

EDJ 2012/55457

TSJ Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 22-2-2012, nº 642/2012, rec. 1405/2011

Pte: Sánchez Andrada, Jesús

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CAUSAS DE DESPIDO

FALTAS REPETIDAS E INJUSTIFICADAS DE ASISTENCIA O PUNTUALIDAD

Desestimación

CONTRATO DE TRABAJO

SALARIO

Salario regulador a efectos de despido

Salario percibido

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.110.1, art.191 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.56.1 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Bibliografía

Citada en "Despido improcedente. Indemnización. Foro abierto"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por la recurrente, contra Humberto, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día dos de marzo de dos mil once por el referido Juzgado, en la que se estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

""Primero.- Dª Carina, con D.N.I. num. NUM000, ha prestado sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Empresa demandada, en la actividad de "Telemarketing", a tiempo parcial de 4 horas, con antigüedad de 11-03-10, categoría laboral de "Coordinadora" y un salario prorrateado de 767,34Eur. mensuales (diario de 25,23Eur.), conforme al C.C. Estatal del Sector de Contact Center.

Segundo.- La actora suscribió con Dº. Humberto, con fecha 11-03-10 un Contrato de trabajo temporal Eventual por circunstancias de la producción (codigo 502), a tiempo parcial de cuatro horas semanales de lunes a viernes (20horas) en horario de 11:00h a 15:00h.

Tercero.- En el mes de abril de 2010 las partes acordaron que la actora pasara a constituirse en empresaria, contratando a su vez ésta a otras teleoperadoras, y a prestar sus servicios como Agente Mercantil a través de Contrato de colaboración Mercantil para D. Humberto (Turypeople & Peopleprice) vendiendo los paquetes-bonos o tarjetas turísticas (compuestas de noches de Hotel) que éste a su vez adquiría a la empresa Turyvoz, S.L.

A la vista del acuerdo la actora causa alta en el Régimen Especial de Autónomos de la S.S., iniciándose la nueva relación contractual el día 25-04-10, fecha en que la actora causa baja por cuenta ajena en la empresa ANTONIO MATEOS LAZO.

Cuarto.- El Sr. Humberto compraba a la empresa Turyvoz, S.L. paquetes-bonos turísticos compuestos por diversas noches de Hotel (16 noches, 15 noches, 9 noches, 4 noches, etc). En concreto, la venta al público se realizaba al precio general de 10Eur. por noche y su precio final estaba en función del número de noches del paquete-bono o tarjeta. Así el paquete de 16 noches se vendía por 160Eur., el de 9 noches a 90Eur., etc.

Quinto.- La remuneración de la actora se llevaba a cabo mediante un reparto porcentual en las ventas realizadas. Así del total de las ventas realizadas por el equipo-empresa de la actora el Sr. Humberto abonaba a Dª Carina el 40%, a la empresa Turyvoz el 30% y el se quedaba con el otro 30%.

Toda la infraestructura la facilitaba el Sr. Humberto. Así el local de trabajo que era alquilado, las cabinas, los teléfonos y demás materiales, etc.

Sexto.- En esta misma situación de empresarias subcontratadas se encontraban D^a Alejandra y D^a Enma, que junto a la actora formaban tres equipos, cada uno con sus respectivas teleoperadoras contratadas, compartiendo el local y los instrumentos y materiales de trabajo.

La actora, según los meses, ha venido contratando con carácter temporal entre cuatro y seis chicas como teleoperadoras.

Séptimo.- La coordinación e instrucciones a las teleoperadoras se realizaban directamente por el Sr. Humberto o éste las transmitía a través de las empresarias subcontratadas D^a Carina, D^a Alejandra y D^a Enma.

Octavo.- Con fecha 27-09-10 la empresa del Sr. Humberto es visitada por un Subinspector de Trabajo y S.S. como consecuencia de una publicidad de ofertas de trabajo sólo para chicas por si pudieran constituir una discriminación por razón de sexo. Al advertir el Subinspector la presencia en el Centro de trabajo de unas veinte personas y solicitar información tiene conocimiento de la existencia en el mismo de una empresa con alta en Seguridad Social a nombre de Humberto y de tres empresas subcontratadas (D^a Silvia Armario Bernal, D^a Monica Romero Romero y D^a María Jesús Vera Carmona) cada una con sus respectivas teleoperadoras, todas ellas trabajando en el mismo centro de trabajo.

El Subinspector cita al Sr. Humberto en la Inspección de Trabajo para que aporte la documentación de las personas que prestaban servicios en el Centro de trabajo.

Noveno.- El día 14 de octubre de 2010 el Sr. Humberto comparece en la Inspección aportando la documentación requerida. Tras el estudio de la misma se emite Diligencia firmada por el Subinspector y por un Inspector en la que se requiere al Sr. Humberto "para que proceda lo antes posible a dar de alta en el Régimen General tanto a las 3 trabajadoras indicadas (las que a actuaban como empresarias subcontratadas) como a las trabajadoras dadas de alta en los TC2 a nombre de ellas".

Decimo.- En el mes de octubre, dado que había finalizado la temporada alta de venta de bonos de hotel el Sr. Humberto requiere a D^a Carina a D^a Alejandra y a D^a Enma para que procedan a reducir el número de trabajadoras por ellas contratadas.

