



Roj: **STSJ M 7313/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:7313**

Id Cendoj: **28079340042018100457**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **11/07/2018**

Nº de Recurso: **373/2018**

Nº de Resolución: **503/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MANUEL RUIZ PONTONES**

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

34002650

NIG : 28.092.00.4-2017/0002526

Procedimiento Recurso de Suplicación 373/2018

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 02 de Móstoles Despidos / Ceses en general 1186/2017

Materia : Despido

Sentencia número: 503/2018

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME

D. MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid a once de julio de dos mil dieciocho 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

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 373/2018, formalizado por la LETRADO Dña. BELEN ZARZA HERRERA en nombre y representación de CONFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL, contra la sentencia de fecha 25 de enero de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 02 de Móstoles en sus autos número Despidos / Ceses en general 1186/2017, seguidos a instancia de Dña. Eva frente a CONFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL RUIZ PONTONES , 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. Eva , prestaba servicios para la empresa demandada COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL, con antigüedad de 02-10-00, ostentando la categoría profesional de Titulado Medio, en puesto de trabajo de Administrativos, y percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 2.872'84 euros.

SEGUNDO.- La relación laboral entre las partes se inició en la fecha anteriormente indicada con la mercantil Landata Ingeniería S.A., en la que se subrogó la empresa Amper Mediata S.A. mediante fusión por absorción de la primera citada por esta última, en fecha 01-01-11.

TERCERO.- La actora prestaba servicios como responsable del Departamento de Operaciones, incluida en el área de negocio de ventas de Amper, al frente del cual había un responsable, que lo era a su vez del Departamento comercial. Dicha área de negocio fue vendida a la demandada con efectos de 01-09-16. El área de negocio en la demandada se denomina División integración Redes y Sistemas, al frente del cual hay un Responsable, estando subdividida en el Departamento Comercial, con el mismo Responsable de la división, y el Departamento de Operaciones, al frente del cual se mantenía a la actora.

CUARTO.- Por carta de 21-07-17 la demandada notificó a la actora su despido disciplinario, con efectos desde dicha fecha. El contenido de esta comunicación, adjuntada al escrito de demanda, se tiene por reproducido en este apartado.

QUINTO.- La demandada tiene publicado un Manual de acogida, con el contenido que es de ver al documento 7 de la parte actora, que se también se da por reproducido en aras de la brevedad.

SEXTO.- La actora fichaba a diario al incorporarse al centro de trabajo, y en ocasiones a la salida. Este fichaje se realizó desde el 21-11-16, habiendo asistido a su trabajo todos los días laborales desde la fecha referida.

SEPTIMO.- Mediante correo electrónico de 07-12-16 la demandante comunicó al Director de Recursos de la demandada, con copia a su superior, el horario que llevaba a cabo en la empresa por necesidades personales, con horario de entrada a las 08'00 y salida a las 16'00 horas. Este horario era el autorizado a la actora en Amper (documento 9 del ramo de prueba documental de la parte demandante y testifical de dicha parte).

OCTAVO.- Con fecha 31-05-17 la demandada entregó a la trabajadora recordatorio de horario de prestación de servicios, de lunes a viernes, con entrada y salida flexible entre las 08'00 y 09'00 horas y las 17'00 y 18'00 horas, y disposición en dicho año de realización de jornada continuada de 08'00 a 15'00 horas en el periodo 1 de julio a 31 de agosto 2017, rogando que fueran aplicadas las normas de fichaje de reloj existentes, recogiendo cualquier entrada o salida. Junto a dicho recordatorio fue entregada nota de entrega de ficha. El contenido de los documentos 3 y 5 de la parte demandada se reproduce en este apartado por expresa remisión.

NOVENO.- La actora realizaba sus funciones en el centro de trabajo o en los centros de trabajo de los clientes de la demandada, realizando la demandada mensualmente transferencia a la cuenta de la actora en concepto de reembolso de gastos (documentos 15 y 16 de la parte actora).

DECIMO.- La demandante percibió su retribución hasta el mes de junio 2017.

UNDECIMO.- 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 D^a. Eva frente a la empresa COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL, y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto con fecha 21-07-17, y en consecuencia condeno a la demandada 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 puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación a razón de 94'45 euros brutos diarios prorrateados, o la indemnice en la cantidad de 65.666'36 euros, supuesto que determinará la extinción de la relación laboral en la fecha del despido, entendiéndose que en caso de no efectuar la opción en el indicado plazo, procederá la readmisión.

