

23/12/2016.



Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid
Domicilio: C/ Princesa, 3 , Planta 10 - 28008
Teléfono: 914438418,914438423
Fax: 914438340

44001024



(01) 30756344700

NIG: 28.079.00.4-2016/0021995
Procedimiento Despidos / Ceses en general 513/2016

Materia: Despido

DEMANDANTE: D./Dña. ALVARO

DEMANDADO: UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO SA

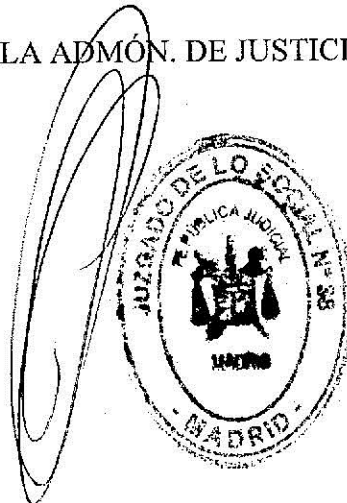
CEDULA DE NOTIFICACIÓN

En los autos arriba referenciados, seguidos ante este Juzgado de lo Social a instancia de D./Dña. ALVARO, contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO SA, en fecha 28 de noviembre de 2016, por el/la Iltno/a. Sr/Sra. Magistrado/a de este Juzgado se ha dictado resolución, cuya copia literal se adjunta a efectos de su notificación, advirtiéndole que el recurso procedente contra la misma es el que se indica en la referida resolución.

(ADVERTENCIA): Se hace saber al receptor de la presente, si no fuera el propio interesado, que ha de cumplir el deber público que se le encomienda haciendo llegar la presente cédula y la copia de la resolución que se notifica a su destinatario a la mayor brevedad; que en otro caso, o si se niega a la recepción de la presente, puede ser sancionado con multa de 20,00 a 200,00 euros; que en su caso ha de comunicar al órgano judicial la imposibilidad de entregar la comunicación al interesado; y que tiene derecho al resarcimiento de los gastos que se le ocasionen. (Art. 57.3 de la L.J.S.).

En Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis.

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA





JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 38 DE MADRID
PROCEDIMIENTO 513/2016

En Madrid a veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis .

Vistos por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 38,
FERNANDO los presentes autos nº 513/2016 seguidos a instancia de
D. ALVARO contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO
SA sobre Despido.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 476/16

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- En fecha 12/05/2.016 tuvo entrada en el Registro de los Juzgados de lo Social de Madrid, la demanda formulada por don ÁLVARO contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A. por la que en base a los hechos y fundamentos en ella expuestos, suplicaba se dictase sentencia, en la que se declarase el despido NULO o subsidiariamente improcedente y se condenase a la demandada a las correspondientes responsabilidades legales, así como al abono de las cantidades reclamadas.

SEGUNDO.- Tras ser turnada a este Juzgado, fue dictado Decreto en fecha 10/06/2.016, admitiendo a trámite la demanda y se señaló para la celebración de los actos de conciliación y juicio, en su caso, la audiencia del día 16/11/2.016, a las 11:15 horas de su mañana. Siendo la hora y días señalados, comparecieron las partes y ante la imposibilidad de avenencia, se acordó la apertura del juicio oral, y tras ser concedida la palabra a la parte actora, esta desistió de la petición de nulidad y se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando la declaración de la improcedencia del despido, oponiéndose a ella la demandada por las razones que constan en el acta de juicio; concedida la palabra a la parte actora, formuló alegaciones respecto de la demanda de despido. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las que, tras ser propuestas por las partes, fueron declaradas pertinentes, con el resultado que se recoge en el acta de juicio, y en trámite de conclusiones, las partes elevaron a definitivas, las respectivas provisionales, desistiendo la parte actora de la petición del

incremento del 10% sobre la indemnización y declarándose el juicio concluso y visto para la sentencia.

TERCERO.- La cuestión debatida fue determinar la existencia o no de justa causa para la extinción de la relación laboral por absentismo del trabajador.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La parte actora, don ÁLVARO con DNI , ha prestado servicios para UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A. , desde el 6/10/2.008 con la categoría de teleoperador especialista, y con un salario mensual de €, incluido el prorrateo de pagas extras, desarrollando una jornada de 30 horas semanales.

SEGUNDO.- En fecha 07/04/2016 la empresa le entregó carta de despido por escrito con efectos en esa misma fecha:

Muy señor mío:

Por medio de la presente le comunicamos que la Dirección de esta empresa ha decidido proceder de extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas al amparo de lo previsto en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 49.1. L), y 53, con efectos desde el día de hoy.

