

NIG: 28.079.00.4-2014/0049067



(01) 30504740086

JUZGADO DE LO SOCIAL
Nº20
C/ Princesa nº3
28008 (MADRID)

AUTOS nº 1131 /2014
SENTENCIA nº 86 /2016

En Madrid, a Veintiséis de Febrero de Dos Mil Dieciséis

D^a [REDACTED] del JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 20 de MADRID y su provincia, tras haber visto los presentes autos nº1131 /2014 sobre DESPIDO seguidos a instancia de D^a [REDACTED] [REDACTED] CONTRA LA EMPRESA KONECTA BTO S.L. ,EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, ha pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 20.10.2014 tuvo entrada en éste Juzgado la demanda formulada por la parte actora, por la que en base a los hechos y fundamentos en ella expuestos suplica se dicte sentencia conforme a lo solicitado en su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se señaló para la celebración del acto de conciliación y en su caso juicio la audiencia del día 24.02.2016. Que en el día señalado comparecieron quienes así figuran en el acta de juicio, haciendo alegaciones, ratificando la actora su escrito de demanda, oponiéndose la empresa demandada por las razones que esgrimía proponiendo pruebas,

practicándose las declaradas pertinentes y tras formular sus conclusiones definitivas solicitando una sentencia conforme a sus intereses.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La actora ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada desde 21.06.2010 con la categoría profesional de Teleoperador Especialista y devengando un salario mensual de 1.093,62 euros con inclusión de pagas extras .

SEGUNDO.- La empresa demandada comunica a la actora en fecha de 17.09.2014 y efectos de mismo día su despido al amparo del art 52 d) ET basado en las numerosas faltas de asistencia al trabajo aun justificadas pero intermitentes que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de jornadas hábiles o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses .

La empresa desglosa en la carta el absentismo durante las jornadas de los últimos doce meses de 16.03.2013 a 16.03.2014 y de durante dos meses consecutivos 17.03.2014 a 17.05.2014.

La empresa pone a disposición de la actora la indemnización de 20 días por año de servicio en la suma de 3.398,91 euros y asimismo el importe del preaviso incumplido(Doc nº 1 de la demanda y Doc nº5 ramo actora).

TERCERO.- Obran al Doc nº7 ramo empresa los parte de baja de la actora de fecha de 19.03.2013 a 17.05.2014 ,que se tienen por reproducidos.

CUARTO.- Obra al Doc nº2 de la demanda ,relación de baja de la actora años 2013 y 2014 con expresión de los diagnósticos que se tiene por reproducido.

QUINTO.- La actora según estudio de RM de columna Lumbar de fecha de 25.07.2014 realizado por la Mutua Fremap presenta una protrusión lumbar degenerativa L4/L5.protrusión central Izquierda L5/S1 .Artrosis facetaria L4/L5 y L5-S1 .(Doc nº6 ramo actora)

SEXTO.- La actora se encuentra en lista de espera quirúrgica para cirugía de columna desde 11.08.2014 .(Doc nº5 ramo actora).

SEPTIMO.- No han quedado acreditadas las jornadas hábiles en el periodo de referencia al que se absentismo .

OCTAVO.- Obran al Doc nº4 ramo actora y Doc nº3 ramo empresa las nóminas de la actora ,que se tienen por reproducidos .

NOVENO.- Es de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de Contac Center.

DECIMO.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo de representación de los trabajadores.

DECIMO-PRIMERO.- Se ha intentado el preceptivo acto de conciliación en fecha de 24.09.2014 celebrándose en fecha de 9.10.2014 con el resultado de sin efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La versión judicial de los hechos, reflejada en los Hechos Probados de la presente resolución ha sido obtenida de la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LRJS de los documentos públicos y oficiales aportados por las partes cuyo contenido no fue desvirtuado por prueba en contrario en relación con el art.319 L.E.C.y de los documentos privados que fueron reconocidos por las partes por ser coincidentes ,en relación con los arts 322 y 326 y siguientes LEC.

SEGUNDO.- En primer lugar aparece controvertido el salario de la actora rque se postula en la demanda en 1.202,26 euros ,que tiene en cuenta los 12 últimos meses de salarios al percibir la actora retribuciones variables y que la empresa fija en la suma de 1.093,62 euros

De la prueba documental aportada por ambas partes y coincidentes obrantes al Doc nº4 ramo actora y Doc nº3 ramo empresa ,resulta en el periodo de agosto de 2013 a julio de 2014 un total de 13.123,46 euros, que entre 12 meses arroja salvo s.e.u.o un total de 1.093,62 euros ,que es el salario que se declara probado en el HP1º de esta resolución.

TERCERO.- Se impugna la comunicación de la extinción del contrato de trabajo de la actora que la empresa basa en el art 52 d) ET ,al considerar que concurren las circunstancias reseñadas en el artículo y que se concretan en las numerosas faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% la jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcancen el 5% la jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses.

Así alega que después de una revisión detallada de su histórico laboral ha podido comprobar que del 17 marzo 2014 al 17 mayo 2014 la actora viene padeciendo numerosas e intermitentes ausencias, aun justificadas y que se detallan en la carta que superan el 20% de la jornadas hábiles en dos meses consecutivos, así como 5% los últimos 12 meses anteriores, conclusión que se extrae del desglose del absentismo producido durante las jornadas de los últimos 12 meses (del 16 marzo 2013 al 16 marzo 2014 y del absentismo producido durante las jornadas de dos meses consecutivos (7 marzo 2014 al 17 mayo 2014)

Así del 17 marzo 2014 al 17 mayo 2015 hay en total de 45 jornadas hábiles y un total de 13 jornadas de ausencia y en el periodo de 16 marzo 2013 al 16 marzo 2014 hay en total de 269 jornadas hábiles y un total de 39 jornadas hábiles

Se verifica la ausencia su puesto de trabajo durante 13 días laborables de un total de 45 jornadas hábiles dimensionada y que el nivel de absentismo supera el 20% del total de las jornadas laborales, situándose en un 28,88% .