Y estimando la reclamación de cantidad, condeno a dicha empresa a que abone a la actora la cantidad de 3.073'80 euros, con más 153'69 euros en concepto de 10% de interés anual por mora."



CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada CONFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL, 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 03/05/2018, 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 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.- Frente a la sentencia de instancia que declara improcedente el despido de la demandante, con los efectos inherentes a dicha declaración, la representación letrada de la empresa interpone recurso de suplicación formulando seis motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

Al amparo del artículo 193 b) de la LRJS :

1.-En el primer motivo interesa la revisión del hecho probado sexto proponiendo la siguiente redacción:

"Los días que la trabajadora acudía a su puesto de trabajo, fichaba a la entrada y en ocasiones a la salida. Este fichaje se realizó desde el 6 de octubre de 2016 hasta el 19 de julio de 2017. En dicho periodo, la trabajadora ha faltado a su puesto de trabajo sin justificación en 29 días, y ha abandonado su puesto de trabajo anticipadamente y sin justificación en numerosas ocasiones, originando un decremento en su jornada de 2.558 minutos (5 días). Prueba de ello, es que la trabajadora se ausentó de su puesto de trabajo sin autorización de la empresa el día 27 de enero de 2017 para acudir al pediatra con su hijo durante su jornada laboral. La trabajadora nunca ha fichado sólo a la salida."

La revisión no puede prosperar al contener valoraciones impropias del relato fáctico; debió indicar día a día la hora de entrada y salida, indicando el número de folio que ampara cada fichaje de entrada y salida.

2.-En el segundo motivo interesa la revisión del hecho probado séptimo para que se adicione:

"La demandante de forma unilateral y sin justificación alguna, ha venido realizando un horario muy distinto al que figura en su contrato y al del resto de sus compañeros. El horario de la trabajadora nunca fue comunicado por la empresa cedente a COMFICA, por lo que ésta, nunca lo autorizó."

La revisión se desestima al introducir valoraciones impropias del relato fáctico.

3.-En el tercer motivo interesa la revisión del fundamento jurídico segundo y tercero al considerar que es contrapuesto al hecho probado octavo y que se adicione el siguiente contenido:

"La demandada, previamente al recordatorio formal de fecha 31-05-17, ya había entregado a la trabajadora documentación suficiente (manual de acogida, nota fichaje) indicando el horario existente en la empresa y las normas obligatorias de fichaje de reloj a las entradas y salidas de la empresa. Asimismo, se produjeron, numerosos requerimientos verbales previos."

Los hechos que se reflejen en la fundamentación de derecho deben considerarse trasladados al relato fáctico. La adición interesada no puede prosperar al introducir valoraciones y no deducirse directamente de la documental que cita, sin necesidad de acudir a argumentaciones o suposiciones más o menos lógicas.

4.-En el cuarto motivo interesa la revisión del fundamento jurídico tercero, en relación con el hecho probado noveno proponiendo la siguiente redacción:

"La demandada prestaba sus funciones únicamente desde el centro de trabajo de la empresa en la c/Sierra de Elvira 5, en Fuenlabrada, al no visitar a clientes fuera del centro de trabajo."

Como ya hemos dicho los hechos que aparecen acreditados en la fundamentación de derecho deben considerarse trasladados al relato fáctico. La adición se desestima al contener valoraciones impropias del relato fáctico sin que pueda prevalecer la valoración subjetiva de la prueba que realiza la recurrente frente a la objetiva e imparcial de la juzgadora de instancia, que obtiene el hecho probado noveno de la prueba que obra en los documentos nº 15 y 16 de la documental de la parte actora.



5.-En el sexto motivo solicita que se revise el fundamento jurídico segundo (apartado 2.1) y se adicione un hecho probado con el siguiente contenido:

"El acuciado absentismo laboral, la falta de pro-actividad, de interés y la existencia de una notoria desidia de la trabajadora, ocasionó una disminución en el beneficio neto de su departamento sumamente importante, siendo la cifra de negocio neta a junio de 2017 de -448.000 €, lo que supone un decremento de más de -300 %."

La adición se desestima al contener valoraciones impropias de un relato fáctico.

