

El despido objetivo por bajas intermitentes en cuatro meses discontinuos: los meses se computan de fecha a fecha y se incluyen en el tiempo sujeto a comprobación

STS, Sala Social, de 4 de febrero de 2019 (RCUD núm. 1113/2017)

María Antonia Castro Argüelles

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

I. Introducción

La definición de la particular causa de extinción del art. 52 d) del ET contiene dos periodos temporales en los que acotar las ausencias aun justificadas en que puede basarse el despido objetivo. En concreto, esas ausencias o bien alcanzan el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o bien el 25% en cuatro meses discontinuos^[1]. Pero, ni en este precepto ni en ningún otro se aclara si el cómputo de esos periodos debe efectuarse por meses naturales o de fecha a fecha. Esta cuestión se abordó y resolvió en la STS de 9 de diciembre de 2010 (rcud 842/2010), que rechazó el cómputo por meses naturales porque llevaría a que cuando las faltas o inasistencias coincidieran con los días finales de un mes y primeros del siguiente, estos últimos días no puedan computarse, lo que resulta abiertamente contrario a la finalidad de la norma de luchar contra el absentismo.

El tema vuelve a suscitarse en la STS 85/2019, de 4 de febrero, rcud 1113/2017, en un supuesto de bajas intermitentes por IT. En esta sentencia lo que se discute es si ese porcentaje de ausencias previsto en la norma para un marco temporal de cuatro meses (25%) puede imputarse en un periodo de tiempo inferior (tres meses). El problema se había planteado porque el periodo en el que se habían producido las bajas, de cuatro meses naturales, computado de fecha a fecha resultaba ser en realidad de tres meses.

Para la sentencia recurrida en casación para unificación de doctrina, superado el número de faltas de asistencia durante un periodo de tres de los cuatro meses discontinuos previsto en la normativa legal, concurría la causa prevista en el art. 52.d) del ET. La sentencia de contraste, en cambio, había rechazado la posibilidad de que el cómputo de las bajas justificadas en relación con las jornadas hábiles se produjera sobre tres meses discontinuos, porque ello suponía no cumplir la previsión legal en la que se sustenta el despido objetivo.

La STS 85/2019 desestima el recurso planteado. Su respuesta, se apoya, como se va a ver, en la solución más acorde con la finalidad de que las bajas sean realmente intermitentes, que persigue el art. 52.d ET al incluir cuatro meses discontinuos en el tiempo sujeto a cómputo. De esta forma, se completa la doctrina contenida en las STS de 5 de octubre de 2005, rcud 3648/2004, y 9 de diciembre de 2010, rcud 842/2010,

precisando su alcance y corrigiendo la aplicación que de su doctrina había hecho la sentencia recurrida.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución: sentencia

Órgano judicial: Sala de lo Social, Sección 1ª, del Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: STS 85/2019, de 4 de febrero

Número de procedimiento: recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1113/2017.

ECLI: ES:TS:2019:469.

Fuente de consulta: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Un trabajador que prestaba servicios desde el 14 de octubre de 2002 recibió una carta de su empresa, de fecha de 29 de enero de 2016, en la que se le comunicaba su despido objetivo con efectos de fecha 29 de enero de 2016. Los hechos en que se apoyó la empresa tenían que ver con sus ausencias al trabajo por incapacidad temporal en los siguientes periodos: del 3 al 11 de febrero; del 21 al 22 de mayo; del 21 al 26 de octubre de 2015 y del 28 de octubre al 6 de noviembre de 2015. Como consecuencia de esas ausencias, el trabajador había dejado de prestar sus servicios laborales: en febrero, 7 jornadas de las 20 hábiles; en mayo, 2 jornadas de las 19 hábiles; en octubre 7 jornadas de las 21 hábiles; y en noviembre, 5 jornadas de las 21 hábiles. Lo que suponía el 25,92% de las jornadas hábiles en el periodo computado por la empresa.

El trabajador, que no ocupaba ni había ocupado en el último año cargo representativo o sindical alguno, planteó demanda de despido porque entendía que la expresión “25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”, del art. 52.d) del ET, debía interpretarse en el sentido de que si el 25% se alcanza en menos de cuatro meses no hay causa para una extinción del contrato.

La demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tortosa, que declaró procedente el despido objetivo decidido por la empresa, “absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos contra ella formulados”. Siguiendo decisiones anteriores de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, este Juzgado entendió que la decisión empresarial resultaba ajustada a derecho puesto que con independencia de que los meses se computaran, siguiendo la STS de 9 de diciembre de 2010, rcud 842/2010, de fecha a fecha y, por ello, las ausencias se hubieran producido en un periodo de tres meses discontinuos y no cuatro, si su número superaba el 25% dentro de un periodo de doce meses (en el caso suponían un 25,92%) concurría la causa de despido.

Frente a esta sentencia se planteó recurso de suplicación que fue desestimado por la STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2017. Para la Sala de suplicación, la cuestión referida al cómputo de esos cuatro meses había sido resuelta en decisiones anteriores de la misma Sala en el sentido de que “...superado el número de faltas de asistencia durante un periodo de tres meses discontinuos del previsto para los cuatro meses en la normativa legal, resulta notorio que concurría la causa prevista en la misma, no resultando exigible que, en cada uno los meses que conforman el periodo global de referencia –en aras a determinar la aplicabilidad del precepto, que de forma expresa se refiere a cuatro meses discontinuos como periodo global- exista determinado número de ausencias laborales, al no preverse tal requisito legal”.

Contra la sentencia dictada en suplicación se formalizó recurso de casación para unificación de doctrina alegando contradicción con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2015, e infracción del art. 5 del Código Civil, en relación con el art. 52 d) del ET.

IV. Posición de las partes

Según el relato de hechos probados las bajas por IT del trabajador despedido se habían producido en los siguientes periodos:

- De 3 de febrero de 2015 a 11 de febrero de 2015.
- De 21 de mayo de 2015 a 22 de mayo de 2015.
- De 21 de octubre de 2015 a 26 de octubre de 2015.
- Y de 28 de octubre de 2015 a 6 de noviembre de 2015

La empresa hizo el cómputo de esos periodos por meses naturales, por lo que entendió que se trataba de cuatro meses discontinuos (febrero, mayo, octubre y noviembre), en un periodo de 12 meses, de enero a diciembre de 2015. Dado que el total de ausencias durante esos cuatro periodos representaba el 25,92% de las jornadas hábiles para la empresa concurría la causa de despido objetivo del art. 52.d) del ET.

Por el contrario, para la parte recurrente, que no discute el porcentaje de jornadas hábiles que supusieron sus bajas por IT, el tiempo de referencia comprendía un periodo de tres meses, no de cuatro, pues al computar los meses, según el criterio de la STS de 9 de diciembre de 2010, de fecha a fecha, el periodo comprendido de 21 de octubre a 6 de noviembre debía haberse entendido como un único período. Al no hacerlo así, la entidad demandada no había efectuado correctamente el cómputo de los meses a tener en cuenta para concretar los días de ausencia al trabajo y el porcentaje que los mismos representaban.

Por ello, el trabajador denuncia infracción del art. 5 del Código Civil, en relación con el art. 52.d) del ET y la jurisprudencia que lo ha interpretado; y propone como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que en un supuesto que guarda con el de la sentencia recurrida la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones exigidos por el art. 219 de la LRJS, declaró improcedente el despido objetivo acordado por incumplimiento de la previsión legal en la que se sustenta esta causa de extinción contractual, al ser tres y no cuatro los meses discontinuos tenidos en cuenta, como consecuencia de haberse computado los meses discontinuos de fecha a fecha y no por meses naturales, de acuerdo con la doctrina de la STS de 9 de diciembre de 2010.

El Ministerio Fiscal, por su parte, consideró procedente la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 52 del ET “El contrato podrá extinguirse...d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”.

Art. 5 del Código Civil “siempre que no se establezca otra cosa, (...) si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha”.

VI. Doctrina básica

Para resolver el problema planteado la sentencia 85/2019 parte, en primer lugar, de la STS de 5 de octubre de 2005, rcud 3684/2004, citada también por la recurrida, en la que se desarrollan, con carácter general, los elementos básicos del despido objetivo previsto en el art. 52.d) del ET.

Según esta sentencia, en este precepto legal se contienen dos periodos o sistemas en los que acotar las ausencias: las faltas deben alcanzar el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25% en cuatro meses discontinuos. En ambos casos, lo que cuenta son los periodos en conjunto, ya sea de dos meses ya de cuatro. De manera que, para que se pueda registrar una inasistencia persistente, el legislador ha considerado relevante que en el cómputo de las ausencias no se tenga en cuenta un solo mes, sino que el periodo se prolongue a dos o a cuatro meses, con reducción o aumento proporcional del porcentaje de ausencias.

