



Roj: **STSJ M 16388/2014 - ECLI: ES:TSJM:2014:16388**

Id Cendoj: **28079340042014101040**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **28/11/2014**

Nº de Recurso: **591/2014**

Nº de Resolución: **1009/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL POVES ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 16388/2014,**
STS 1756/2017

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

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34016050

NIG : 28.079.00.4-2013/0025755

Procedimiento Recurso de Suplicación 591/2014

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid Despidos / Ceses en general 626/2013

Materia : Despido

C.A.

Sentencia número: 1009/2014

Ilmos. Sres.

D./Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

D./Dña. MANUEL POVES ROJAS

D./Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid, a veintiocho 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 **591/2014**, formalizado por el/la letrado D./Dña. Margarita Argumosa Ruiz en nombre y representación de **EXTEL CONTACT CENTER SAU**, contra la sentencia de fecha 16 de octubre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid en sus autos número 626/2013, seguidos a instancia de **D./Dña. María Dolores**, en reclamación por Despido, ha sido Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. **D. MANUEL POVES ROJAS**.

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 María Dolores prestaba servicios para la empresa demandada EUROCCEN EUROPEA DE CONTRATAS SAU con antigüedad de 14-11-04, ostentando la categoría profesional de Teleoperador Especialista, y percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 1.017'21 euros más 65'52 euros de plus nocturnidad,, en función de la jornada realizada del 87'18%.

SEGUNDO .- Mediante carta de 21-03-13 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. El contenido de dicha carta, que está adjuntada al escrito de demanda, se tiene por reproducido en este apartado. En esa fecha le fue abonada la cantidad de 5.937'99 euros en concepto de indemnización por despido.

TERCERO .- Con fecha 27-01-11 la actora solicitó reducción de jornada por cuidado de familiar, realizando desde esa fecha una jornada del 87'18%.

CUARTO .- En el periodo 26-02-12 a 26-02-13 (42 jornadas hábiles), la actora permaneció en situación de Incapacidad Temporal los siguientes días:

26-04-12 a 04-01-13

18-02-13 a 26-02-13

QUINTO .- En el periodo 26-02-12 a 26-02-13 el total de jornadas hábiles en la empresa fueron 208; y el total de días en situación de Incapacidad Temporal de la actora fueron 17, en los meses de diciembre 2012, enero y febrero 2013.

SEXTO .- Con fecha 05-02-13 la actora solicitó el cambio de jornada reducida a turno de tarde, jornada que realiza desde el mes de marzo, en el que fue retribuida con nocturnidad.

SEPTIMO .- El acto previo de conciliación se celebró con resultado de sin avenencia."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " Estimo la demanda formulada por Doña María Dolores frente a EUROCCEN EUROPEA DE CONTRATAS SAU y declaro la nulidad de la decisión extintiva de su contrato de trabajo, de fecha 21-03-13, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración así como a readmitir a la actora en su mismo puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir a razón de 1.082'73 euros brutos mensuales prorrateados, debiendo la actora reintegrar la indemnización percibida de 5.937'99 euros una vez firme esta sentencia."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte EUROCCEN EUROPEA DE CONTRATAS SAU, 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 20/08/2014, 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 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



PRIMERO .- Interpone la representación letrada de la empresa condenada recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 15 de Madrid, en sus autos 626/13, que declaró la nulidad de la decisión extintiva del contrato de trabajo de la actora, y articula en primer lugar 3 motivos que ampara procesalmente en el art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en los que solicita la modificación de los hechos probados primero, cuarto y quinto de la sentencia que se combate. Concretamente solicita lo siguiente:

Que se diga en el 1º que la actora percibía además 65,52 euros de plus de nocturnidad.

Que se dé nueva redacción al hecho cuarto, declarando lo siguiente: « *En el período de dos meses consecutivos (42 jornadas hábiles) la actora permaneció en Incapacidad Temporal los siguientes días:*

19-12-12 a 05-01-13

18-02-13 a 26-02-13»

Que el Hecho probado quinto quede redactado así: « *El total de faltas de asistencia en relación a los 12 meses anteriores a la fecha de extinción del contrato de trabajo alcanza el 5% de jornadas hábiles.*»

La modificación del relato fáctico de una sentencia de instancia sólo ha de llevarse a cabo de manera excepcional y siempre que concurren los siguientes requisitos:

1º Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuanto no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

No se aprecia en este caso concreto que la Magistrada de instancia haya incurrido en un error claro, manifiesto y evidente, sino que ha valorado todos los medios probatorios que fueron aportados en la instancia, llegando a la conclusión de que el sustrato fáctico del litigio es el que se refleje en la resultancia fáctica de la sentencia, sin que proceda ser sustituido por la apreciación que, de forma obviamente interesada, lleva a cabo la parte que recurre.