El motivo de esta decisión en su inasistencia al trabajo, que aún justificadas ha sobrepasado los a que se refiere el propio artículo 52. D) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, alcanza el 20% de las jornadas hábiles en un plazo de dos meses consecutivos siempre el total de sus faltas de asistencia en los 12 meses anteriores al alcance del 5% de las jornadas hábiles.

De acuerdo con lo anterior se constata lo siguiente:

-Que usted ha tenido, en un período de dos meses consecutivos, de 4 de enero de 2016 a 4 de marzo de 2016, faltas de asistencia trabajo debidas a bajas por enfermedad de no más de 20 días consecutivos de duración. Concretamente:

Ausencias al trabajo debidas a la baja por enfermedad del día 4 de enero de 2.016 a 12 de enero de 2016.

Ausencias al trabajo debidas a baja por enfermedad del día 23 de febrero de 2016 a 1 de marzo de 2016.

Por lo tanto, estas faltas de asistencia en dos meses consecutivos computados desde el día 4 de enero 1016, alcanza el 20% de sus jornadas hábiles que constituyen el 28,88% de las mismas.

Que usted ha tenido, en los 12 meses anteriores a la fecha de extinción de su contrato, faltas de asistencia trabajo debidas a bajas por enfermedad que en total alcanzan el 5% de sus jornadas hábiles, de que constituyen el 7,35% de las mismas. En concreto, además de las mencionadas, ha tenido estas otras faltas de asistencia a bajas por enfermedad:

Ausencias al trabajo debidas a la baja por enfermedad del 27 de abril de 2015 a 30 de abril de 2015.

En su caso, para el cómputo tal como señala el art. 52.d) ET , no se han tenido en cuenta ningún efecto las ausencias debidas a huelga legal, ejercer actividades de representación legal de los trabajadores, accidentes 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 densidad aportada por los servicios sanitarios oficiales que tenga una duración de más de 20 días consecutivos, las motivadas por la situación física o psicológica derivada de la diferencia de género, acreditada por servicios sociales de atención con los servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computan las ausencias florezcan un tratamiento médico de cáncer por enfermedad grave.

La extinción del contrato tendrá efectos el día de hoy, abonándole la no concesión del preaviso de 15 días, con el pago de las retribuciones netas íntegras hubiera devengado en dicho período, con inclusión del prorrateo de pagas.

Al mismo tiempo, le comunicó que se pone a su disposición la cantidad de € , correspondiente al indicar que le corresponde 20 de salario por año de servicio, con prorrateo de periodos inferiores a un año y con un máximo 12 mensualidades su salario.

Estas cantidades, se detalle la propuesta de liquidación que acompañan a esta carta, siendo el importe total transferido en esta misma fecha a la cuenta designada por usted para sus retribuciones.

Con esta misma fecha se pone en conocimiento del Comité de empresa el contenido de esta comunicación, indicándole que podrá recabar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de la firma de la liquidación”

TERCERO.- La empresa puso a disposición en fecha 07/04/2016 a la demandante del importe de € , mediante transferencia. Asimismo, en esa misma fecha, comunicó a la representación legal de los trabajadores la extinción del contrato del demandante por causas objetivas al amparo de lo dispuesto en el artículo 52. De del Estatuto de los Trabajadores

CUARTO.- La parte actora ha estado de baja por incapacidad temporal durante los siguientes períodos y por las siguientes causas: del 27/04/2015 al 30/04/2015 por enfermedad común del 04/01/2016 al 12/01/2016 por enfermedad común del 23/02/2016 al 01/03/2016 por enfermedad común.

QUINTO.- El calendario laboral del trabajador consta en el documento siete de la parte demandada y su contenido se da íntegramente por reproducido

SEXTO.- El demandante había sido sancionado con fecha de efectos 11/06/2015 con suspensión de empleo y sueldo de un día en que se hizo efectivo el día 16/06/2015 en la nómina de enero del 2016. Tras interponer la demanda impugnando dicha sanción se alcanzó un acuerdo ante el juzgado de lo social número 33 de Madrid en el hecho primero de 2016 por el que la empresa revocaba la sanción impuesta al trabajador y se comprometía a devolverle el día de suspensión de empleo y sueldo que se hizo efectivo el 16/06/2015 abonándose los en la nómina de enero de 2016.

SÉPTIMO.- El demandante disfrutó de vacaciones desde el 04/01/2.016 al 10/01/2.016, inclusive.

