

Id Cendoj: 28079140012010100831
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 842/2010
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: LUIS RAMON MARTINEZ GARRIDO
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Despido objetivo por falta de asistencias al trabajo aunque sean justificadas y el índice de absentismo superior al 5%. Cómputo del periodo del mes. De fecha a fecha y no por por meses naturales. Desestima el recurso.

SENTENCIA

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

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Diego Jiménez Aranda, en la representación que ostenta de DON Teofilo , contra sentencia de 13 de enero de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía, Granada , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto la misma parte contra la sentencia de 14 de septiembre de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social Número 6 de los de Granada , en autos seguidos por DON Teofilo contra a empresa INOEN AMBIENTAL GRANADINA, S.A. (INAGRA, S.A. sobre **DESPIDO**.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Ramon Martinez Garrido,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de septiembre de 2.009 el Juzgado de lo Social de Granada nº 6 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimo la demanda de Don Teofilo interpuesta en reclamación por **despido** improcedente, siendo demandada la empresa INAGRA, S.A. a que absuelvo de las pretensiones de la demanda".

SEGUNDO .- Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos: "1º.- El demandante don Teofilo , mayor de edad, con DNI NUM000 , ha venido prestando sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa INAGRA, SA. (Ambiental Granadina, SA.) dedicada a la actividad laboral de saneamiento público dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de la empresa Concesionaria del Servicio de Limpieza Pública y Viana de Granada INAGRA, SA. (publicado SP 30-07-2004) desde el 31 de mayo de 2005, con la categoría profesional de peón de limpieza y un salario de 7645 # diarios con inclusión de pagas extraordinarias.- 2º.- El actor ha recibido el 21 de mayo de 2009 comunicación escrita de extinción de su relación laboral por **despido objetivo**, basado en la causa del absentismo laboral, y con efectos extintivos del 21 de junio de 2009, de tenor literal siguiente: 'En Granada a 21 de Mayo de 2009- 9-15.- Muy Sr. Nuestro: Lamentamos notificarle la determinación adoptada por esta Dirección en el día de hoy, 21 de mayo de 2.009. Y ésta no es otra, que decretar la extinción de su actual contrato de trabajo con esta Empresa (INAGRA SA) el día 21 de junio de 2009, en base al **DESPIDO OBJETIVO** que hemos concretado contra Vd., al amparo de lo dispuesto en el *art. 52.2 del Estatuto de los Trabajadores* , y de cuyos hechos para su conocimiento pasamos a denunciarle: Conforme a lo dispuesto en el *art. 62.2 del mencionado Estatuto de los Trabajadores* , el contrato de trabajo se podrá extinguir: '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 periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere e15 % en los mismos periodos de tiempo'.- En el siguiente párrafo del citado precepto se regula 'que no se computarán como **faltas de asistencia**, a los efectos del párrafo anterior,... ni enfermedad o accidente no laboral,

cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de venta días consecutivo'.- Pues bien, y en relación a lo anterior; Vd. Durante los últimos doce meses comprendidos desde el mes de junio de 2.003 al día de hoy, 21 de mayo de 2009, ha tenido como **faltas de asistencia**, aún justificadas, por hallarse en situación de incapacidad temporal por enfermedad común las siguientes bajas] superando en todo caso, como así se refleja en la relación siguiente, el 20 % de las jornadas hábiles en el período de cuatro meses discontinuos dentro del referido período de doce piases. Así, ha tenido Vd. Las siguientes bajas por enfermedad común:

Inicio Final días naturales jornadas teóricas jornadas reales ausencia 7 horas teóricas de trabajo 6,40 horas teóricas de trabajo 7 horas reales ausencia 6,40 horas reales ausencia 7 horas reales trabajada 6,40 horas reales trabaja-da

