



Roj: **STSJ M 5296/2014 - ECLI: ES:TSJM:2014:5296**

Id Cendoj: **28079340012014100376**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2014**

Nº de Recurso: **147/2014**

Nº de Resolución: **380/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG : 28.079.00.4-2012/0026350

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 147/14

Sentencia número: 380/14

S.

Ilmo. Sr. D. JAVIER JOSÉ PARIS MARÍN

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a cinco de mayo de dos mil catorce, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 147/14 formalizado por la Sra. Letrada Dña. Elisa Navas Sánchez en nombre y representación de "**KONECTA BTO**, S.L." contra la sentencia de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de MADRID, en sus autos número 1377/12, seguidos a instancia de Dña. Celestina frente a la citada recurrente, en reclamación por despido, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La actora, D^a Celestina prestaba servicios para la empresa demandada **KONECTA BTO**, S.L en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, suscrito con fecha 20-04-09, constituyendo su objeto la cartera de clientes de Gescobán, ostentando la categoría profesional de Teleoperador Especialista, y percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 968' 88 euros, en función de la jornada realizada de 32'50 horas.

SEGUNDO.- Mediante carta de 17-10-12 la empresa demandada notificó a la trabajadora su decisión de extinguir el contrato de trabajo por causas objetivas, derivadas de las faltas de asistencia al trabajo, y con efectos desde dicha fecha. El contenido de dicha carta, que está adjuntada al escrito de demanda, se tiene por reproducido en este apartado. En esa fecha le fue puesta a disposición cheque por la cantidad de 2.346'20 euros en concepto de indemnización por despido, que la actora se negó a recibir.

TERCERO.- En el periodo 03-07-12 a 03-09-12 (44 jornadas hábiles), la actora permaneció en situación de Incapacidad Temporal los siguientes días:

- 3 a 6 de julio, ambos inclusive.

- 10 de julio

- 17 de julio

- 7 a 10 de agosto ambos inclusive.

CUARTO.- En el periodo 17-10-11 a 17-10-12 el total de jornadas hábiles en la empresa fueron 299; y el total de días en situación de Incapacidad Temporal de la actora fueron 22, en los meses de noviembre 2011 (3 días), enero 2012 (1 día), abril 2012 (4 días) mayo 2012 (1 día) y los ya indicados de julio y agosto 2012.

QUINTO.- La actora disfrutó las vacaciones anuales en el periodo 10 a 16 de abril 2012; y del 20 de agosto al 2 de septiembre, ambos inclusive.

SEXTO.- En el mes de octubre 2012 la actora percibió la cantidad mensual bruta prorrateada de 393'06 euros.

SEPTIMO.- El acto previo de conciliación se celebró con resultado de intentado y sin efecto.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Estimo la demanda formulada por D Celestina frente a **KONECTA BTO**, S.L y declaro la improcedencia de la decisión extintiva de su contrato de trabajo, de fecha 17-10-12, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración así como a que, a su elección, que deberá manifestar ante este juzgado en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, readmita a la actora en su mismo puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el 17-10-12, a razón de 968'88 euros brutos mensuales prorrateados, o la indemnice en la cantidad de 5.894'02 euros, supuesto que determinará la extinción de la relación laboral en la fecha indicada del 17-10- 12; y entendiéndose finalmente que en caso de no efectuar la opción en el plazo indicado procederá la readmisión.

Y estimando parcialmente la reclamación de cantidad, condeno a **KONECTA BTO**, S.L a abonar a la actora la cantidad de 155'97 euros brutos".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 6 de marzo de 2014, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 16 de abril de 2014, señalándose el día 30 de abril de 2014 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.



A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa "**KONECTA BTO. S.L.**" acordó el despido de la Sra. Celestina con efectos de 17 de octubre de 2012, basándose en las previsiones del art. 52 d) ET .

Impugnada esa decisión en vía judicial, recayó sentencia estimatoria del juzgado de lo social nº 16 de Madrid de 24 de octubre de 2012 , declarando el despido improcedente.

Recorre la empresa en suplicación.