OCTAVO.- La parte actora, no ostenta ni ha ostentado en el último año la representación legal ni sindical de los trabajadores

NOVENO.- La parte actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC en fecha 21/04/2.016, celebrándose el acto el 09/05/2.016, no constando el acuse de recibo de la empresa demandada en el expediente en el momento de la celebración del acto de conciliación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A los efectos del artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Ley 36/2.011 de 10 de octubre, se declaran probados los hechos que anteceden, por los siguientes medios de prueba: El hecho primero por el contrato y nóminas, siendo la antigüedad categoría y salario, hechos no controvertidos, el hecho segundo por la carta de despido; el hecho tercero es un hecho no controvertido; el hecho cuarto por los parte de baja, obrantes en el documento 6 de la parte demandada; el hecho quinto, por el documento siete de la parte demandada; los hechos sexto y séptimo, por el bloque 3 de la documental de la parte actora; el hecho octavo, es un hecho no controvertido.

SEGUNDO.- La primera cuestión a solventar es la determinación del salario del demandante a los efectos de la declaración de la improcedencia solicitada. En el acto de juicio la parte demandada reconoció el salario postulado por la parte actora en su demanda de € mensuales, con inclusión de pagas extras.

En cuanto a la determinación del salario diario, la cuestión ha de ser resuelta conforme a la doctrina del Tribunal Supremo de la sentencia de 9 de mayo de 2011, recurso 2374/10, ha establecido lo siguiente:

“La divergencia señalada ya ha sido unificada por esta Sala en sus sentencias de 27 de octubre de 2005 (Rcud. 2531/04), de 30 de junio de 2008 (Rcud. 2639/07) y de 24 de enero de 2011 (Rcud. 2018/10) en favor de la tesis sostenida por la sentencia de contraste. No se ofrecen motivos que justifiquen un cambio de criterio que se sustenta, como en esas sentencias se dice en que “los parámetros que establece el artículo 56.1 ET 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]".

En el caso de autos, tomando la cifra obtenida en el periodo de los 12 meses anteriores a la fecha del despido y dividido entre 366 días arrojan un importe de 29,16 € diarios, que es un importe que se ha de tomar a los efectos del presente procedimiento.

TERCERO.- Establecido lo anterior, se ha de partir de lo dispuesto en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores que dispone la extinción del contrato 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.

En cuanto al cómputo de los días la nueva dicción del artículo 52.d) dada por el Real Decreto 3/2.012 establece que en el caso de que se tome como referencia las faltas del periodo de dos meses consecutivos, cuando alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, añadiendo un requisito en este supuesto que consiste en que las faltas de asistencia en los doce meses anteriores, alcance el 5% de las jornadas hábiles, o en caso de tomar como referencia 4 meses discontinuos en un periodo de 12 meses supere el 25%, sin que sea requisito como pretende la parte actora que se haya de establecer el que en los 12 meses anteriores se alcance el 5%.

Para aplicar los porcentajes mencionados se deben tener en cuenta los periodos integrados en esos 2 o 4 meses, con independencia de lo que suceda en cada mes aislado, pues lo que cuenta son los periodos mencionados en su conjunto (TS unif. doctrina 18-11-05 ; 5-10-05 ; TSJ Madrid 20-2-06; TSJ Cataluña 18-7-05; TSJ Aragón 27-3-06; TSJ Navarra 28-7-04). Es decir, no es necesario que el porcentaje se alcance en cada uno de los meses (TS 5-10-05); aunque, aisladamente, en algún caso se ha exigido que sea así (TSJ Cataluña 16-1-07).

El Estatuto de los trabajadores no señala cómo se han de computar los periodos de 2 meses consecutivos o 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, en cuyo marco se han de tener en cuenta las faltas del trabajador despedido objetivamente. No está claro si alude a meses naturales, de 1 a 30 ó 31 del mismo, o a periodos de tiempo equivalentes a contar desde un día cualquiera, esto es, de día a día. La jurisprudencia unificada sobre esta cuestión, considerando la finalidad de este tipo de despido, que no es otra que la lucha contra el absentismo, afirma que se deben computar por meses de fecha a fecha -desde la baja inicial- de acuerdo con el CC art.5. Se desecha el cómputo por meses naturales completos



valorando que ese sistema puede generar que no se computen las faltas de asistencia que se producen en los días finales de un mes y primeros del siguiente. En definitiva, se apuesta por meses contados de fecha a fecha; de tal forma que la última falta (justificada y computable o injustificada) actúa como dies ad quem (último día) para la determinación de los periodos de referencia y la primera, como dies a quo (día de inicio) para el plazo de que dispone el empresario para despedir (TS unif doctrina 9-12-10).