SEGUNDO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, alega infracción del artículo 54.2 del ET y sentencia que cita del TSJ de las Islas Baleares, que no constituye jurisprudencia a tenor del artículo 1.6 del Código Civil. En síntesis expone que la demandante desde que comenzó a trabajar en la empresa conocía el horario que debía realizar y aunque fuese flexible la entrada y salida, nunca ha existido flexibilidad en no cumplir con la jornada diaria ni con las normas de fichaje, acreditándose la ausencia y absentismo laboral de la trabajadora, justificándose el despido.

Para la resolución del motivo debe partirse de los hechos probados y de los que con tal carácter obran en la fundamentación de derecho. La juzgadora de instancia considera acreditado, en el período 21/11/2016 hasta que se produce el despido, que la actora fichó todos los días a la entrada, salvo dos días que fichó solo la salida, habiendo asistido a su trabajo todos los días laborales desde la referida fecha, sin que en el manual de acogida de la demandante haya indicación sobre la obligación de realizar fichaje de control horario, como se desprende de los hechos probados quinto y sexto. Mediante correo electrónico de 7/12/2016, la demandante comunica al Director de Recursos, con copia a su superior, el horario que llevaba a cabo en la empresa por necesidades personales, con horario de entrada a las 08:00 y salida a las 16:00 horas. Este horario era el autorizado a la actora en Amper (hecho probado séptimo), en la que prestó servicios como responsable del Departamento de Operaciones, incluida en el área de negocio de ventas, hasta que fue vendida a la demandada, con efectos 1/09/2016 (hecho probado tercero). El 31/05/2017, la demandada entrega a la trabajadora recordatorio del horario de prestación de servicios, de lunes a viernes, con entrada y salida flexible, entre las 08:00 y 09:00 horas y las 17:00 y 18:00 horas y disposición en dicho año de realización de jornada continuada de 08:00 a 15:00 horas en el período 1/07/2017 a 31/08/2017, rogando que fueran aplicadas las normas de fichaje de reloj existentes, recogiendo cualquier entrada o salida. Junto a dicho recordatorio fue entregada nota de entrega de ficha (hecho probado octavo). La actora realizaba sus funciones en el centro de trabajo o en los centros de trabajo de los clientes de la demandada, realizando la empresa mensualmente transferencia a la cuenta de la actora en concepto de reembolso de gastos (hecho probado noveno).

La recurrente pese al denominado recordatorio entregado el 31/05/2017, junto con las normas de fichaje, no realizó ninguna advertencia a la demandante con anterioridad ni con posterioridad a dicha fecha sobre el incumplimiento de las normas de fichaje de reloj, siendo conocido por la misma que continuaba efectuando el mismo horario que tenía en la departamento adquirido por la recurrente, sin que hiciese advertencia alguna. La trabajadora realizaba sus funciones no solo en el centro de trabajo, sino también fuera del mismo, como revelan las transferencias de reembolso de gastos. Estas circunstancias evidencian, como señala la juzgadora de instancia que la Sala comparte, que el horario de trabajo que se ha considerado inferior al que correspondía realizar no se ajusta a la realidad porque la trabajadora estaba autorizada por su anterior empleador a realizar un concreto horario de trabajo, que continuó efectuando con posterioridad a la sucesión empresarial, y el cómputo realizado por la empresa no ha considerado las horas efectivamente trabajadas, puesto que todos los días laborales se incorporó a la empresa en su horario de trabajo, fichando la salida en el mes de junio todos los días salvo dos, correspondiendo uno de estos dos días al día de la convocatoria de reunión fuera de la empresa, único mes que se podría evaluar a efectos de disminución del rendimiento puesto que hasta el 31/05/2017 no hizo entrega de las normas sobre el fichaje en la empresa. Por tanto los incumplimientos imputados como constitutivos de una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento pactado no tuvieron lugar. Lo expuesto lleva a desestimar el recurso.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES S.L. contra la sentencia de fecha 25 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Móstoles, en autos nº 1186/2017, seguidos a instancia D^a. Eva contra COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES S.L., en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma. Se condena a la empresa a la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir y a que abone a la parte impugnante del recurso la cantidad de 600,00 euros en concepto de honorarios de Abogado.

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 2829-0000-00-0373-18, 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 (2829000000037318), 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 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.