Asimismo el absentismo de los 12 meses anteriores del 16 marzo 2013 al 16 marzo 2014 se encuentra en un 14,49% , al haberse ausentado su puesto de trabajo durante 39 jornadas hábiles de un total de 269 jornadas hábiles dimensionadas.

La parte actora muestra su disconformidad con los hechos de la carta por considerar que no se reúnen los requisitos que se establecen en el artículo 52 d) ET porque la relación de jornadas hábiles de trabajo y las ausencias relatadas no alcanzan el mínimo legal exigido en los últimos 12 meses ni en dos meses consecutivos y por que es de aplicación al caso que nos ocupa el último párrafo del artículo 52 d)ET que excluye del cómputo las ausencias que obedezcan a enfermedad grave, siendo así que más del 90% de las bajas laborales ha obedecido a la misma patología, esto es, hernia lumbar.

La letra d) del artículo 52 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactada del siguiente modo por la Ley 3/2012 :

«d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.»

La finalidad esencial de esta norma es la lucha contra el absentismo laboral, pues esta particular figura de despido objetivo que prevé el art. 52-d) del ET no es otra cosa que un arma o instrumento establecido por el legislador en contra del mismo, para lograr su reducción. Pero esta finalidad está pensada sobre todo en relación con aquella clase de absentismo que de algún modo es imputable a la voluntad del trabajador o trabajadores, normalmente formado por ausencias al trabajo de escasa duración e intermitentes.

En el presente supuesto se plantean dos cuestiones de un lado la acreditación del total de las jornadas hábiles en el periodo tomando como referencia para imputar a la actora en las ausencias que la empresa pretende acreditar con el documento número 8 de su ramo que ha sido impugnado de contrario porque no sólo no contiene firma y sello de la empresa sino que tampoco ha sido ratificado en juicio por lo que no sería un documento hábil para acreditar esta circunstancia, siendo que la empresa tenía otras formas de probar las jornadas hábiles como puede ser con los cuadrantes de servicios, el login de entrada y salida etc, en este sentido no pueden tenerse por acreditadas las jornadas hábiles que la empresa toma como referencia para calcular el porcentaje de absentismo al haber sido negadas por la parte actora.

Y en segundo lugar y en cuanto al fondo hay que indicar según resulta de la prueba documental practicada que las bajas temporales en que se ha encontrado la demandante en el periodo comprendido entre el 22 enero de 2013 a 6 de septiembre de 2014 tuvieron su causa en un 90% en la patología lumbar que padece, que como se ha acreditado con el historial de bajas es de larga evolución y de no corto tratamiento médico, por lo que es acertado y razonable mantener que las mismas se debieron en realidad a una sola causa patológica en todas las ocasiones, que se agudizaba con el ejercicio físico cuando se reincorporaba al trabajo sin estar curada de su dolencia, abundado en lo anterior que se encuentra en lista de espera quirúrgica para cirugía de columna desde 11.08.2014. Esta situación no es la que está contemplada en el art. 52d) ET cuando se refiere a "faltas de asistencia al trabajo aún justificadas", porque este precepto legal no anula ni deroga los contenidos en la LGSS art 128.1 y siguientes, pues es contrario a la interpretación sistemática y teleológica del derecho laboral (de trabajo y de Seguridad Social) tener por causa de despido justificada una situación constitutiva de incapacidad temporal que está protegida por la Ley.

Lo anterior expuesto determina que no concurren en el supuesto de autos los requisitos establecidos en el artículo 52 d) ET y por tanto la extinción del contrato de trabajo de la actora al amparo del mencionado precepto ha de considerarse improcedente con las consecuencias detalladas en el artículo 56 todos ellos del ET redacción dada por Ley 3/2012 y los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento que queda como sigue:

«1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.»

En cuanto a la indemnización la Disposición transitoria quinta. Indemnizaciones por despido improcedente establece:

1. La indemnización por despido prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada por la presente Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012.

2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

CUARTO.- Contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación al amparo del art 191 3 a) Ley 36/2011 de 10 de octubre .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda de despido formulada por D^a [REDACTED] [REDACTED] CONTRA LA EMPRESA KONECTA BTO S.L ,debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora de fecha de efectos de 17.09.2014 condenando a la empresa demandada a que, a su elección que deberá manifestar en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de esta sentencia, le readmita en su mismo puesto de trabajo o le indemnice en la suma de euros ,de la que ya tiene percibida la suma de 3.398,91 euros entendiéndose que de no hacerlo en el plazo indicado opta por lo primero En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación y la trabajadora habrá de reintegrar la indemnización percibida .

Notifíquese la sentencia a las partes ,haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de suplicación ,que deberá ser anunciado por comparecencia o mediante escrito en este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia ,o por simple manifestación en el momento de la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en BANCO SANTANDER a nombre de este

Juzgado con nº2518 acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como ,en el caso de haber sido condenado a alguna cantidad ,consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado abierta en C/ Princesa nº2 con el nº 2518 la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándose a este Juzgado con el anuncio de recurso.

Asimismo el recurrente habrá de acompañar en su caso en el momento de la interposición del recurso,el justificante de pago de la tasa con arreglo al modelo oficial debidamente validado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 10/2012 de 20 de Noviembre y Orden HAP/2662/2012 de 13 de Diciembre.

Así por ésta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.