



Roj: **STSJ AS 4560/2011 - ECLI:ES:TSJAS:2011:4560**

Id Cendoj: **33044340012011103261**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2011**

Nº de Recurso: **2530/2011**

Nº de Resolución: **3261/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 03261/2011

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2011 0102665

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002530 /2011

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 582/2011 del JDO. DE LO SOCIAL nº 1 de AVILÉS

Recurrente/s: Blanca

Abogado/a: ENRIQUE CELEMIN GOMEZ

Recurrido/s: KONECTA BTO S.L.

Abogado/a: JUAN NAVAS MUÑOZ

Sentencia nº 3261/2011

En OVIEDO, a treinta de diciembre de dos mil once.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el Tribunal de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, formado por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ y D. LUIS CAYETA NO FERNÁNDEZ ARDAVÍN, Magistrados, 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 SUPPLICACIÓN **2530/2011**, formalizado por el Letrado D. Enrique Celemin Gómez, en nombre y representación de D^{ña}. Blanca , contra la sentencia número 386/2011 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de AVILÉS en el procedimiento DEMANDA 582/2011, seguido a instancia de la citada recurrente frente a la



empresa KONECTA BTO S.L., representada por el Graduado Social D. Juan Navas Muñoz, siendo Magistrado-Ponente la **Ilma. Sra. D^a CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a Blanca presentó demanda contra la empresa KONECTA BTO S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 386/2011, de fecha veintisiete de julio de dos mil once.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- La actora, cuyas circunstancias personales obran en el encabezamiento de la demanda, inició la prestación de servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, el día 12 de julio de 2007, siendo la categoría profesional por la que se pagaba el salario a la actora, la de Teleoperador Especialista (Nivel 9), percibiendo un salario anual de 13,550,16 ? (37,12 ? día).

Se declara probado el contenido material del "Contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial", incorporado a los autos (folios 17 y 18).

La estructura retributiva de la actora, obrante en las nóminas incorporadas a los autos, se da por reproducida.

Rige la relación laboral el Convenio Colectivo del sector de Contac Center (Telemarketing). Al ser objeto de publicación en el BOE, y obrar copia en autos, se da por reproducido.

2º.- Con fecha 3 de junio de 2011 la empresa demandada entregó a la actora comunicación de extinción del contrato, al amparo del art. 52.d del ET (Doc. 33 y 34 de las actuaciones, se da en aras de la brevedad por reproducido).

3º.- Se declara probada la "liquidación-finiquito" efectuada por la empresa a la trabajadora, cuyo soporte documental, no impugnado de contrario, obra al folio 19 de las actuaciones. (Se da por reproducido).

4º.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, ni cargo de representación sindical o de los trabajadores.

5º.- Se declara probado el contenido del "Informe de Vida Laboral" de la actora, obrante a los folios 131 y ss. de las actuaciones.

6º.- La empresa demandada efectuó comunicación del despido al Comité de Empresa. (La copia de comunicación obrante al folio 36 de las actuaciones, no ha sido impugnada de contrario)

7º.- La relación de trabajadores pertenecientes al centro de trabajo que la empresa demandada tiene en Avilés, obrante al folio 37 de las actuaciones, no ha sido impugnada, declarándose probada dicha relación o listado, al igual que los partes de baja y asistencia a consulta de los meses de septiembre y octubre de 2010, obrantes a los folios 38 y ss de las actuaciones.

8º.- Se declara probado el contenido material de la prueba documental aportada por la parte actora.

9º.- El día 1 de julio de 2011, se celebró acto de conciliación, con el resultado SIN EFECTO.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por DOÑA Blanca contra la empresa "KONECTA BTO S.L.", absolviendo a dicha parte demandada de las pretensiones deducidas de contrario.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Blanca formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 30 de septiembre de 2011.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 10 de noviembre de 2011 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO.- Se advierte que esta sentencia se firma fuera de plazo por falta de personal en la Secretaría de la Sala para su transcripción.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de suplicación interpuesto por la actora contra la sentencia de instancia pretende obtener su revocación y la declaración de improcedencia del despido a través de un único motivo, amparado en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral y dividido en dos apartados, en el que denuncia: a) la infracción del artículo 52,d) del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 2-3 del Código Civil y el artículo 9.3 de la Constitución , por sostener que no cabe computar sus ausencias al trabajo del 16 al 20 de septiembre de 2010 porque el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores fue modificado por la Disposición Adicional 20 de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre , reduciendo el índice de absentismo total de la plantilla en los periodos de referencia del 5% al 2,5%, y ello supondría reconocer efectos retroactivos a la citada reforma al tomarse en consideración ausencias justificadas producidas con anterioridad a su entrada en vigor, y b) la infracción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores por no haber acreditado la empresa el índice de absentismo total que alega, pues no pueden tomarse en cuenta las licencias ni los procesos de incapacidad temporal superiores a 20 días y de los documentos que ha aportado al proceso (folios 38 y siguientes) resulta que desde el folio 56 al 109 se trata de licencias para acudir a consultas y los obrantes a los folios 38 a 40 y 43 a 46 se refieren a procesos de incapacidad de dos trabajadores de duración superior a 20 días, alegación que la empresa recurrida niega manifestando no haber tenido en cuenta periodos de accidente de trabajo, maternidad, periodos superiores a 20 días ni licencias.

