



Roj: **STSJ M 6039/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:6039**

Id Cendoj: **28079340032019100378**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/07/2019**

Nº de Recurso: **427/2019**

Nº de Resolución: **622/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

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

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34002650

NIG : 28.079.00.4-2018/0050116

Procedimiento Recurso de Suplicación 427/2019

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid Despidos / Ceses en general 1123/2018

Materia : Despido

Sentencia número: 622/19-FG

Ilmos/a. Srs./a.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a 18 de julio de 2019, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Tercera 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 número 427/2019 formalizado por la letrada DOÑA SONIA JUANIS PORTILLO en nombre y representación de IBÉRICA DE DROGUERÍAS Y PERFUMERÍA, S.A.U., contra la sentencia número 124/2019 de fecha 27 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 22 de los de Madrid , en sus autos número 1123/2018, seguidos a instancia de DOÑA Amparo frente a la recurrente, en reclamación por despido, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, 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.- Dña. Amparo , mayor de edad y con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta de IBÉRICA DE DROGUERÍA Y PERFUMERÍA S.A.U., desde el día 27-10-2006 con la categoría profesional de grupo II ocupando puesto de dependienta/consejera de belleza en el establecimiento de venta al por menor de productos de perfumería sito en la calle Velázquez de Madrid.

La relación laboral se ha regido por el convenio colectivo del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías.

Su salario mensual ha ascendido a 1.300,00 euros brutos, incluida parte proporcional de pagas extras y comisiones.

Segundo.- En la tienda que ha constituido el centro de trabajo de Dña. Amparo prestan servicios otros/as dependientes/as y un encargado (D. Cosme). Los turnos y el número de dependientes/as que prestan simultáneamente servicios en la tienda se organiza por el encargado teniendo en cuenta las franjas horarias y la media de afluencia de público y volumen de ventas de esas franjas horarias.

El encargado de tienda es el responsable de controlar los horarios del personal de la tienda y de la asistencia al trabajo, comunicando al departamento de Recursos Humanos las ausencias de los trabajadores. Las vacaciones se solicitan al encargado de tienda, que debe autorizarlas al ser el responsable de organizar los turnos de trabajo. En caso de no ser autorizadas por el encargado, el trabajador puede acudir al superior jerárquico del encargado que es el responsable de tiendas. Las ausencias al trabajo por parte del personal de tienda deben ser comunicadas por éste al encargado para que pueda reorganizar los turnos de trabajo, debiendo el trabajador ausentado tramitar directamente con el departamento de Recursos Humanos la justificación de la ausencia.

Tercero.- En el mes de julio de 2018 Dña. Amparo tenía concedido el inicio de su periodo vacacional el día 18 de julio.

El jueves 12 de julio, Dña. Amparo se marchó de su puesto de trabajo 2 horas antes de la hora de finalización de la jornada diaria.

*El viernes 13 de julio Dña. Amparo tenía asignado trabajo en turno de tarde. A las 8:30 horas Dña. Amparo dirigió un mensaje a D. Cosme por **WhatsApp** (medio habitual a través del cual se comunicaban para estas cuestiones), con el siguiente texto: "Hola Cosme no puedo ir hoy ayer paso algo de mi tema... ya te contaré si quieres quitármelo de las vacaciones de agosto o si no voy al médico por tarde lo siento". D. Cosme contestó por el mismo medio a las 8:39 en los siguientes términos: "Haz lo que tengas que hacer, mañana tampoco vienes? Para cuadrar a la gente porque Isidora no está". A las 19:41 Dña. Amparo contestó diciendo que al día siguiente iba al trabajo.*

El sábado 14 de julio Dña. Amparo acudió a trabajar, permaneciendo en su puesto toda la jornada.

*El domingo 15 de julio Dña. Amparo no lo tenía asignado como día laborable. Ese día dirigió a D. Cosme mensaje por **WhatsApp** preguntando por el horario del día siguiente. D. Cosme contestó que hasta las vacaciones le tocaba trabajar por la tarde.*

*El lunes 16 de julio a las 13:22 envió un mensaje por **WhatsApp** a D. Cosme diciendo que llegaba a las 15 horas que tenía que solucionar una cosa. A las 14:07 Dña. Amparo remitió mensaje a D. Cosme con el siguiente texto: " Cosme lo siento tengo necesidad de solucionar esto antes de irme la niña se va a tener que quedar el mes de agosto entero con su padre necesito estos dos días de vacaciones para dejar todo solucionado y guardarme las espaldas. Si tienes que tomar medidas hazlo no puedo decirte más". D. Cosme contestó con el siguiente mensaje "has lo que quieras".*

Dña. Amparo no acudió a trabajar ni el lunes 16 ni el martes 17 de julio. El día 18 de julio inició sus vacaciones.