En la distinta distribución de las faltas que hace el art. 52.d) del ET resultan de interés otros parámetros. En el caso de los cuatro meses, estos serán discontinuos, en un periodo de doce, y el volumen de faltas debe elevarse al 25%. En el caso de los dos meses, estos han de ser consecutivos. Además, al tratarse, este último, de un periodo menos prolongado y más concentrado que el anterior corresponde un porcentaje inferior de faltas, del 20%.

De esta doctrina general el TS entiende, a diferencia de la sentencia recurrida, que no cabe interpretar que en el caso del cómputo de ausencias justificadas que supongan el 25% de las jornadas hábiles, éstas se puedan proyectar sobre un tiempo inferior a los cuatro meses previstos en la norma, sino al contrario.

Por lo demás, se reitera el criterio mantenido en la STS de 9 de diciembre de 2010, rcud 842/2010, que había servido de base jurídica a la sentencia de contraste, según el que esos cuatro meses discontinuos han de computarse no por meses naturales sino de fecha a fecha. Este criterio, que no puede apoyarse en una previsión normativa expresa, deriva, no obstante, de la finalidad de art. 52.d) del ET de luchar contra el absentismo laboral cuya influencia negativa en la marcha normal de la relación laboral es evidente.

En efecto, como ya había advertido la STS 9 de diciembre de 2010, esta solución es la más acorde con la finalidad de la norma ya que si se aceptase el criterio de los meses naturales, podría haber días de ausencia que quedaran fuera de cómputo cuando la falta de asistencia se produzca en los días finales de un mes y primeros del siguiente, pues estos últimos no computarían.

La parte recurrente denunció infracción del art. 5 Código civil, que preceptúa que cuando otra cosa no se disponga y los plazos vengan señalados por meses se computarán de fecha a fecha. Pero para el TS, como ya se dijera también en la sentencia de 9 de diciembre de 2010, este criterio, por más que pueda servir de indicación, no es definitivo ya que los espacios temporales que se establecen en el art. 52 d) del ET no son propiamente plazos

Desde la perspectiva que ofrecen los citados precedentes jurisprudenciales, la STS 85/2019 entiende además que el requisito de la norma de que las bajas sean intermitentes exige también que cuando las ausencias justificadas se proyecten sobre el periodo de cuatro meses, esos meses no sólo se computen de fecha a fecha sino que se incluyan (los cuatro meses) en el tiempo sujeto a cómputo. Según esta sentencia para que las ausencias tengan realmente esa condición de intermitentes han de analizarse en el marco de tiempo específico previsto por el legislador. Utilizar otro inferior podría desvirtuar ese cómputo en cuatro meses discontinuos, como ocurrió en la sentencia recurrida en la que, como se ha visto, se apreció como causa válida para el despido objetivo llevado a cabo por la empresa el hecho de que las bajas se produjeran durante tres meses intermitentes, no cuatro, computados de fecha a fecha.

VII. Parte dispositiva

La STS 85/2019 entiende que la doctrina ajustada a derecho es la que se contiene en la sentencia de contraste por lo que estima el recurso de casación para unificación del trabajador y casa y anula la sentencia recurrida, resolviendo el debate en suplicación.

En consecuencia, se revoca la sentencia de instancia estimando la demanda planteada, y se declara el despido del actor improcedente con las consecuencias legales previstas en el art. 53.5.b), en relación con el art. 56 del ET, debiendo el empresario ejercitar en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia la opción entre la readmisión o el abono de la correspondiente indemnización, sin perjuicio de procederse al descuento, en su caso, de la ya percibida por el despido objetivo llevado a cabo en su día.

VIII. Pasajes decisivos

Último párrafo, Fundamento jurídico III.1: “De esa doctrina general citada por la sentencia recurrida no cabe desprender en absoluto que en el caso del cómputo de las ausencias justificadas que supongan el 25% de las jornadas hábiles, éstas se puedan proyectar sobre un tiempo inferior a los cuatro meses previstos en la norma, sino más bien lo contrario”.

Segundo párrafo, Fundamento jurídico III.2: “...en el caso de las ausencias justificadas que se proyecten sobre cuatro meses y supongan el 25% o más de las jornadas hábiles, no sólo habrán de computarse de fecha a fecha, sino que será necesario que se incluyan esos cuatro meses en el tiempo sujeto a cómputo, pues en otro caso no se cumpliría la finalidad de la norma de que las bajas intermitentes para que realmente tengan esa condición han de analizarse en un marco de tiempo específico previsto por el legislador, no en otro inferior que pueda desvirtuar ese cómputo en cuatro meses discontinuos”.