Primer Periodo

18.6.08 27.6.08 10 9 63 60

4.7.08 5.7.08 2 2 14 13,33

2.8.08 14.8.08 13 11 77 73.33

25 50 22 350,00 320,00 154,00 146,67 196,00 186,67

Segundo Periodo

8.10.08 14.10.08 7 5 35,00 33,33

28.11.08 4.12.08 7 5 42,00 40,00

6.12.08 8.12.08 3 2 7,00 6,67

17 49 12 343,00 326,67 84,00 80,00 259,00 246,67

Por cuanto procede y dado que concurre causa suficiente para proceder con este **Despido**, tanto en las jornadas hábiles perdidas por Id aún justificadas por hallarse en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común al 5 %, (en los últimos doce meses la media de este tipo de absentismo ha estado por encima del 7 %), procedemos a dictaminar el mismo conforme a lo dispuesto en el *artículo 53.3 del Estatuto de los Trabajadores*, poniendo a su *disposición una indemnización a razón de 20 días por año de servicio de seo, de seis mil ciento cincuenta y siete euros (6.425,07 euros)*, que se pone a su disposición simultáneamente ala entrega de esta notificación mediante telón bancario serie NUM002 número NUM001 de La Caixa, el cual se le remite copia por burofax, al igual que de la presente notificación, por cuanto que no se ha presentado en as dependencias de la empresa a recoger los mismos.- Dado que en cumplimiento de los *preceptos ya referidos, le notificamos que la ext efectiva de este Despido Objetivo será el día 2 de junio de 2.009*. A partir de dicha fecha, estará a su disposición en las oficinas de esta Empresa su liquidación de haberes correspondientes.- Rogándole que firme el duplicado de la presente para su enterado, atentamente. (doc. 4).- Al actor le ha sido puesta a *disposición/a indemnización por importe de 620345#; que no ha sido aceptada*.- 3º.- El **despido** del actor ha sido comunicado al Comité (doc. 5), así como al Sindicato que consta afiliado el actor (doc. 7).- 4º.- En la nómina del último mes de prestación de servicios constan los siguientes conceptos salariales; Salario base 714,80#.- Antigüedad 54,80#.- Plus T 166,86#.- Plus *Convenio 828,55#.- PP. extras 521,72 #.-* Conceptos variables se encuentra el plus de festivos por importe de 102,90 durante los 12 meses por la realización de tres festivos, que promediados entre los 12 meses, resulta una cantidad por dicho concepto de 25,73, Lo que resulta un salario de 2.3124 #, que dividido por 30 días resulta un salario diario de 77'08#.- 5º.- Rige en la relación laboral en Convenio Colectivo de la empresa INAGRA, SA. publicado en el BOP núm 146, de fecha 30 de julio de 2004.- 6º.- El actor no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al **despido** la condición de representante de los trabajadores.- 7º.- El actor ha estado los períodos de Incapacidad Temporal que se expresan en la cada de **despido** (folios 95 a 131).- 8º.- La empresa INAGRA SA cuenta con el siguiente ABSENTISMO.- POR CONTINGENCIAS COMUNES EN los años 2008 y 2009 (folios 157 y 150 respectivamente):

2008 Jornadas Brutas Días perdidos por ITCC Porcentaje por Absentismo

ENERO 18.859,00 2.186 11,59

FEBRERO 18.276,00 2.063 11,29

MARZO 18.504,00 1.853 10,01
 ABRIL 18.096,00 1.929 10,66
 MAYO 18.792,00 2.106 11,21
 JUNIO 19.552,00 1.844 9,43
 JULIO 19.996,00 1.985 9,93
 AGOSTO 19.776,00 2.039 10.31
 SEPTIEMBRE 19.994,00 1.768 8,84
 OCTUBRE 19.263,00 1.658 8,1
 NOVIEMBRE 18.028,00 1.298 7,20
 DICIEMBRE 19.638,00 1.100 5,60
 TOTALES 228.774,00 21.829
 MEDIA ANUAL 9,54

2009 Jornadas Brutas Días perdidos por ITCC Porcentaje por Absentismo

ENERO 17.910,00 1.510 8,43
 FEBRERO 17.010,00 1.162 6,83
 MARZO 17.130,00 1.470 8,58
 ABRIL 17.910,00 1.385 7,33
 MAYO 17.040,00 1.604 9,41
 JUNIO 18.150,00 1.184 6,52
 JULIO 17.940,00 1.255 7,00
 AGOSTO
 SEPTIEMBRE
 OCTUBRE
 NOVIEMBRE
 DICIEMBRE
 TOTALES 123.090,00 9.570
 MEDIA ANUAL 7,77

9º.- Obra a los folios 168 y ss el calendario laboral y el número de trabajadores y las jornadas que se dan por reproducidas.- 10º.- Se ha presentado papeleta de conciliación ante el CEMAC el día 2-07-2009, celebrándose el acto el 17-07-2009 con el resultado de intentado sin efecto (folio 32).- La parte actora en demanda interpuesta el 21-07-2009, solicita se dicte sentencia por la que se declare la improcedencia del **despido**, condenando a la empresa demandada a la readmisión del trabajador en el mismo puesto de trabajo, conforme a lo establecido en el *artículo 13 del Convenio Colectivo* aplicable, con abono de los salarios/arios dejados de percibir, todo ellos junto con los demás pronunciamientos legales que procedan".-

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de DON Teofilo dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, sentencia con fecha 13 de enero de 2010 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por DON Teofilo , contra Sentencia dictada el día 14 de septiembre de 2009 por el Juzgado de lo Social número 6 de Granada , en los Autos seguidos a instancia de DON Teofilo contra la empresa INOEN AMBIENTAL GRANADINA, SA (INAGRA, SA), en reclamación sobre **despido objetivo** 52 d) -forma de computo de los periodos de referencia-, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.- No se realiza condena en costas por el presente recurso".

CUARTO.- Por el Letrado D. Diego Jiménez Aranda, en la representación que ostenta de DON Teofilo , se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 24 de octubre de 2006 .