Las ausencias de Dña. Amparo fueron comunicadas por D. Cosme al Departamento de Recursos Humanos.

*Dña. Amparo tenía que reincorporarse al trabajo el día 25 de julio tras las vacaciones. El día 23 de julio dirigió mensaje de **WhatsApp** a D. Cosme en el que le preguntaba que turno tenía "pasado mañana". D. Cosme contestó diciendo que tenía turno de mañana.*



El día 30-7-2018 Dña. Amparo inició proceso de incapacidad temporal por contingencia común, recibiendo el alta el día 14-9-2018.

Cuarto.- El día 14-9-2018 la empresa dirigió escrito a Dña. Amparo por burofax en el que le comunicaba su despido disciplinario con efectos de esa misma fecha. El escrito obra a los folios 52 a 53 (justificante de fecha de envío folio 54) y aquí se da por reproducido.

El burofax fue recibido por Dña. Amparo el día 20-9-2018.

Quinto.- No consta que Dña. Amparo ostente o haya ostentado en el año anterior a septiembre de 2018 la condición de representante legal de los trabajadores.

Sexto.- El día 27-9-2018 se presentó papeleta de conciliación celebrándose el acto el día 19-10-2018 sin avenencia. El día 22-10-2018 se presentó demanda."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Que ESTIMANDO la demanda que en materia de DESPIDO ha interpuesto DÑA. Amparo contra IBÉRICA DE DROGUERÍA Y PERFUMERÍA S.A.U., debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido del que fue objeto la actora el día 20-9-2018, condenando al demandado a que en el plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de esta resolución, OPTE entre readmitir a la trabajadora o abonar a la actora en concepto de indemnización la cantidad de DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (19.655,80 euros). De optar por la indemnización, no se devengarán salarios de tramitación quedando la relación laboral extinguida a fecha del despido; de optarse por la readmisión o no efectuarse opción en plazo, sin necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia, el demandado deberá abonar los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido a la fecha de notificación de sentencia a razón de 42,73 euros diarios. Se advierte expresamente al demandado que, de no efectuar la opción en el plazo indicado, expresamente por escrito o comparecencia en el Juzgado, y sin necesidad de esperar a la firmeza de esta sentencia, se entenderá que opta por la readmisión y deberá abonar los salarios posteriores a la fecha de la notificación de sentencia."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por la demandante con asistencia del letrado DON JULIO GONZÁLEZ HERNÁNDEZ.

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 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nominada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 18 de julio de 2019 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

ÚNICO .- Se articula el recurso en dos motivos, ambos con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en los que se denuncia la infracción de los artículos 55.1 y 54.2.a), b) y c) en relación con el 20, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores y el 70 y el 71 del II convenio colectivo estatal de comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, así como de la jurisprudencia que cita, alegando en primer lugar que envió la comunicación de despido por burofax el día 14 de septiembre de 2018, y el hecho de que la trabajadora no lo recibiera hasta el siguiente día 20, no implica que la fecha del despido sea ésta, sino que es la de emisión del burofax, indicándose en la carta que los efectos del despido eran de esa misma fecha. En segundo lugar considera que la magistrada a quo no ha aplicado correctamente las normas convencionales citadas, ya que entra a decidir sobre la idoneidad de la sanción que le corresponde a la recurrente, que entiende la recurrente es proporcionada y ajustada a derecho, ya que los hechos suponen, a su juicio, una trasgresión de la buena fe contractual y de los deberes básicos establecidos en el artículo 5 de dicho Estatuto, aduciendo que no importa tanto el número de faltas injustificadas, sino la gravedad de faltar tres días anunciándolo a través de un mensaje, que considera no constituyó ni previo aviso ni autorización, sabiendo las consecuencias y abusando de la confianza depositada en ella, por lo que solicita que se declare la procedencia del despido.

Por su parte la actora alega en su escrito de impugnación que no existieron faltas injustificadas porque las ausencias fueron autorizadas por la persona de la empresa responsable para ello como resulta de los mensajes que constan acreditados, que considera las autorizaba o al menos no se oponía, consistiendo tácitamente y, como mínimo, podría considerarse que mantuvo una posición de ambigüedad que no puede perjudicarle.