Undécimo.- Ante la baja de las ventas y la situación planteada por el requerimiento de la Inspección al Sr. Humberto para que procediera a dar de alta como trabajadoras por cuenta ajena de su empresa a todas las trabajadoras que prestaban sus servicios en el centro de trabajo por él dirigido y coordinado, mantuvo una reunión el día 2 de noviembre de 2010 con las tres denominadas empresarias subcontratadas D^a Carina, D^a Alejandra y D^a Enma planteándoles la situación.

Seguidamente, D^a Carina, D^a Alejandra y D^a Enma se marchan a tomar café y cuando vuelven el Sr. Humberto se reúne con cada una de ellas, contratando como trabajadora por cuenta ajena a D^a Alejandra y manifestando a D^a Enma que no volvieran más, dando de baja los teléfonos que utilizaban las teleoperadoras de sus equipos.

Duodécimo.- Formulada por la actora papeleta de conciliación ante el CEMAC el día 11-11-10, se celebró el acto de conciliación el día 29-11-10 con el resultado de "Sin Avenencia".

En dicho acto la empresa manifestó que «reconocía la improcedencia del despido optando por la readmisión de la misma en las mismas condiciones laborales anteriores al despido, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo en su horario habitual, el próximo día 01 de diciembre de 2010». No obstante la actora mostró su disconformidad con la readmisión manifestando que debía ser resuelta judicialmente.

Decimotercero.- La empresa no ha puesto a disposición de la actora cantidad alguna respecto de los salarios de tramitación devengados.

Decimocuarto.- Con fecha 13-12-10 la empresa ha procedido a notificar por escrito un nuevo despido, por faltas de asistencia.

Decimoquinto.- La empresa ANTONIO MATEOS LAZO ha causado baja en Seguridad Social y cesado en la actividad el día 31-01-11.

Decimosexto.- La actora no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.""

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- En disconformidad la parte actora con la sentencia dictada, en la que se estima su demanda por despido formulada, recurre en suplicación, por medio de su representación Letrada, recurso con dos motivos al amparo de la letra b y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, LPL EDL 1995/13689, para revisar los hechos probados, proponiendo nueva redacción al hecho primero, a fin de hacer constar que de 11 de marzo a 24 de abril 2010, prestó servicios como teleoperadora, a tiempo parcial por cuatro horas y salario de 767,34 euros, con inclusión de partes proporcionales de pagas extraordinarias y la adición de un nuevo párrafo en el hecho tercero, para incluir que de 25 de abril a 2 de noviembre 2010, tuvo trabajadoras dadas de alta mañana y tarde e incluso en fines de semana y durante horario nocturno para acudir a discotecas y salas de fiesta a hacer promociones, indicando documental, motivo que debe ser rechazado, por diversos motivos, el primero que la sentencia ya recoge sus dos periodos de prestación de servicios, tras el examen de la prueba practicada, razonando la valoración de la misma en los fundamentos, en segundo que de la documental citada, por si misma, no se desprende el relato que se quiere incluir, de forma directa, sin necesidad de razonamientos, más o menos acertados o valoraciones sobre las pruebas practicadas y en fin, por último, que tampoco la documental merece credibilidad alguna, cuando las contrataciones que se realizaron eran ficticias, cuando el empresario era tan solo uno y el resto trabajadoras con distintos tipos de contrato, para enmascarar otra realidad descubierta y como segundo motivo, invoca la infracción del art. 56.1.a del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475,

ET y el art.110.1 de la LPL EDL 1995/13689 , entendiendo que su salario era de 1.534,68 euros mensuales, realizando jornada completa, por lo que le correspondía una indemnización mayor, pero no se acredita que la jornada sea completa, sino la mitad y para el cómputo del periodo al que debe alcanzar la indemnización, se debe tener en cuenta de fecha inicial la del comienzo de prestación de servicios, 11 de marzo 2010 y como fecha final, la del despido, 2 de noviembre 2010, estableciendo el art. 56.1. a) del ET EDL 1995/13475 , una indemnización en tales casos, de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, tomándose como salario regulador de la indemnización, SSTs., de 2 junio 1987, 21 noviembre 1987 y 28 abril 1988, aquel que corresponde al trabajador al tiempo del despido, por lo que siendo su salario de 767,34 euros, 25,578 euros diarios, le correspondía como indemnización por el periodo trabajado, la cantidad de 767,34 euros, por lo que debe ser revocada la sentencia en cuanto a la indemnización señalada en la misma que se elevará a dicha cuantía, al igual que los salarios e tramitación que se deberán calcular con referencia a 25,578 euros diarios.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debemos estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^{ÑA}. Carina, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm.1, de Jerez fe la Frontera, de fecha 19 de noviembre 2010, recaída en autos promovidos por la misma, por Despido, debiendo revocar parcialmente dicha sentencia, en cuanto a las indemnización señalada en la misma que se elevará a la cuantía de 767,34 euros, al igual que los salarios e tramitación que se deberán calcular con referencia a 25,578 euros diarios, manteniendo en el resto sus pronunciamientos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que contra la misma cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así que como transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Se advierte a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" del BANESTO, oficina urbana de Jardines de Murillo, sita en Avda. de Málaga, num. 4, oficina núm. 4.052 de Sevilla, tal consignación podrá sustituirla por aval bancario, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder del Sr. Secretario de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Asimismo se le advierte que deberá acreditar haber efectuado el depósito de 600 euros, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, abierta en la entidad Banesto, en la Cuenta-Expediente num. 4052-0000-35-1405-11, especificando en el campo concepto, del documento resguardo de ingreso, que se trata de un recurso.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación. Sevilla a

En el día de la fecha se publica la anterior sentencia. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 41091340012012100451