



Roj: STSJ M 11387/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:11387  
Id Cendoj: 28079340022015100763  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 2  
Nº de Recurso: 544/2015  
Nº de Resolución: 797/2015  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: MANUEL RUIZ PONTONES  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

**NIG** : 28.079.00.4-2014/0062133

**Procedimiento Recurso de Suplicación 544/2015-T**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid Despidos / Ceses en general 12/2015

**Materia** : Despido

**Sentencia número: 797/2015**

**Ilmos. Sres**

D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D. MANUEL RUIZ PONTONES

D. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a catorce de octubre de dos mil quince habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 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 544/2015, formalizado por la LETRADO Dña. BRENDA DIAZ DIAZ en nombre y representación de D. Hilario , contra la sentencia de fecha 15 de Abril de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 12/2015, seguidos a instancia de D. Hilario frente a RUADE SA, 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:

1.- D. Hilario con DNI NUM000 ha venido prestando sus servicios profesionales por cuenta y dependencia de la Entidad demandada, con antigüedad del 15-12-08, ostentando la categoría profesional de Segundo Encargado de Establecimiento y percibiendo un salario mensual de 1.634,03 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras.

2.- No consta que el actor haya ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores.

3.- En fecha 27-11-14 y con efectos de ese día, la empresa comunicó al actor una carta de despido disciplinario en los términos que constan en la carta aportada con la demanda como documento 5 y que se reproduce, imputando al actor que ha tenido conocimiento que hasta en nueve ocasiones en su día de prestación de servicios en domingo, el actor había cogido un vaso de tubo de la barra de la cafetería, había orinado en el mismo, se lo había enseñado a la cocinera Santiago y posteriormente la orina la había volcado en la pila de la cocina y de la barra del mostrador. Se indica además que el día 24 de noviembre cuando fue al despacho del representante de la empresa le confesó que había insultado a sus compañeros de trabajo diciéndoles que dejaran de hacer el gilipollas e hicieran lo que les decía él. Se alega por ello la comisión de una falta muy grave del artículo 39-2 del Acuerdo Laboral de Hostelería, por fraude, deslealtad y abuso de confianza y por otro lado por malos tratos de palabra u obra y abuso de autoridad.

4.- Consta que en los domingos que se detallan en la carta de despido, estando el actor prestando servicios en el mismo turno de trabajo que la trabajadora con categoría de cocinera D<sup>a</sup> Santiago y librando en esos días el primer encargado Sr. Jose Pedro , el actor cogió un vaso de tubo y tras meterse en el almacén de la cocina orinó en el mismo y luego tras enseñar el vaso con la orina a tal cocinera, volcó el contenido del vaso bien en la pila de la cocina o de la barra del bar. La citada trabajadora comentó lo sucedido al Primer Encargado Don. Jose Pedro que pese a lo indicado, para no perjudicar al actor no dijo nada, siendo finalmente la trabajadora Doña. Santiago el 17-9-14 la que habló con el Director de Recursos humanos de la empresa contándole lo sucedido pues no quería que volviera a suceder. El referido Director habló con el primer Encargado Don. Jose Pedro que le confirmó que la cocinera le había comentado en diversas ocasiones tales hechos.

5.- El actor estuvo en situación de baja por incapacidad temporal del 7-10-14 al 25-11-14.

6.- Los cuadrantes del centro de trabajo en el que presta servicios el actor referidos al año 2014 se aportan por la empresa a los folios 107 y siguientes y se dan por reproducidos.

7.- Se aportan por el actor las conversaciones de **Whatsapp** del actor con la Sra. Santiago desde abril del 2014 a septiembre del 2014 dándose por reproducida.

8.- Consta celebrado el preceptivo acto de conciliación previa sin avenencia.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando en parte la demanda formulada por D. Hilario frente a la empresa RUADE S.A. declaro la improcedencia del despido de fecha 27-11-14 y en consecuencia condeno a la empresa demandada a readmitir al actor en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido o bien a su elección formulada ante la Secretaría del Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución y con la advertencia de que si no indica nada en dicho plazo se entenderá que opta por la readmisión, a indemnizar al actor con la suma de 12.705,13 euros, condenando a la empresa al abono de los salarios de tramitación devengados para el supuesto de optar por la readmisión."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante D. Hilario , 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, 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 14 de Octubre de 2015 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 estima parcialmente la pretensión del demandante y declara que ha sido objeto de un despido improcedente, con las consecuencias inherentes a tal declaración, la representación letrada del mismo interpone recurso de suplicación formulando dos motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

En el primer motivo, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS , interesa la revisión del hecho probado cuarto proponiendo la siguiente redacción alternativa:

*" Uno de los domingos que se señalan en la carta de despido en el que supuestamente se produjeron los hechos que motivan el despido disciplinario del actor, en concreto el día 13 de abril de 2014, el trabajador se encontraba de vacaciones y no acudió al establecimiento. Físicamente resulta imposible que el actor realizará una micción completa en un vaso de tuvo o de coca-cola, ambos de 330 mil, habiendo quedado demostradas las desavenencias existentes entre la cocinera denunciante de los hechos y el actor, segundo encargado del establecimiento. El primer encargado no denuncia los hechos pese a que conoce supuestamente de su producción desde el primer supuesto suceso en fecha 13 de abril de 2014. No resulta creíble la producción real de los hechos que se denuncian en la carta de despido ."*

La revisión se desestima por contener valoraciones impropias del relato fáctico sin que cite documentos de los que se desprenda directamente la redacción pretendida sin necesidad de acudir a conjeturas o suposiciones más o menos lógicas.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción de los artículos 24 CE y 90 y 91 de la LRJS . En síntesis expone que el despido es nulo porque los hechos narrados en la carta de despido son inciertos, existiendo contradicción en las declaraciones de los testigos, siendo manifiesta la mala relación entre el actor y la cocinera, habiendo reconocido el encargado las desavenencias existentes entre ambos y que uno de los días que se dicen se produjeron los hechos, el actor se encontraba de vacaciones; que la empresa no ha aportado los cuadrantes y por ello deben tenerse por probado los hechos alegados en la demanda.

En primer lugar debemos tener en cuenta que como señala la STS de 7/03/2003, recurso nº 96/2002 :

*>>es jurisprudencia reiterada y constante, tanto de la Sala Primera como de la Cuarta de este Tribunal, que cuando la prueba se aprecie en su conjunto no cabe desarticularla para dar prevalencia a unos elementos sobre otros, que es lo pretendido por la parte recurrente.*

*Como se recoge en sentencias de esta Sala de 3 de Mayo de 2001 y 10 de febrero de 2002 ( Recursos 2080/00 y 881/01 ), con esta forma de articular el motivo que nos ocupa "Claramente se conculca la doctrina de esta Sala (Sentencias de 26 de Septiembre de 1995 y 24 de Mayo de 2000 entre otras muchas ... [pues] ... esta forma de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario (...) sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.3 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo"), por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica". >> y como dice la STS de 18/11/1999, recurso nº 9/1999 :*

*"(...), los hechos declarados probados, reflejo de dicha valoración deben prevalecer, mientras que por medio de un motivo de revisión fáctica, basada en documentos de los que resulte de un modo claro, directo y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas, no sean revisados "*

En segundo lugar debemos tener en cuenta que, como señala la STC 3/2006, de 16 de enero , reiterando doctrina de ese Tribunal, cuando se alegue que una determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probando, no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presentada esa prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su

licitud, se manifiestan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la mediada adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

La pretensión de nulidad del despido se desestima porque la conducta imputada en la carta de despido, que se da por acreditada, explica por sí misma el despido ya que los hechos fueron la causa determinante en la decisión de la empresa y permite eliminar cualquier sospecha de vulneración de derechos fundamentales del actor, sin que se observe que se ha efectuado una valoración irracional de la prueba.

Finalmente se expone que el cálculo de la indemnización es erróneo, solicitando que se rectifique el importe de la misma. La pretensión no puede prosperar porque el salario diario no se obtiene dividiendo entre 30 días el recogido en el hecho probado primero sino como señala la STS de 30/06/2008, rec. nº 2639/07 :

*>>(…) Muy diversa es la solución a la que hemos de llegar en el segundo de los motivos, relativo a la forma de cálculo para determinar el salario/día que ha de tenerse en cuenta para calcular la indemnización por despido improcedente.*

*Sobre este punto las decisiones a contrastar ofrecen respuesta absolutamente divergente, pues en tanto la recurrida -dando por válidos los cálculos realizados en la instancia- parte de la acreditada retribución anual, la divide por los 12 meses del año y el resultado vuelve a dividirlo por 30 días, nuestra decisión referencial ( STS 27/10/05 -rcud 2513/04 -) mantiene la tesis -que hemos de reiterar- de que los parámetros que establece el art. 56.1 E.T. para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios (textualmente: "cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio"), y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir -supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los 365 días que al año corresponden (366 para el caso de año bisiesto); y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados (12x30) y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días (365/12) y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forense con inequívoco apoyo en la redacción originaria - vigente hasta el Decreto 1836/1974 , de 31/mayo - del art. 7 CC ("Si en las leyes se habla de meses ... se entenderá que los meses son de treinta días... Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan") y que también en ocasiones establece el legislador (así, para la determinación de la base reguladora en las situaciones de IT, conforme al art. 13 Decreto 1646/72 ) >>.*

Lo expuesto lleva a desestimar el motivo y el recurso.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## **FALLAMOS**

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por **la representación letrada de Hilario** contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid , en autos nº 12/2015, seguidos a instancia de Hilario contra RUADE S.A., en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma.

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 2827-0000-00-0544-15 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 2827-0000-00- 0544-15.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase 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 de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