



Roj: **STSJ M 14619/2014 - ECLI: ES:TSJM:2014:14619**

Id Cendoj: **28079340042014100971**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **18/11/2014**

Nº de Recurso: **358/2014**

Nº de Resolución: **956/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0002071

Procedimiento Recurso de Suplicación 358/2014

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid Despidos / Ceses en general 75/2014

Materia : Despido

Sentencia número: 956/2014

Ilmos. Sres

D./Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

D./Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D./Dña. CONCEPCIÓN URESTE GARCÍA

En Madrid a dieciocho de noviembre de dos mil catorce habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 358/2014, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. FRANCISCA VIRSEDA INIESTA en nombre y representación de D./Dña. Alexander , contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 75/2014, seguidos a instancia del recurrente frente a SERVICIOS AUXILIARES SANITARIOS DE URGENCIAS SL UTE, SERVICIOS AUXILIARES SANITARIOS DE URGENCIAS SL y AMBULANCIAS MARIA PITA SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. CONCEPCIÓN URESTE GARCÍA, 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:

1)- El actor Alexander comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada SERVICIOS AUXILIARES SANITARIOS DE URGENCIA S.L. UTE (constituida por SERVICIOS AXILIARES SANITARIOS DE URGENCIA S.L. y AMBULANCIAS MARIA PITA S.L.) con fecha 6-10-99, con la categoría profesional de camillero y con un salario bruto mensual de 1.872,98 euros con prorrata de pagas extras.

2)- En fecha 29-11-13, y efectos del 14-12-13, la empresa le notificó una carta de despido por razones objetivas, con fundamento en el **absentismo** del trabajador, al entender que las faltas de asistencia han superado el 20% en dos meses consecutivos y el 5% de las jornadas hábiles en el año anterior a la fecha de la extinción.

Dicha carta se ha notificado al Comité de Empresa y a la Sección Sindical.

La empresa le ha abonado un total de 17.793,31 euros en concepto de indemnización de 20 días por año de antigüedad.

3)-Durante el mes de enero de 2013 el actor ha faltado por encontrarse en situación de baja médica durante un total de 10 días hábiles, siendo la jornada hábil de 21 días; y en el mes de febrero de 2013 se ha ausentado por baja médica un total de 1 día hábil, siendo la jornada hábil de 20 días.

4)-Durante el periodo de enero a noviembre de 2013 el actor ha faltado por situación de baja médica un total de 29 días hábiles, siendo la jornada hábil de 222 días.

5)-En el informe del médico de Atención Primaria de fecha 4-12-13 se hace constar que el actor está siendo tratado por clínica urinaria desde mayo de 2012, precisando tratamientos con antibiótico, así como una otitis de repetición.

6)-El actor es miembro del Comité de Empresa

7)-Con fecha 14-1-14 se celebró el acto de conciliación previa con resultado de sin avenencia.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se desestimó la demanda.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Alexander , 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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 27/05/2014, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 13 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Con adecuado amparo procesal -ex artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social -, la dirección letrada de la parte actora interpone recurso de suplicación frente a la sentencia que declaró la procedencia del despido por mor de lo prevenido en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores . Entiende el recurrente que concurre el quebranto de este precepto en la redacción dada por el art. 18 de la Ley 3/2012 y sostiene que su interpretación debe ser la de computar los doce meses anteriores a que alude tomando como punto de referencia los dos meses en los que las ausencias han superado el 20% de las jornadas hábiles, y no la fecha misma del despido.

El modo de cómputo de las faltas de asistencia al trabajo diseñado por el legislador para poder adoptar la extinción objetiva prevista en el invocado art. 52 d) ET , ha sido examinado por la Sala entre otras en sentencia de fecha 5 de mayo de 2014 (ROJ: STSJ M 5296/2014), en la que el criterio adoptado es el que sigue: "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. Rafaela 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)."

Razones de seguridad jurídica determinan la traslación del referido criterio al supuesto de autos - descartándose la conclusión alcanzada en sentencia de 28 de abril de 2014 (ROJ: STSJ M 5444/2014) y de lo apuntado en la de 22 de julio de 2013 (ROJ: STSJ M 9329/2013)-, lo que a su vez conlleva el mantenimiento de la sentencia de instancia que se muestra coincidente con aquél, acudiendo al efecto tanto a una interpretación literal del precepto -doce meses anteriores al despido pues se sanciona el **absentismo** por un periodo acotado-, a una interpretación auténtica -refiriendo la enmienda introducida en el debate parlamentario, recogida en el texto definitivo, acerca del periodo anual **laboral** del trabajador, es decir el del último año anterior a la extinción-, y también a una interpretación lógica, derivada de las exigencias de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE), de forma que la elección del periodo no quede al mero arbitrio del empleador.

En la misma línea cabría citar la sentencia de 15 de julio de 2014 (ROJ: STSJ CV 5826/2014) que confirmaba la de instancia aplicando dicho criterio o la de 7 de marzo de 2014 (ROJ: STSJ GAL 3631/2014), entre otros pronunciamientos.

Correlativamente procede desestimar el recurso de suplicación formulado. En su virtud,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por D. Alexander , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, de fecha 17 de marzo de 2014 , en virtud de demanda formulada por el recurrente frente AMBULANCIAS MARIA PITA, S.L., SERVICIOS AUXILIARES SANITARIOS DE URGENCIAS, S.L. y SERVICIOS AUXILIARES SANITARIOS DE URGENCIAS, S.L. UTE, en reclamación por despido y confirmamos la sentencia de instancia.

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 de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de



notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0358-14 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en C/ Miguel Ángel, 17; 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. 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.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000035814) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales 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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.