IX. Comentario

La causa de extinción del art. 52.d) del ET se produce “por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes” que deben suponer unos concretos porcentajes de días hábiles en relación con unos determinados periodos de tiempo: el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que en los doce meses anteriores el total de faltas alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. Como ha aclarado la STS 316/2018, de 19 de marzo, rcud 10/2016, 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, de doce meses, que son comunes^[2].

El objetivo de la regulación de esta causa de despido objetivo es luchar contra el absentismo que suponen las ausencias al trabajo de escasa duración e intermitentes^[3], cuyo perjuicio para la empresa parece presumirse en todo caso^[4]. En ese objetivo se apoyó el TS, en su sentencia de 9 de diciembre de 2010, para interpretar que los espacios temporales a los que el precepto legal se refiere deben computarse de fecha a fecha, aunque el precepto legal nada diga al respecto. De lo contrario, podría haber ausencias que quedaran fuera de cómputo (cuando una baja se produce en los días finales de un mes y primeros del siguiente, estos últimos podrían no computar).

El marco temporal del que habla el precepto legal se integra de cuatro periodos de 30 días, contados de fecha a fecha desde la primera ausencia, elegidos por el empresario, con la condición de que sean discontinuos y estén integrados en un periodo más amplio de doce meses^[5]. El *dies ad quem* (día final) para el cómputo de las faltas en el periodo de referencia de 12 meses debe ser, al igual que en el periodo de corto (de dos o cuatro meses), la fecha de despido, como aclaró la STS 316/2018, de 19 de marzo, rcud 10/2016.

El cómputo de esos cuatro meses discontinuos de fecha a fecha es el criterio que mantiene también la STS 85/2019, al considerarlo, en efecto, el más adecuado a la finalidad de la norma, una vez rechazado que el art. 5 del Código Civil, pueda ser concluyente para resolver el silencio del art. 52.d) del ET sobre cómo deba hacerse

ese cómputo, puesto que los espacios temporales a que se refieren las ausencias no son propiamente plazos.

Precisamente porque el objetivo de esta causa de despido es luchar contra el absentismo que generan las inasistencias de escasa duración e intermitentes, para computar el número de ausencias en relación con la jornada hábil, no se tiene en cuenta un solo mes sino un periodo más prologado, de dos meses consecutivos^[6] o de cuatro meses discontinuos, que permita registrar una inasistencia persistente. Para el TS, lo que justifica el despido objetivo no es la permanencia de la ausencia o, en este caso, de las bajas por IT, sino su intermitencia, esto es, su condición de faltas repetidas que se han reiterado de forma no previsible.

Por ello, según aclara la STS 85/2019, en el tiempo sujeto a cómputo, de fecha a fecha y no por meses naturales, han de estar integrados los cuatro meses discontinuos a que se refiere el art. 52.d) del ET, porque ese es el marco específico que establece el precepto; lo que excluye que el porcentaje de inasistencias en relación con la jornada hábil pueda proyectarse sobre un número de meses inferior, para no desvirtuar ese cómputo que según la ley ha de hacerse en cuatro meses discontinuos. Como dijera la STS de 26 de julio de 2005 rcud 3406/2004, el requisito legal de la intermitencia, incluso por su dicción literal (con la conjunción adversativa «pero») expresa la voluntad de la Ley de que en todo caso se produzca dicha intermitencia en las faltas al trabajo^[7].

La interpretación que hace la STS 85/2019 supone también que aunque lo que cuente sean, según la STS 5 de octubre de 2005, rec 529/2004, los periodos (de dos o cuatro meses) en conjunto, un determinado mes sólo se podrá incluir en el tiempo sujeto a cómputo, si en ese periodo se constata alguna ausencia, sin que sea necesario que se alcance el porcentaje de jornadas hábiles que legitima el despido. Por todo ello, no parece irrelevante lo que suceda en cada uno de los meses discontinuos^[8].

X. Apunte final

En definitiva la STS 85/2019 viene a completar la jurisprudencia precedente que ha ido resolviendo los problemas interpretativos que ha suscitado la literalidad de la regla del art. 52.d) del ET, que no aclara como se deba llevar a cabo el cómputo de esos meses que conforman el periodo global en el que se han de acotar las ausencias, y si los mismos deben integrar el espacio temporal de referencia; tampoco si en cada uno de los meses que integran ese periodo global debe haberse producido alguna ausencia.