QUINTO.- Por providencia de fecha 1 de julio de 2010 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, habiéndose impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo procedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de diciembre de 2010, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El objeto de esta sentencia es decidir la interpretación que haya de prevalecer del *art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores* , regulador de una de las modalidades de **despido** por causas objetivas. El precepto en cuestión establece, como causa de **despido**, "*las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por 100 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 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo*". La duda interpretativa se plantea acerca del término "meses". Según la sentencia recurrida, de la Sala de lo Social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el cómputo ha de realizarse de fecha a fecha, en los términos que establece el *art. 5 del Código civil* . Interpretación con la que llega a la conclusión de la procedencia del **despido** y confirma la desestimación de la demanda que se había efectuado en la sentencia de instancia. Por el contrario, la sentencia invocada de contradicción, de la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de octubre de 2006 , llega a solución contraria, declarando que la referencia al término "mes" que el precepto legal contiene ha de entenderse efectuada a los meses naturales. En dicho supuesto y con tal cómputo el **despido** fue declarado improcedente, dejando de contar a tales efectos los días de ausencia de primeros de enero del siguiente año. La contradicción entre ambas resoluciones es evidente y así lo admiten tanto el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, como la recurrida en su impugnación del recurso. Es por ello que, cumplidos los restantes requisitos de forma, debe la Sala pronunciarse sobre la doctrina unificada.

SEGUNDO .- En el caso hoy enjuiciado, no se discute que el índice general de absentismo de la empresa supera el 5%. Para calificar la situación del trabajador demandante, la empresa ha tomado en consideración el período temporal que corre desde el 18 de junio de 2008, fecha en que se produjo la primera baja, hasta el 27 de junio, espacio en el que el actor faltó 9 días; los días 4 y 5 de junio faltó lo dos días; desde el 2 de agosto al 14 de agosto, 5 días; del 8 al 14 de octubre 5 días; del 28 de noviembre al 4 de diciembre, 7 días; y del 6 al 12 de diciembre, 2 días. Si el cómputo se efectúa -como ha hecho la empresa y ha ratificado la Sala de suplicación- se computan 23 ausencias entre el 18 de junio de 2008, y el 14 de agosto del mismo año; y 11 ausencias en el período de 8 de octubre a 8 de diciembre de 2008. Ausencias por 34 días que superan el 25 % de las 86 jornadas teóricas.

Si el cómputo se efectuara por meses naturales completos no existen datos en las actuaciones para precisar el número de jornadas teóricas, ignorándose por tanto si se supera el porcentaje del 25 % de referencia, supuesto en el que el **despido** habría de ser calificado de improcedente.

La sucinta exposición de hechos evidencia la relevancia que, en el caso hoy enjuiciado, tiene el que se opte por una u otra interpretación.

TERCERO .- No hay en el Estatuto de los Trabajadores, ni en el resto de la legislación reguladora de las relaciones laborales, precepto alguno que dé la solución. Razón por la que la sentencia recurrida ha acudido al *art. 5 del Código civil* que preceptúa que, cuando otra cosa no se disponga y los plazos vengan señalados por meses se computarán de fecha a fecha. Criterio que nos puede servir de indicación, pero que no es definitivo, ya que los espacios temporales que se establecen en el *art. 52 d)* no son propiamente

plazos. Por otra parte el criterio adoptado por la sentencia de contraste, carece de apoyo legal alguno, ya que el hecho de que las bases reguladoras de las prestaciones se calculen en función de cotizaciones de un mes o que los salarios sean de devengo mensual, no aportan principio alguno que deba acogerse en la interpretación de un precepto que ninguna relación guarda con tales situaciones.

Es por ello que hemos de acudir al criterio que pueda derivarse de la finalidad del precepto en cuestión. En efecto, el **despido** por **faltas de asistencia** al trabajo, aunque estén justificadas, tiene por objeto luchar contra el absentismo, cuya influencia negativa en la marcha normal de la relación laboral es evidente, máxime si el general de la empresa rebasa el 5 %, situación cuya corrección exige de medidas al efecto, aunque sean traumáticas. Ello determina que la solución que hayamos de adoptar sea la más acorde con esa finalidad.

Pues bien, aceptando el criterio de los meses naturales, como ha resuelto la sentencia invocada de contraste, determinados días de falta de **asistencia** al trabajo pueden quedar fuera del cómputo -como ocurrió en el caso allí enjuiciado- cuando la falta de **asistencia** al trabajo se produce en los días finales de un mes y primeros del siguiente, en cuyo caso estos últimos no se computarían. Tal conclusión sería abiertamente contraria a la finalidad de la norma. Debiendo en consecuencia aceptarse el criterio de la recurrida -cómputo por meses de fecha a fecha que encuentra apoyo en el precepto del *art. 5 del Código civil* y es acorde con la finalidad de la norma.

Por lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, se impone la desestimación del motivo sin que haya lugar a condena en 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 el Letrado D. Diego Jiménez Aranda, en la representación que ostenta de DON Teofilo , contra sentencia de 13 de enero de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía, Granada , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto la misma parte contra la sentencia de 14 de septiembre de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social Número 6 de los de Granada , en autos seguidos por DON Teofilo contra a empresa INOEN AMBIENTAL GRANADINA, S.A. (INAGRA, S.A. sobre **DESPIDO**. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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. Luis Ramon Martinez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.