscitarse en relación a la solución a alcanzar con motivo del cambio normativo estriba en determinar cómo tomar en consideración las ausencias correspondientes a los doce meses anteriores al despido, al ser éste el requisito que se introduce de modo distinto en el nuevo texto legal. Desde la Ley 35/2012, el texto del art. 52 d) ET establecía: " d) Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 % en los mismos períodos de tiempo ". El requisito del índice de absentismo total de la plantilla del centro desapareció con el RDL 3/2012, pasando a disponer: " d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses ".

Como es de ver, la hipótesis que el recurso parece plantear sobre la imposibilidad de tomar en consideración las faltas de los últimos doce meses al corresponderse éstas con la vigencia de la norma derogada en relación con el requisito acumulativo que el actual texto legal exige -20% en dos meses más 5% en los doce meses anteriores- no se contempla en el caso de la sentencia de contraste y, por ello, la doctrina que en ella se sienta (reiterada en nuestras STS/4ª de 16 octubre 2013 -rcud. 446/2013 -, 10 diciembre 2013 -rcud. 802/2013 - y 18 junio 2014 -rcud. 1456/2013 -) no resuelve un supuesto como el presente.

Debemos, pues, rechazar también este motivo por falta de contradicción.

Cuarto.

1. Lo dicho hasta el momento nos lleva a la desestimación íntegra del recurso, sin que quepa analizar la cuestión de la aplicación de la excepción del segundo párrafo del art. 52 d) ET , pues, pese a la mención en el

escrito del recurso, no se formula motivo separado ni se indica la doctrina contradictoria que permitiría el acceso a la unificación.

2. Lo mismo cabe decir de lo que la recurrente denomina tercer y cuarto motivo de casación, en que, sin otra aportación de sentencia de contraste distinta a las que ya se han analizado, entremezcla argumentos reiterativos de lo que se expone en los dos primeros motivos y contradice la afirmación inicial del recurso según la cual el recurso contiene dos puntos de contradicción.

3. En virtud de lo dispuesto en el art. 235 LRJS , no procede la imposición de costas.

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 de Dña. Adela frente a la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 1550/13 , iniciados en el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid, contra AUTOBAR SPAIN S.A. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano 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 la Excm. Sra. Magistrado Dña. Maria Lourdes Arastey Sahun 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.