Como se ha visto, a la doctrina general que defiende que los meses se computan de fecha a fecha (STS 9 de diciembre de 2010) y que esos meses conforman el periodo global a que se refieren los porcentajes de inasistencia (STS 5 de octubre 2005); se añade ahora la contenida en la STS 85/2019 que aclara que cada uno de los meses que conforma ese periodo global debe integrar el espacio en el que deben haberse producido las ausencias.

Esta solución no contradice el criterio de la STS de 5 de octubre 2005 que desestimó el recurso de casación para unificación de doctrina planteado contra una sentencia que había concluido que el cómputo de meses discontinuos debía entenderse referido al periodo en su conjunto, para justificar que no era necesario que en cada uno de esos meses existiera un determinado número de ausencias laborales, menos aún que alcanzasen el 25% de la jornada. Como se ha dicho, el que no sea necesario un determinado número de ausencias, no excluye que para poder incluir un mes en el espacio temporal de cómputo sea necesario que cuente con alguna inasistencia, en todo caso de menos de 20 días. A esta conclusión lleva la STS 85/2019. Sólo así se produce la intermitencia que exige el precepto en todo caso^[9].

A estos criterios, analizados en este comentario, se suman otros, mantenidos también por el TS, como el que ha defendido que si las bajas por enfermedad son

intermitentes y de duración, cada una de ellas, inferior a 20 días, se computan aunque se deban a una misma enfermedad y aunque sumados los días de baja se supere ese límite, pues no se trataría de «días consecutivos» (STS de 24 octubre 2006, rcud 2247/2005)^[10].

De esta forma el TS ha contribuido a precisar los elementos básicos del despido objetivo por ausencias aun justificadas del art. 52.d) del ET que, como se ha dicho, no tiene otro objetivo que luchar contra el absentismo que generan las inasistencias de escasa duración e intermitentes.

Referencias:

1. ^ *En este sentido, STS 5 de octubre de 2005, rcud 3648/2004.*
2. ^ *En el mismo sentido, STS 162/2019 de 5 marzo, rcud 2518/2017.*
3. ^ *En este sentido, STS 23 de enero de 2007, rec 4465/3003, según la que “La finalidad esencial de esta norma es la lucha contra el absentismo laboral, pues esta particular figura de despido objetivo que prevé el 52.d) del ET no es otra cosa que un arma o instrumento establecido por el legislador en contra del mismo, para lograr su reducción. Pero esta finalidad está pensada sobre todo en relación con aquella clase de absentismo que de algún modo es imputable a la voluntad del trabajador o trabajadores, normalmente formado por ausencias al trabajo de escasa duración e intermitentes”.*
4. ^ *Torollo González, F.J., “Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas)”, A. Montoya Melgar y J. García Murcia (dirs), Comentario a la reforma laboral de 2012, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012, pg. 224.*
5. ^ *Sempere Navarro, A.V., “Causas de despido objetivo”, en J.M. Goerlich Peset, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.*
6. ^ *Téngase en cuenta que la intermitencia en las faltas justificadas de asistencia es un requisito que se exige también para computar el 20% de jornada hábil de dos meses consecutivos, STS 7 de mayo de 2015, rec 1000/2014.*
7. ^ *Sobre la intermitencia de las ausencias al trabajo como requisito imprescindible, Alzaga Ruiz, I., “El despido por causas objetivas”, en A.V. Sempere Navarro y R. Martín Jiménez (dirs), El despido, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pg. 490.*
8. ^ *De esta manera el carácter intermitente de las ausencias no sería aplicable sólo a la primera posibilidad de cómputo (20% de la jornada en dos meses consecutivos), como defendió la STS de 7 de mayo de 2015, rcud 1000/2014, sino también respecto de la segunda posibilidad de cómputo de faltas justificadas (cuatro meses discontinuos) a propósito de la que esta sentencia mantuvo obiter dicta que como la norma no hacía referencia al carácter intermitente o no de las ausencias “cualquiera de las dos soluciones” se ajustaba al precepto.*
9. ^ *Téngase en cuenta también la STS de 26 de julio de 2005, rcud 346/2004, para la que la decisión del párrafo segundo in fine del art. 52.d) del ET de limitar el rigor establecido en el párrafo primero, excluyendo del cómputo las bajas por un periodo superior a 20 días consecutivos “supone al mismo tiempo el absoluto respeto al requisito legal de la intermitencia”.*
10. ^ *En el mismo sentido, STS de 27 noviembre 2008, rcud 2861/2007.*