



Roj: **STSJ M 7572/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:7572**

Id Cendoj: **28079340042016100578**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **22/06/2016**

Nº de Recurso: **335/2016**

Nº de Resolución: **582/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

**NIG** : 28.079.00.4-2014/0051888

**Procedimiento Recurso de Suplicación 335/2016**

**ORIGEN:** Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid Despidos / Ceses en general 1175/2014

**Materia** : Despido

**C.A.**

**Sentencia número: 582/2016**

**Ilmas. Sras.**

D./Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

D./Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D./Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid, a veintidós de junio de dos mil dieciséis.

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 las Ilmas. Sras. citadas, 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 **335/2016** , formalizado por el/la letrado D./Dña. Alba María Costoya Novo en nombre y representación de **PLATAFORMA LOGISTICA MECO SA** , contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid , en sus autos número 1175/2014, seguidos a instancia de **D./Dña. Catalina** frente a la empresa recurrente, en reclamación por Despido, ha sido Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. **D./Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ** .



## 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.-** D<sup>a</sup> Catalina ha venido prestando servicios para la empresa "PLATAFORMA LOGISTICA MECO SA" desde el día 12/09/2007, ostentando la categoría profesional de operario de logística y percibiendo un salario anual en los últimos 12 meses ascendente a 23.223,94 € mensuales (63,63 /día).

**SEGUNDO.-** En fecha 22/09/2014, la empresa comunicó a la actora, mediante entrega de carta, la cual obrando en autos damos por reproducida, la extinción de su relación **laboral**, con efectos desde ese mismo día, al amparo del artículo 52, apartados d) del Estatuto de los Trabajadores, alegando que la trabajadora había sobrepasado los límites de faltas de asistencia al trabajo, aún justificada, de conformidad con el citado precepto, superando el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos comprendidos del 12 de febrero al 12 de abril de 2014; indicándose que, en concreto, en el periodo comprendido entre el 12/02/2014 y el 12/04/2014 (43 jornadas hábiles), es decir durante dos meses consecutivos, la trabajadora demandante había faltado al trabajo 12 días, como consecuencia de IT por contingencias comunes, lo que suponía un 27,9% de **absentismo**. Así mismo también se indicaba que las faltas de asistencia al trabajo de la actora en los últimos 12 meses suponían un índice de **absentismo** del 6,28 % de las jornadas hábiles, las cuales ascendieron a 223, ascendiendo el total de ausencias, derivadas de IT por contingencias comunes, a 14 en el periodo comprendido entre el 27/12/2013 y el 13/06/2014.

En la misma comunicación extintiva se hacía constar que el despido tendría efectos desde el mismo día de entrega de la carta y se reconocía el derecho de la actora a una indemnización de 20 días por año de servicio ascendente a 9.164 €, la cual le fue abonada, así como el importe correspondiente a 15 días de falta de preaviso (729,46 €)

(Documental aportada por ambas partes: Folios 16, 17 y 43 a 45)

**TERCERO.-** En el periodo comprendido entre el 12/02/2014 y el 12/04/2014 la actora no acudió a trabajar por encontrarse en situación de incapacidad temporal por enfermedad común, los días 12/02/14, 14/03/2014 y del 31/03/2014 al 11/04/2014, ausentándose un total de 12 días laborables de las 43 jornadas **laborales** que integraban el referido periodo. (Documental de ambas partes: Folios 23 a 26, 50, 51 y 61 al 66)

**CUARTO.-** En el periodo comprendido entre el 27/12/2013 y el 13/06/2014, la actora no acudió a trabajar por encontrarse en situación de incapacidad temporal por enfermedad común, los días 27/12/2013, 12/02/14, 14/03/2014, del 31/03/2014 al 11/04/2014 y el 13/06/2014, ausentándose un total de 14 días laborables. (Documental de ambas partes: Folios 23 a 27, 48 a 61 al 68)

**QUINTO.-** Por la parte demandante se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, a fin de intentar el acto de conciliación previa."

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " **QUE ESTIMANDO LA DEMANDA INTERPUESTA POR D<sup>a</sup>. Loreto FRENTE A LA EMPRESA "PLATAFORMA LOGISTICA MECO SA", EN MATERIA DE RECLAMACION POR DESPIDO, DEBO DECLARAR Y DECLARO IMPROCEDENTE EL DESPIDO DE QUE FUE OBJETO LA ACTORA CON EFECTOS DEL DÍA 22/09/2014; CONDENANDO A LA EMPRESA DEMANDADA A READMITIR A LA MISMA EN SU PUESTO DE TRABAJO, EN LAS MISMAS CONDICIONES QUE TENIA ANTES DE PRODUCIRSE EL DESPIDO, A NO SER QUE EN EL PLAZO DE CINCO DÍAS, A CONTAR DESDE LA NOTIFICACIÓN DE ESTA SENTENCIA Y SIN NECESIDAD DE ESPERAR A LA FIRMEZA DE LA MISMA, OPTE ANTE ESTE JUZGADO POR ABONARLE, EN CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN, LA CANTIDAD DE 18.245,9 € (S.E.U.O), DE LA CUAL DEBERÁ DESCONTARSE LA CANTIDAD DE 9.164 € YA ABONADAS POR LA EMPRESA A LA ACTORA EN CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO OBJETIVO.**