Además indica que se le imputan tres faltas de asistencia y una de puntualidad y en el momento en el que una de ellas se considere inexistente no habría comisión de falta muy grave, señalando que la segunda de las conversaciones acreditadas, referidas a una eventual inasistencia de dos días, la finaliza el encargado diciéndole que haga lo que quiera, lo que considera que no admite más interpretación que la que resulta de su tenor literal y aduce que, dos meses después, sin haberse aludido a ello en todo el tiempo y habérsele abonado la nómina íntegra, considerar que las faltas son injustificadas es, a su juicio, un acto de mala fe y que va contra los propios actos de la empresa.

El primer motivo del recurso relativo a la fecha que ha de considerarse dies a quo a efectos de la prescripción de la falta, carece de interés dado que la sentencia entiende que no ha prescrito por lo que no procede impugnación alguna al respecto.

En cuanto al fondo del asunto hemos de estar al inatacado relato de probados del que resulta lo siguiente:

1º) El encargado de la tienda es el responsable de autorizar los permisos y vacaciones.

2º) El día 13 de julio la actora comunica al encargado que no puede asistir al trabajo como consecuencia de un asunto del que éste está al corriente y que se lo impute a las vacaciones o si no lo justificaba yendo al médico, y la contestación a tal comunicación es absolutamente de consentimiento a la ausencia, sin requerirle que la justificara, ya que incluso llega a preguntarle si va a ir al día siguiente, a los solos efectos de hacer el cuadro de trabajadores.

3º) El día 16 de julio comunica igualmente al encargado que necesita tomar vacaciones el 16 y 17 de julio, comunicándole los motivos, a lo que éste le contestó: "haz lo que quieras", no acudiendo a trabajar la actora ninguno de los días.

De estos hechos probados resulta claro que en ningún momento el encargado le deniega los permisos que le solicita para faltar al trabajo los tres días que se le imputan a la actora como de ausencias injustificadas, sino que, por el contrario, de las conversaciones resulta que se hace cargo del problema por el que la actora va a faltar, y aunque expresamente no le diga que la autoriza, tácitamente lo hace, al darle libertad para faltar, debiendo resaltarse que tenía la actora concedidas las vacaciones a partir del 18 de julio y que lo que le solicitó fue un día con antelación, que le fue concedido y después iniciarlas dos días antes, a lo que en absoluto se opone el encargado, ni la insta a que acuda al trabajo, ni le pide justificación alguna para la ausencia, ni mucho menos la apercibe de que si no va a trabajar podrá ser sancionada por ello.

Así pues de tales circunstancias resulta evidente que la empresa consintió las ausencias que la trabajadora solicitó como días de vacaciones, sin que, si no estaba de acuerdo con ello, se lo hiciera saber así mostrándole su voluntad inequívoca de no conceder tal permiso y requiriéndole de forma clara e inmediata para que no faltara esos días a su trabajo, sino que, por el contrario, de las contestaciones se infiere, que si bien no hay una manifestación expresa de concesión del disfrute de vacaciones, si se consintió el mismo pacíficamente, sorprendiendo a la trabajadora casi dos meses después con el despido, conducta esta de la empleadora absolutamente contraria a la buena fe contractual, no pudiendo después de conocer que la trabajadora tenía un problema de familiar y se ausentaba dando por hecho que se le concedían los días como de vacaciones, sin que se le manifestara oposición ni requerimiento alguno, alegar después que hay unas ausencias injustificadas al trabajo, porque se han consentido por la persona que tenía las facultades para ello, de manera que no ha incurrido la actora en conducta alguna sancionable, siendo su despido improcedente a la luz de lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los trabajadores, lo que lleva a la desestimación del recurso, confirmándose la resolución impugnada aunque lo sea por distintos fundamentos, acordes a los esgrimidos por la demandante.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 427/2019 formalizado por la letrada DOÑA SONIA JUANIS PORTILLO en nombre y representación de IBÉRICA DE DROGUERÍAS Y PERFUMERÍA, S.A.U., contra la sentencia número 124/2019 de fecha 27 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 22 de los de Madrid, en sus autos número 1123/2018, seguidos a instancia de DOÑA Amparo frente a la recurrente, en reclamación por despido, confirmamos la resolución impugnada y condenamos a la recurrente a la pérdida de los depósitos y consignaciones a los que se dará el destino legal, así como al pago de los honorarios de letrado de la parte recurrida en cuantía de 700 euros más I.V.A.

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 2828-0000-00-0427-19 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0427-19.

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.