

Id Cendoj: 28079340012007100319
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1012/2007
Nº de Resolución: 297/2007
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER
Tipo de Resolución: Sentencia

RSU 0001012/2007

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.1

MADRID

SENTENCIA: 00297/2007

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 1012/07

Sentencia número: 297/07

J.G.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZALEZ ALLER

Presidente

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRES

Ilmo. Sr. D. JAVIER JOSE PARIS MARIN

En la Villa de Madrid, veintitrés de abril de dos mil siete.

Habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el *artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978*,

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 número 1012/07, interpuesto por el/la Sr./Sra. Letrado D./D^a. MARIA JOSE GARCIA RENTERO, en nombre y representación de D^{ña}. Lidia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Madrid, habiendo sido impugnado por PROXILIMP, S.L. representado por el/la Letrado D./D^a VIRGINIA SANDIN LOPEZ, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./D^a.

IGNACIO MORENO GONZALEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que según consta en los autos 766/06, del Juzgado de lo Social 5 de los de Madrid, se presentó demanda por Dña. Lidia , contra PROXILIMP, S.L., en reclamación de DESPIDO, 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, se dictó sentencia con fecha 15 DE NOVIEMBRE DE 2006 , en la que se desestimó la demanda formulada.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes HECHOS en calidad de expresamente declarados PROBADOS:

1º.- Dª Lidia ha venido prestando sus servicios para PROXILIMP, SL desde el 1 de mayo de 2.002 con una categoría profesional de limpiadora y con un salario de 803,12 euros mensuales incluida la prorrata de las pagas extra.

2º.- La actora, el día 11 de julio de 2006, solicita a la empresa permiso por enfermedad grave de familiar que le es concedido ese mismo día. El día 15 la demandante llama por teléfono a la empresa y habla con un empleado al que le dice que tiene intención de tomarse 5 días de permiso por asuntos propios.

3º.- El día 19 de julio de 2006 la empresa se pone en contacto con ella vía telefónica manifestando la Sra. Lidia que se había tomado 5 días por asuntos propios.

4º.- El 24 de julio de 2006 la actora iniciaba sus vacaciones anuales.

5º.- El 25 de julio de 2006 la empresa remite a la actora burofax en el que, con efectos de 23 de julio, se le comunica su despido por causas disciplinarias: faltas de asistencia injustificadas en su puesto de trabajo desde el 16 al 23 de julio de 2006. El burofax es entregado a la actora el 8 de agosto de 2006.

6º.- El 22 de julio de 2006 la actora remite a la empresa un fax con dos informes médicos. En el primero, de fecha 12 de julio de 2006 en el que se indicaba que la hermana de la actora había sido intervenido con esa fecha en el servicio de neurocirugía del **Hospital** Regional Carlos Haya de Málaga. En el segundo se indicaba que se le había realizado posteriormente, el día 21 de julio una traqueostomía percutánea.

7º.- El 29 de agosto de 2006 se celebró ante el SMAC acto de conciliación instado el 18 de agosto.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por Dª Lidia contra PROXILIMP SL, debo declarar y declaro PROCEDENTE el despido de la actora absolviendo a la empresa de sus pedimentos".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 1 de marzo de 2007, 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 en fecha 28 de marzo de 2007, señalándose el día 18 de abril de 2007 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación se han producido las siguientes incidencias: ninguna.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a sentencia que desestimó la demanda rectora de las actuaciones, tendente a la declaración de improcedencia del despido disciplinario acordado por la empresa con efectos del 23-7-2006, interpone recurso de suplicación la trabajadora, en cuyo primer motivo, con idónea cobertura procesal en el *apartado b) del art. 191 LPL*, postula revisar el ordinal sexto de la resultancia fáctica, proponiendo la siguiente redacción:

"El 22 de julio de 2006 la actora remite a la empresa un fax con tres justificantes médicos. En el primero, de fecha 12 de julio en el que se indicaba la hermana de la actora había sido intervenida con esa fecha en el servicio de neurocirugía del **Hospital** Regional Carlos Haya de Málaga. En el segundo, de fecha 17 de julio de 2006, en el que se especifica que el día 13 la hermana de la actora había ingresado en la Unidad de Cuidados Críticos y Urgencias, siendo intervenida por segunda vez por el servicio de neurocirugía el día 15 de julio de 2006. El tercero de los informes, de fecha 21 de julio, indica que la hermana de la actora había ingresado en el Servicio de Cuidados Críticos y Urgencias del **Hospital** Carlos Haya de Málaga, el 13 de julio de 2006, y el 21 de julio (después de la segunda operación realizada el 15 de julio) se le realizó una traqueostomía percutánea, continuando ingresada en la UCI en esa fecha".