SEGUNDO.- Solicita de la Sala la revisión del cuarto hecho declarado probado, por contener un error mecanográfico consistente en señalar que los días hábiles de jornada en la empresa en el período comprendido entre 17 de octubre de 2011 y 17 de octubre de 2012 fueron 299, cuando en realidad fueron 229, según prueba documental y postura de la parte contraria, que no cuestionó tal hecho.

La corrección debe admitirse conforme resulta de los propios cálculos llevados a cabo por la juzgadora de instancia. No obstante, aun cuando mantuviéramos el original de sentencia, el resultado de la decisión de la Sala no cambiaría, como vamos a ver.

TERCERO.- Es objeto de debate la interpretación que debe darse al art. 52 d) ET conforme a la redacción de este precepto vigente en la fecha de producirse el despido de la Sra. Celestina , en lo relativo a la forma de determinación del período que debe tomarse en cuenta en orden a fijar las ausencias laborales computables requeridas para el despido por causas objetivas que en él se regula. La duda afecta al párrafo primero del art. 52 d), según el cual procede el despido objetivo "*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 cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses*" .

Como vemos, la norma transcrita contempla dos fórmulas numéricas. Una mide las ausencias laborales de las jornadas hábiles considerando a tal efecto, por un lado, dos meses (en los cuales debe haber 20% de faltas) y, por otro, doce meses (en los cuales debe haber 5% de faltas). El otro supuesto mide las ausencias laborales de las jornadas hábiles durante un período de 4 meses discontinuos (en los cuales debe haber un 25% de faltas).

Según la juzgadora de instancia, en la primera de estas fórmulas "*el dies ad quem para calcular las ausencias del período de doce meses, es el de la primera ausencia impugnada en los dos meses consecutivos*" . Sin embargo, este Tribunal entiende que ambas formas de cálculo tienen en común que las ausencias laborales han de computarse en un período único de doce meses. Por dos razones. La primera consiste en que, si se siguiera el criterio de la sentencia impugnada, la duración del período de ausencias a considerar sería variable en cada caso, en función de la fecha en que hubieran tenido lugar las bajas computadas en el período de 2 meses que debe reunir un 20% de ausencias laborales. La segunda razón radica en que no sería coherente que la segunda fórmula de cálculo de ausencias tomara en cuenta un período de 12 meses mientras la primera fórmula de cálculo considerara un período mayor, pues la única diferencia entre ambas fórmulas se refiere al volumen de ausencias, según se produzcan en meses consecutivos o discontinuos, pero no a los meses totales de ausencias computables, que son comunes en ambos casos: "*dentro de un periodo de doce meses*" .

CUARTO.- En el caso presente el despido de la Sra. Celestina tuvo lugar el 17 de octubre de 2012. Por tanto, el período a computar abarca desde 18 de octubre de 2011 a 17 de octubre de 2012. En ese período ha habido dos meses en los que las ausencias laborales han sido superiores al 20% de los días laborales y esto no se discute (los diez días de ausencias que cita el tercer hecho declarado probado). Ha habido también ausencias laborales que alcanzan el 5% de los días laborales de los diez meses restantes (los 9 días de ausencias que cita el cuarto hecho declarado probado). Por lo tanto, las faltas computables suponen un total de 19 días y la situación concurrente tiene encaje en el art. 52 d) ET , ya que las ausencias laborales superan el 5% de las jornadas hábiles, tanto si consideramos que éstas son 229 (en cuyo caso ese 5% serían 12 días) como si consideramos que son 299 (en cuyo caso dicho porcentaje sería de 15 días).

Se estima el recurso.

QUINTO.- Se acuerda la devolución del depósito y del aseguramiento prestado para recurrir.

No procede la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el art. 235.1 LRJS es la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión

SEXTO.- La presente sentencia puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina en los términos establecidos en el art. 218 LRJS .



FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por "**KONECTA BTO**, S.L." contra la sentencia de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de MADRID , en sus autos número 1377/12, seguidos a instancia de Dña. Celestina frente a la citada recurrente, en reclamación por despido. En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda. Acordamos la devolución del depósito y el aseguramiento prestados para recurrir. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n° recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010 de Madrid,

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.