USO-Madrid Jurídico

BOLETÍN INFORMATIVO JURÍDICO QUINCENAL DE

UNIÓN SINDICAL OBRERA DE MADRID

4 septiembre 2015. Nº 41

USO-MADRID

C/ VALLEHERMOSO, 78

3ª -6ª PLANTA

28015 MADRID

TLFNO.: 91 598 63 30

FAX: 91 534 62 41

¡Visita la nueva WEB!

www.uso-madrid.es

Despido objetivo por ausencias justificadas. Requisito de intermitencia en faltas en caso de equivalencia al 20% de jornada hábiles en dos meses consecutivos

Estimados compañeros y afiliados, en este primer artículo de después de las vacaciones, vamos a comentaros la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2015, recurso nº 1000/2014. *Ponente: Excma. Sra. D.ª Milagros Calvo Ibarlucea. Dicha Sentencia hace referencia a un trabajador que fue objeto de despido por causas objetivas alegando faltas de asistencia justificadas.*

En los meses de abril y mayo de 2012, el trabajador faltó al trabajo los días 23, 25, 26, 27 y 30 de abril y 2, 3, 4 y 7 de mayo, en virtud de baja médica. En los doce meses anteriores, de un total de 252 jornadas hábiles, se ausentó 64 días. La introducción del requisito de ausencias intermitentes no deja lugar a dudas ni permite otro tipo de interpretación que no sea el sentido literal de las palabras. Despido improcedente. En el caso, no cabe considerar comprendido en la previsión legal el apartado d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.) al trabajador que faltó al trabajo los días 23, 25,26,27 y 30 de abril y 2,3,4 y 7 de mayo, en virtud de baja médica.

El Artículo 52. d) del E.T., hace referencia a la Extinción del contrato por causas objetivas. Según este, el contrato podrá extinguirse:

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 período 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

UNIÓN SINDICAL OBRERA MADRID

La extinción de contrato será nula cuando resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

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.

El Artículo 53 del E.T. hace referencia a la Forma y efectos de la extinción por causas objetivas estableciendo que:

1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

El **Artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Social** hace referencia a la **Calificación de la extinción del contrato,** estableciendo lo siguiente:

1. Se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita. Si no la acreditase, se calificará de improcedente.

2. La decisión extintiva será nula:

a) Cuando resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

b) Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

c) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

d) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra c), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

e) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras c), d) y e) será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.

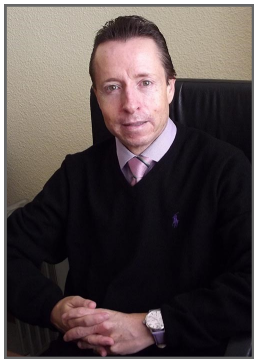
3. La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.

En el presente caso el trabajador recurrente alega la infracción del apartado d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, el apartado 1 de artículo 122 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre Reguladora de la Jurisdicción Social y el apartado 4 del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores.

La norma de aplicación, sobre la que no existe controversia, contempla dos posibilidades de cómputo de las faltas justificadas de asistencia. En la primera, el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, lo serán con carácter intermitente, y en la segunda, el 25% en cuatro meses discontinuos, no existe referencia al carácter intermitente o no, por lo que deberá entenderse que en ese caso cualquiera de las dos situaciones se ajusta al precepto. No sucede lo mismo en la primera opción en la que la introducción del requisito de ausencias intermitentes no deja lugar a dudas ni permite por lo tanto otro tipo de interpretación que no sea el sentido literal de las palabras. **Por esta razón, no cabe considerar comprendido el supuesto que da lugar al despido en la opción del 20% de ausencias en dos meses consecutivos**, y sin que se discuta acerca del número total de faltas en los doce meses anteriores y su equivalencia al 5% de las jornadas hábiles, **debiendo declararse**, por tanto, **el despido improcedente**, calculando la indemnización con arreglo a la Disposición Transitoria quinta de la L. 3/2012 de 6 de julio, también de aplicación a la distribución de salarios de trámite responsabilidad del Estado.

Francisco José Malfeito Natividad

Director Asesoría Jurídica

USO-Madrid