Sustenta la revisión en los documentos 5, 6,7 y 7 bis, consistentes en los justificantes médicos entregados a la Sra. Lidia .

El documento número 6 hace referencia a la segunda operación que, con carácter urgente, debieron realizar a la hermana de la actora el 15 de julio, diferente a la intervención del día 12 de julio y de la traqueostomía practicada el 21 de julio, documento debidamente recepcionado por la empresa, tal como consta acreditado en el documento 7 bis, (folio 22) y que contiene un extremo relevante para la resolución de la litis, pues según consta en la fundamentación de derecho, en lugar inadecuado pero con indudable valor fáctico, el mismo 15 de julio de 2006 la demandante llamó a la empresa hablando con el hijo del empresario manifestando quería disponer de cinco días por asuntos propios. Son tres así las intervenciones a que fue sometida la hermana de la actora, y nos dos, como se evidencia de manera patente y directa, fuera de meras suposiciones o conjeturas, de la documental invocada, por lo que el motivo ha de tener favorable acogida.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, con el mismo designio que el anterior, propugna la revisión del fundamento de derecho primero, reproche abocado al fracaso, puesto que la revisión lo es contra los hechos, no frente a las valoraciones o consideraciones de la sentencia.

TERCERO.- Ya en sede del Derecho aplicado, en el motivo tercero y cuarto, denuncia infracción del *art. 25 apartados k) y d) del Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid*, publicado en el BOCM de 16-7-2005, aduciendo, en síntesis, no se dan los presupuestos jurídicos necesarios que justifiquen el despido disciplinario.

Cuando el trabajador acciona por despido, debe acreditar, como hechos constitutivos de su pretensión, la existencia de relación laboral, antigüedad, categoría profesional, salario y el propio hecho del despido, teniendo en cuenta que la inversión del onus probandi que consagra el *artículo 105.1 de la Ley de Procedimiento Laboral* impone al empresario, que se coloca en la posición de «fit actor», acreditar la veracidad de las causas de despido que se le imputan en la correspondiente carta como justificativos del mismo.

Según el *artículo 54 del ET* , el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

A estos efectos, no todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es causa de despido, sino que la resolución unilateral del contrato sólo puede operar como reacción a un incumplimiento cualificado, o, como se deduce del *artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores* , de incumplimiento contractual grave y culpable, incluso «malicioso», como dijo el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de junio de 1969 y 23 de septiembre de 1973, o, en expresión utilizada en su sentencia de 5 de mayo de 1980 , «actos voluntarios por malicia o negligencia... por intencionalidad u omisión culpable... (imputable) a una torcida voluntad u omisión culpable». Requisitos de gravedad y culpabilidad para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la atribuida al trabajador se dan o no esa gravedad y culpabilidad, que, como requisitos de imprescindible concurrencia exige el *artículo 54 en su núm. 1 del Estatuto de los Trabajadores* , según constante doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, mantenida en sentencias de 26 de enero y 27 de febrero de 1987 y 22 de febrero y 31 de octubre de 1988 .

En definitiva, es necesario que quede evidenciado se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido -sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero y 22 de mayo de 1986, y 26 de enero de 1987 - . Resulta necesario valorar las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1979 y 30 de enero de 1981).

El despido disciplinario, incluso tras la reforma operada por el *Real Decreto Ley 5/2002* , sigue siendo la máxima reacción punitiva que prevé la normativa laboral frente a incumplimientos del trabajador graves y culpables. Criterio de la culpabilidad que ha de quedar perfectamente delimitado en los hechos imputados. No sólo es necesario que los hechos sean graves, han de responder a una voluntad rebelde al cumplimiento de obligaciones y deberes laborales, teniendo en cuenta, las circunstancias concurrentes. La jurisprudencia, -entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 23-1-91 - partiendo de la aceptación de la teoría gradualista, exige la necesaria y plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, analizando individualizadamente las circunstancias de cada caso.