SEGUNDO.- Ha de rechazarse, de partida, que el cómputo de las ausencias justificadas producidas en el mes de septiembre de 2010 implique una aplicación retroactiva de la reforma introducida en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores por la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 35/2010 , que vulnera lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución . Como ha señalado con reiteración el Tribunal Constitucional, no hay tal retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado (por todas, STC 227/88), ni se infringe el principio de seguridad jurídica porque el legislador lleve a cabo modificaciones en las normas legales, que entran en el ámbito de su potestad legislativa e incidirán necesariamente en las relaciones o situaciones jurídicas preexistentes (STC 99/87 y 70/88).

En definitiva, no hay retroactividad en una relación de tracto sucesivo cuando la nueva norma se aplica al desarrollo futuro de la relación, sin afectar ni incidir sobre los efectos jurídicos ya consumados bajo la vigencia de la anterior normativa, como ocurre en el caso. En efecto, una cosa es que algunas de las ausencias computadas para la extinción del contrato se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores , y otra bien distinta que no puedan ser valoradas jurídicamente conforme a una norma que autoriza a extinguir los contratos por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen los porcentajes fijados dentro de un periodo de doce meses, toda vez que ello en modo alguno implica su proyección sobre efectos jurídicos consumados, sino solo sobre una situación de hecho que estaba pendiente de calificación jurídica.

TERCERO.- Por lo que se refiere al segundo apartado del motivo no es posible apreciar la existencia de la infracción normativa que en él se denuncia, pues la sentencia de instancia no hace la menor referencia a la cuestión que se plantea sobre el absentismo total de la plantilla del centro.

La sentencia no declara probado cuantos trabajadores de la demandada faltaron a su trabajo durante el periodo computado por la empresa ni cual fue la causa de las ausencias, sino que se limita a declarar probados "los partes de baja y asistencia a consulta de los meses de septiembre y octubre de 2010, obrantes a los folios 38 y ss. de las actuaciones" (ordinal séptimo), lo que no constituye ningún hecho. En ningún momento analiza ni valora el contenido de esos documentos ni resuelve la cuestión suscitada en el recurso ya que, según afirma el Magistrado de Instancia en el Fundamento de Derecho Quinto, "no se discuten los datos meramente aritméticos de los porcentajes legales previstos, sino los aspectos jurídicos sobre la referida cuestión de la aplicación temporal de la norma y la computación a efectos de cálculo de determinados periodos de baja que se alegan de etiología profesional y la categoría de la trabajadora", cuestiones que resuelve declarando que no existe retroactividad, que las bajas por afonía de la actora derivan de contingencias comunes y que su categoría es la de teleoperador especialista.

El recurso no combate esa afirmación judicial ni contiene el menor alegato sobre una posible incongruencia o falta de motivación de la sentencia por no haber resuelto todas las cuestiones planteadas, sino que en un motivo amparado en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral , cuyo único objeto es examinar las infracciones de las normas sustantivas o de la jurisprudencia aplicable a la situación fáctica acreditada, se dedica a negar que hayan sido acreditados los índices de absentismo precisos para la extinción del contrato con base en la propia valoración que efectúa de una parte de la prueba aportada por la empresa.



En estas condiciones, resulta inevitable la desestimación de un motivo de censura jurídica que parte de una premisa totalmente distinta a la de la sentencia impugnada, alegando hechos que no figuran entre los declarados probados y que no ha tratado de introducir por la vía prevista en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, pues ni la Sala puede valorar la prueba y establecer los hechos que estime probados, al estar atribuida tal función en exclusiva al Magistrado de Instancia por el artículo 97-2 de la Ley de Procedimiento Laboral, ni puede decretar de oficio una nulidad de actuaciones no solicitada, ni insinuada siquiera, en el recurso (artículo 240-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de Dña. Blanca contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés, dictada en los autos seguidos a su instancia contra la empresa Konecta Bto S.L., sobre despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito que se presentará ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma.

Pásense las actuaciones al Sr. Secretario para que puedan cumplirse los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.