**ASÍ MISMO, PARA EL CASO DE QUE LA EMPRESA OPTE POR LA READMISIÓN DE LA ACTORA, DEBO CONDENARLA A ABONAR A LA DEMANDANTE LA SUMA DE LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR DESDE LA FECHA DEL DESPIDO HASTA LA FECHA DE NOTIFICACIÓN DE LA PRESENTE SENTENCIA, A RAZÓN DEL SALARIO DIARIO DE 63,63 €; SIN PERJUICIO DE LOS DESCUENTOS QUE EN SU CASO CORRESPONDAN POR EL SALARIO QUE LOS ACTORES HAYA PODIDO PERCIBIR EN EMPLEO DESEMPEÑADO CON POSTERIORIDAD AL**



*DESPIDO, ASÍ COMO DE LA OBLIGACIÓN DE LA TRABAJADORA DE REINTEGRAR A LA EMPRESA LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA YA PERCIBIDA."*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte PLATAFORMA LOGISTICA MECO SA, 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 18/04/2016, 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:** La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid, de fecha nueve de septiembre de dos mil quince, estima la demanda de la actora Doña Loreto frente a Plataforma Logística Meco. SA, y declara el despido del que fue objeto el 22 de septiembre de dos mil catorce, como improcedente con las consecuencias legales que se fijan en el fallo, que es recurrido en Suplicación ante esta Sala.

Denuncia la representación letrada de la empresa demanda, por el cauce procesal del art. 193 c) la infracción del art. 52.d) del ET, y la Doctrina Jurisprudencial que lo desarrolla, previa solicitud, por el cauce del art. 193 b) de la Ley Reguladora de la modificación del hecho probado cuarto, por las razones que expone.-

El recurso es impugnado por la representación letrada de la trabajadora.

**SEGUNDO:** El primer motivo no puede prosperar por cuanto lo que se indica los hechos probados resulta suficiente a los efectos del control del fallo al derecho, sin que deba alterarse el juicio valorativo de la prueba que los mismos reflejan realizado por la Magistrado de Instancia en el ejercicio de las facultades que le otorga el art. 97.2 de la Ley Reguladora.

**TERCERO:** El segundo, debe ser estimado por las razones que pasamos a exponer:

1.- Según dispone el art. 52.d) ET "El contrato podrá extinguirse: d) 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 período de doce meses. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no **laboral** cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave".

2.- Asunto similar ha sido ya abordado y resuelto por esta misma Sección de Sala en sentencia de fecha 18-11-14, recurso nº 358/14, en los siguientes términos: "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".

3.- En el caso presente el despido de la actora tuvo lugar el 22 de septiembre de 2014. Por tanto, el período a computar abarca desde 22 de septiembre de 2013 al 21 de septiembre de 2014. En ese período ha habido dos meses, del 12 de febrero de dos mil catorce, al 12 de abril de dos mil catorce, (43 jornadas hábiles) consecutivos donde la trabajadora ha faltado 12 días por i.t contingencias comunes, lo que supone 27,9% de **absentismo** (Hecho segundo de la sentencia de instancia). Por otro lado, computadas las faltas comprendidas en el año anterior al despido, estas han sido un total de 14, según resulta de la suma de las que se declaran probadas en el hecho probado 2º, y que están comprendidas entre el 27 de diciembre de 2013 y el 13 de junio de 2014, con lo cual, durante ese periodo las jornadas hábiles ya arrojan por sí solas un porcentaje, sobre días naturales - 365-, superior al 5 %, concretamente según se declara el 6,28%. Por lo tanto, y siguiendo los citados criterios, la situación examinada tendría encaje en el art. 52 d) ET .

4.- Por último, y conforme así también se razona en la citada sentencia, "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 y de lo apuntado en la de 22 de julio de 2013 -, (...) , 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 que confirmaba la de instancia aplicando dicho criterio o la de 7 de marzo de 2014, entre otros pronunciamientos".

En razón a todo lo expuesto, se impone la estimación del motivo y del recurso. Sin costas - art. 235 LRJS -.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por **PLATAFORMA LOGÍSTICA MECO, S.A.** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de Madrid, de fecha nueve de septiembre de dos mil quince , en el procedimiento seguido a instancia de **Catalina** frente a la empresa recurrente, revocamos el fallo de instancia declarando procedente el despido de la actora, absolviendo a la empresa demandada de las peticiones de la demanda. Dese el destino legal a lo depositado y consignado para recurrir una vez sea firme la presente 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 2829-0000-00-0335-16 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 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 (2829000000033516), 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.