La carta de despido, (folio 24 de autos) imputa a la trabajadora faltas de asistencia injustificada al puesto de trabajo los días 16 al 23 de julio de 2006, y subsume tales hechos como faltas graves del *art. 54.2 a) del Estatuto de los Trabajadores* .

Por su parte, el Convenio Colectivo del Sector de "Limpieza de Edificios y Locales" de la Comunidad de Madrid, suscrito por AELMA, ASPEL y CC OO (*código número 2802585*), publicado en el BOCM 168/2005, de 16 julio 2005, homologado por Resolución de 28 de junio de 2005, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo y Mujer, que dispuso el registro, depósito y publicación del mismo, determina en su *art. 25* el trabajador, avisando con la posible antelación y justificando posteriormente sus motivos, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

d) Por enfermedad o accidente graves, intervención quirúrgica u hospitalización:

- Tres días si se trata del cónyuge, hijos, padres y suegros, ampliable a un día más si el trabajador/a ha de hacer un desplazamiento fuera de la Comunidad de Madrid.

- Dos días si es por hermanos, abuelos, nietos y **cuñados** e hijos políticos, pudiendo ausentarse dos días más si el hecho ocurre fuera de la Comunidad de Madrid.

k) Cinco días al año para asuntos propios. A partir del año 2007 serán seis los días al año para asuntos propios. A partir de 2006 los días de asuntos propios tendrán la consideración de tiempo efectivo de trabajo, debiendo adaptarse los calendarios laborales a dicha previsión. El disfrute de esta licencia se pactará entre empresario y trabajador. De no haber acuerdo, será el trabajador quien elija los días de disfrute de acuerdo con las reglas siguientes:

- Salvo casos excepcionales, el disfrute de esta licencia deberá ser preavisado con una antelación mínima de cinco días.

Y en el *art. 50. 1 b) de dicho Convenio Colectivo*, se considera como falta leve faltar un día al trabajo, dentro de un período de treinta, sin causa justificada. Como falta grave, en el *art. 50.2 b)*, las ausencias sin causa justificada, de más de un día y menos de cuatro, durante un período de treinta días. Y como falta muy grave la falta de asistencia al trabajo no justificada por más de tres días en un período de treinta días, o de más de seis días en un período de tres meses.

Las sanciones que podrán imponerse a los trabajadores por la comisión de las faltas mencionadas serán las siguientes:

a) Por faltas leves: Amonestación escrita. Suspensión de empleo y sueldo hasta un máximo de dos días.

b) Por faltas graves: Suspensión de empleo y sueldo de tres a quince días.

c) Por faltas muy graves: Suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días. Despido.

A la vista de la normativa antes señalada debemos examinar a continuación si el empresario ha demostrado la veracidad de los incumplimientos contractuales imputados, faltas de asistencia injustificada del 16 al 23 de julio de 2006, con la puntualización de que únicamente por falta muy grave el Convenio Colectivo contempla la sanción del despido, ya que por falta grave, como hemos visto, la sanción es de suspensión de empleo y sueldo de tres a quince días, y por falta leve suspensión de empleo y sueldo hasta un máximo de dos días. Dicho de otra manera, únicamente si se acredita las faltas de asistencia injustificadas por más de tres días estaría justificado el despido.

Para la sentencia recurrida, en su fundamentación, con valor de hecho probado, el 15-7-2006 la actora llamó a la empresa hablando con el hijo del empresario manifestando quería disponer de cinco días por asuntos propios, pero que no se preocupó de si se le concedían o no, y, el 19 de julio, como la demandante no se incorporase, la empresa se puso en contacto con ella pidiéndola explicaciones, concluyendo que, en todo caso, ni siquiera se incorporó, si consideraba tenía concedido el permiso, el día 21 de julio, no justificando las ausencias de los días 21,22 y 23 de julio, al incorporarse el 24 de julio.