En el caso de autos, tomados en consideración los meses de la carta el número de jornadas efectivas de dichos era de 40 días de trabajo efectivo, pues no se pueden computar el periodo comprendido entre el 4/1/2.016 al 8/1/2.016, pues el demandante estuvo disfrutando de vacaciones que deben excluirse del cómputo, por lo tanto el número de días de baja es de 8 lo que en esos dos meses supone un 20%. Ahora bien el periodo de referencia anual, no es el correcto pues el artículo establece que las 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 las faltas de asistencia en los 12 meses anteriores, ha de entenderse conforme la doctrina establecida por el Tribunal Supremo anteriores desde que se compétele última falta que se computa de los meses consecutivos, pues la interpretación literal no deja dudas al respecto, no compartiendo el criterio de la parte actora pues toma un periodo distinto partiendo de la fecha del despido, al que no se refiere el precepto para nada, pues si se está tomando como objeto del despido objetivo el absentismo del trabajador el elemento que se ha de tener en cuenta son los días que incurren en el computo del propio absentismo y no la fecha en al que se hace efectivo el despido del trabajador, que se hace en fecha muy posterior. Por ello, al no ser correcto el periodo de referencia de un año anterior o 12 meses anteriores al 01/03/2.016, esto es hasta el 02/03/2.015, no ofreciendo por tanto datos la empresa sobre la asistencia del trabajador, no se puede probar que el índice de absentismo sea del 5%, y por lo tanto, queda sin acreditar que se cumplen la totalidad de los requisitos para proceder al despido objetivo del trabajador, por la causa del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- Por todo lo cual, procede de conformidad con el artículo 52.d) y 53.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y artículo 122.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y declarar improcedente la extinción, y de conformidad con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012 en relación con el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, y con lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que al ser el efecto del despido posterior al 11/2/2.012, se ha de aplicar conforme a la nueva redacción dada por la Ley 3/2.012, condenar a la empresa a que en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia opte entre la readmisión, con abono de salarios de tramitación, a razón de 29,16 €, en cuyo caso la parte actora deberá reintegrar a la empresa el importe que se le ha abonado en concepto de indemnización por la extinción del contrato; o el abono de una indemnización que se ha de calcular en dos periodos, el primero desde el inicio de la relación laboral, hasta el 11/2/2.012, a razón de 45 días de salario por año de servicio hasta un total de 42 mensualidades, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año; y el segundo desde dicha fecha hasta la fecha del despido, a razón de 33 días de salario por año de servicio hasta un total de 24 mensualidades, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y sin que la suma de ambos periodos pueda exceder del equivalente a 720 días de salario, en cuyo caso sólo tendría derecho al importe del primer periodo, si este supera el importe de 720 días de indemnización, y siempre que dicho importe del primer periodo no supere el límite de 42

mensualidades. Así para el primer periodo le correspondería una indemnización de € , a razón de un salario diario € y 3 años y 5 meses de antigüedad, y para el segundo periodo un importe de € , a razón de una antigüedad de 4 años y 2 meses, y un salario diario de € . Todo ello, arroja un montante de € , del que se debe descontar el importe abonado de € .

SEXTO. - En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera. De conformidad con el artículo 110.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, sin esperar a la firmeza de la misma.

SÉPTIMO.- En cuanto a la petición de la condena en costas, no procede al amparo de lo dispuesto en los artículos 97.3 en relación con el artículo 66.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la expresa condena en costas a la parte demandada, pues en el propio acta se hace constar que la empresa no comparece no constando citada al no estar el acuse de recibo de la citación al acto de conciliación, por lo que no se da el requisito exigido por la ley de estar debidamente citada y no comparecer, pues no queda probado que la falta de asistencia a dicho acto haya sido por propia voluntad de la demandada.

OCTAVO.- Contra esta sentencia cabe interponer recurso de Suplicación de conformidad con lo prevenido en el artículo 191.3.a) de la Ley Regladora de la Jurisdicción social.

Vistos los preceptos de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por don ÁLVARO contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A., en reclamación de DESPIDO debo declarar y declaro la improcedencia del mismo, condenando a UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A., a que en el plazo de 5 días hábiles, siguientes a la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión de don ÁLVARO , con abono de los salarios dejados de percibir desde el día siguiente a la fecha del despido, hasta la readmisión, a razón de € diarios, en cuyo caso el demandante deberá de devolver el importe abonado de € , una vez que sea firme la presente sentencia, o el abono de una indemnización por importe de € , del que se deberá de descontar el importe de € . Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes advirtiéndoles que contra ella podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito en este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación.

Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en Banco Santander, a nombre de este Juzgado con el número 2708 0000 65 0513 16, indicando la persona o empresa que efectúa el ingreso, 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 en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta abierta en la misma entidad con el número 2708 0000 65 0513 16 la cantidad objeto de condena, siendo posible la transferencia del importe a la misma entidad o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a este Juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

En caso de condena solidaria, la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio mando y firmo.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.