En consecuencia, han de ser desestimados los tres motivos de revisión fáctica que se plantean.

SEGUNDO .- Por el cauce procesal del apartado c) del art. 193 de la LRJS se plantea el cuarto de los motivos del recurso, denunciando infracción del art. 52.d) del ET, ya que entiende que la Juez a quo hace una sorprendente interpretación jurídica, tal y como dice literalmente.

Ciertamente la redacción del artículo que se cita es confusa, pues establece en el art. 52.d) del ET que el contrato podrá extinguirse: ... por faltas de asistencia al trabajo, aún 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.

Lo único que ha de dilucidarse en este trámite procesal es. Partiendo de la base incuestionable de que se trata, en todo caso, de una extinción del contrato por causas objetivas, si la empresa ha cumplido o no los requisitos previstos en el siguiente art. 53.1 del mismo ET.



La empresa no sólo ha de acreditar que se cumplen las condiciones cuantitativas y de porcentaje que establece el art. 52.d) del ET, sino que ha de acreditar, también, que ha puesto a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de 20 días por año de servicio...

Se aprecia en este caso que las faltas de asistencia al trabajo vienen computados en los hechos probados cuarto y quinto de la sentencia. Este cómputo es doble: absentismo de un 20% en dos meses consecutivos más un cómputo adicional en el período de los 12 meses anteriores (5% de las jornadas hábiles).

Esta Sala ha declarado en relación con el tema debatido lo siguiente:

« 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. Fermina 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.»

El cálculo que lleva a cabo la empresa recurrente no se ajusta al criterio de esta Sala, pues ha de computarse el período legalmente establecido desde la fecha efectiva de la extinción del contrato de trabajo, y no desde la última ausencia, por lo que no se ha cumplido lo que dispone el art. 52 del ET, por lo que la extinción del contrato por esta causa objetiva no está debidamente acreditada ni justificada.



TERCERO .- A continuación formula la recurrente el motivo de suplicación que numera como quinto, con idéntico amparo procesal que el anterior, denunciando infracción de los artículos 37.5 y 53.4 del ET y el art. 122.2.d) de la LRJS , manteniendo que es imposible la aplicación automática de la nulidad del despido.

Sostiene la recurrente que sólo existió un cambio de turno por motivos familiares, no una reducción de jornada, y que no existe indicio alguno de discriminación vetada por el art. 14 de la CE . Concluye que el despido sería, en todo caso, improcedente pero nunca nulo. En efecto, se aprecia que no existe despido nulo, ya que tal calificación habrá de reservarse para los supuestos específicamente previstos en el nº 2 del art. 108 de la LRJS que proclama que será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca en violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

No puede entenderse que la trabajadora se encontrase en la situación contemplada por el art. 37.5 del ET y que no existió una reducción de jornada de trabajo sino simplemente un cambio de turno, tal y como refleja el hecho probado sexto de la sentencia combatida que dice: "Con fecha 5-2-2013 la actora solicitó el cambio de jornada reducida a turno de tarde, jornada que realiza desde el mes de marzo, en el que fue retribuida con nocturnidad."

No se trata del supuesto de nulidad de sentencia previsto en el nº 5 del art. 55 del ET , sino de un despido objetivo, sin que aparezca indicio alguno de la violación de un derecho constitucional. Ha de estimarse por la Sala parcialmente el recurso, sustituyendo la calificación de despido nulo por la de despido improcedente.

CUARTO .- La parte recurrida, en su escrito de impugnación plantea como cuestión previa que debe inadmitirse el recurso porque ha existido un defecto formal, consistente en que por parte de la empresa condenada y ahora recurrente no se llevó a cabo la consignación que debió cifrarse en 24.068,67 euros.

Su planteamiento, no puede ser aceptado favorablemente, no obstante la excelente exposición que se lleva a cabo, ya que consta en los autos del Juzgado que el 30-10-2013 la empresa recurrente consignó la cantidad de 7.319,01 euros, y en el rollo del recurso consta que se consignó el 23-4-14 la suma de 16.749,60 euros, quedando en esa fecha la consignación debidamente agotada, por lo que carece de viabilidad este motivo previo que plantea la representación letrada de la trabajadora.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa **EXTEL CONTACT CENTER SAU** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Madrid, en sus autos 626/13, y revocando parcialmente dicha resolución judicial, declaramos que debe calificarse el despido de la actora, **D^a María Dolores** , como improcedente, en lugar de nulo, con las consecuencias legales inherentes a la declaración de improcedencia. Dese el destino legal a lo depositado y consignado para recurrir una vez sea firme esta resolución.

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 Publico 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 2829-0000-00-0591-14 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 (2829000000059114) , 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, devuélvanse 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 el día por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