Pero modificado el relato fáctico resulta que, coincidiendo con el mismo día de la segunda intervención quirúrgica de su hermana, el quince de julio, al complicarse el estado de ésta, pues el día 13 había ingresado en la Unidad de Cuidados Críticos y Urgencias, la actora llamó a la empresa hablando con el hijo del empresario, para solicitar cinco días de asuntos propios, que le correspondían por no haberlos disfrutado en el año 2006, y cuya razón, es evidente, era para acompañar a su hermana en tan delicados momentos de tribulación, y aun cuando no recibiera una respuesta expresa, afirmativa al permiso por asuntos propios solicitado, es perfectamente comprensible que entendiera tácitamente, dadas las circunstancias individualizadas coetáneas concurrentes, subjetivas y objetivas, se le habían concedido, y en este sentido no se explica el por qué la empresa tardó hasta el 19 de julio para contactar con ella. En todo caso, soslayando lo anterior, debe estarse al *Convenio Colectivo de aplicación que, como hemos visto, en su art. 25 k*), refiere el disfrute de esta licencia por asuntos propios se pactará entre empresario y trabajador y, de no haber acuerdo, será el trabajador quien elija los días de disfrute, un total de cinco, lo que además puso en conocimiento de la empresa tan pronto como pudo, al no haberlo podido efectuar con anticipación, dada la extrema gravedad sobrevenida en la enfermedad de su hermana, que exigía una segunda intervención. Así pues, si del día 12 al 15 de julio de 2006, las ausencias de la trabajadora estaban justificadas, como pacíficamente conviene las partes, ya que pidió cuatro días de permiso por enfermedad de la hermana, otro tanto cabe decir, esta vez en contra de lo sustentado por la demandada, respecto de los días 16 a 20 de julio, por comprender los mismos un permiso de cinco días de asuntos propios, cuyos requisitos para su reconocimiento concurrían, justificándose el proceder de la trabajadora en función tanto de las circunstancias legales del permiso a que tenía derecho como de las particulares y humanas devenidas para poder asistir a la hermana gravemente enferma.

Ello sería suficiente, -pues quedarían por justificar los días 21, 22 y 23 de julio- sin entrar en más detalles, para deducir que el despido acordado excede del poder de dirección y sancionador regular del empresario. En efecto, según antes hemos precisado, únicamente podía acordarlo, teniendo en cuenta las previsiones del *Convenio, por más de tres* ausencias injustificadas de su empleada, esto es, cuatro días, por falta muy grave, ya que las leves y graves, por faltas de asistencia injustificadas de menos de tres días, conllevan suspensión de empleo y sueldo, nunca el despido, previsión convencional que, por cierto, está en plena armonía con la concepción gradualista y proporcionada de la sanción por despido, que se reserva para los casos más graves, y que obliga a una interpretación restrictiva, puesto que, en su caso, cabrá imponer otras sanciones distintas de la del despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave.

Aun considerando, dicho sea a los efectos dialécticos, no justificada la ausencia del día 21 de julio, la ausencia del 22 de julio, sábado, sí que estaría justificada, puesto que en el contrato de trabajo aparece (folio 55 de autos) que su jornada era de lunes a viernes y domingos, librando así el sábado. En su consecuencia, están sin justificar dos días: 21 y 23 de julio, a todas luces insuficientes para proceder a su despido, (son necesarios cuatro días de ausencia injustificados) lo que conduce a declararlo improcedente, con estimación del recurso y revocación de la sentencia, calculando la indemnización conforme a la antigüedad y salario declarados probados en el hecho probado primero, firme por incontrovertible.

VISTOS los anteriores, y obligados por el *artículo 120.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978*, razonamientos y argumentos, así como los mencionados preceptos y los demás de general y debida aplicación, los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados en el encabezamiento de esta sentencia, previos los actos de dación de cuenta por quien de ellos fue designado Ponente, y conjuntas deliberación, votación y fallo.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la letrado Doña MARIA JOSE GARCIA RENTERO, en nombre y representación de DÑA. Lidia , contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Madrid, de fecha 15-11-2006 , en autos 766/06, seguidos por la recurrente contra la empresa PROXILIMP, SL, y con su revocación, estimando la demanda, declaramos la improcedencia del despido, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia opte entre readmitir a la trabajadora, o la indemnice en la cantidad de cinco mil noventa y tres euros con once céntimos, (5.093,11), y cualquiera que sea el sentido de su opción con abono de los salarios dejados de percibir desde el 23-7-2006 hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 26, 77 euros día, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. Sin costas.

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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los *artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1.995* , que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los *artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995*. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos *preceptos dichos (227 y 228)* , que el depósito de los 300,51 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1006 de la calle Barquillo, nº 49, 28004-Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social de Madrid al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2826000000 (seguido del nº de recurso) que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la Calle Miguel Angel, nº 17, 28010-Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depositos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995* , y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.