

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****AUDIENCIA NACIONAL****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede en Sevilla)**

*Sentencia 2717/2013, de 16 de octubre de 2013*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 1489/2012*

**SUMARIO:**

*Excedencia por cuidado de hijos. Despido disciplinario por prestar servicios para otra entidad durante el disfrute de la misma. Improcedente. Dicha conducta en modo alguno puede suponer una transgresión de la buena fe contractual, justificadora de medida sancionadora, dado que ha quedado probado que su jornada laboral se desarrollaba solo durante dos días a la semana, existiendo además otras razones tales como la cercanía de su domicilio al centro de trabajo o la flexibilidad en el empleo que le permitían conciliar su vida personal profesional, circunstancias que solo al trabajador le corresponde valorar.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 46.3 y 54.2 d).

**PONENTE:**

*Doña Ana María Orellana Cano.*

**Recurso n.º 1489/12 MG Sent. Núm. 2717/13**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMOS. SRES.:

DON LUIS LOZANO MORENO,

DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO,

DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

En Sevilla, a 16 de octubre de dos mil trece.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA N.º 2.717/2.013**

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Casiano contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de los de Córdoba, autos n.º 910/11; ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> ANA MARÍA ORELLANA CANO, Magistrada Especialista del Orden Jurisdiccional Social.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Según consta en autos, se presentó demanda por D. Casiano contra el Consorcio de Turismo de Córdoba, sobre contrato de trabajo, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 3-2-12 por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

**Segundo.**

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

"PRIMERO. 1- Al actor, D. Casiano, mayor de edad, con DNI núm. NUM000, -en lo que importa a la presente litis - el 1 de julio de 2011, en que formaba parte de la plantilla laboral indefinida del demandado Consorcio de Turismo de Córdoba, con la categoría profesional de auxiliar de servicios generales, le fue notificada (como conclusión del expediente contradictorio previo que en su día le fue abierto al trabajador, con amparo jurídico en el propio Convenio colectivo de empresa) carta de sanción por falta muy grave y consistente, aquélla, en 60 días de suspensión de empleo y sueldo.

El contenido de la carta sancionadora en cuestión consta a los folios 13 y 14 de las presentes actuaciones y lo doy aquí por íntegramente reproducido.

2- Importa destacar que, en esta última fecha (1/VII/11; al igual que durante el año inmediato anterior), el actor carecía de la condición de representante legal de los trabajadores en la empresa, como tampoco consta su afiliación a sindicato alguno.

SEGUNDO. 1- El 14 de julio de 2011, el hoy actor interpuso ante el CEMAC y frente a la referida empresa, papeleta de conciliación por la sanción preindicada.

2- El 3 de agosto de 2011, aunque sin efecto, se celebró el oportuno intento conciliatorio entre las partes.

3- Y el 4 de agosto de 2011, el actor formalizó ante este juzgado la demanda origen de las presentes actuaciones.

TERCERO. Es dable precisar -por último- que:

1- Con efectos 30 de junio de 2010, y sin reparo alguno por parte de su empresa, el (hoy) actor se situó en situación de excedencia para el cuidado de su hija Alba (nacida el 8 de febrero de 2008).

[El 16 de septiembre de 2010, nacería su hija Lidia; siendo así que, con efectos 3 de febrero de 2011 ("por un período de 6 meses prorrogable"), la esposa del demandante -y también trabajadora de la entidad aquí demandada- pasó a la situación de reducción de jornada (en un 33%) para el cuidado de aquélla. Y es dable indicar que en la misma situación volvió a colocarse ésta con efectos 3 de febrero de 2012 (e ídem ).]

En dicha fecha primera (30/VI/2010), y desde el 1 de enero de 2010, el horario de trabajo del actor para el Consorcio era, de lunes a viernes, de 8,30 a 15 horas; y uno de tales días, además (salvo el período comprendido entre el 15 de junio y el 15 de septiembre de 2010 y 2011 en que no se trabajó por la tarde) de 17 a 20 horas (aunque últimamente este horario de tarde va desde las 16 a las 19 horas).

2- Y el actor, ya por último -y de nuevo en lo que aquí importa-, desde el 1 de noviembre de 2010, viene prestando servicios laborales como educador (coordinador de piso de acogida) para Cáritas Diocesana de Córdoba, a jornada completa (40 horas a la semana), conforme al siguiente ritmo de trabajo:

Una semana, el lunes 24 horas seguidas y el miércoles 16.

La siguiente, el martes 24 horas seguidas y el jueves 16."

**Tercero.**

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue impugnado por la demandada.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS****Primero.**

El actor fue sancionado el 1 de julio de 2011 por la comisión de una falta muy grave con la suspensión de empleo y sueldo durante sesenta días. Los hechos imputados consisten en la transgresión de la buena fe contractual, por haber prestado servicios en otra entidad, mientras permanecía en la empresa demandada en situación de excedencia para el cuidado de hijos. La sentencia recurrida desestima la demanda. La parte recurrente solicita, como primer motivo de recurso, con debido sustento adjetivo, la revisión del hecho probado tercero, párrafo primero, apartado segundo de la sentencia recurrida, a lo que se accede porque así se extrae de la prueba documental en la que se basa, por lo que se adiciona lo siguiente: "la jornada de trabajo de la esposa del demandante es en turnos rotatorios de mañana de lunes a domingo". Desfavorable acogida, por el contrario, merece seguir el segundo motivo de suplicación, en el que, con idéntico amparo procesal, se solicita la revisión del hecho probado tercero, párrafo primero, apartado tercero; pretensión que no ha de prosperar, por no evidenciarse

error del órgano judicial de instancia de la prueba en la que se funda la parte recurrente, pues en la comunicación del cierre de la Puerta del Puente, no consta que el horario asignado sea provisional, como se solicita adicionar. Por otro lado, el contenido del Convenio Colectivo no precisa ser declarado probado por haber sido publicado oficialmente. Y, de los cuadrantes horarios del actor, no se extrae lo pretendido.

### **Segundo.**

La parte recurrente denuncia, como último motivo de suplicación, con adecuado amparo procesal, la infracción del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores . La controversia suscitada se centra en determinar si ha incurrido el demandante en la transgresión de la buena fe contractual, que justificaría la imposición de la sanción muy grave, por haber prestado servicios en otra entidad, mientras estaba en situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos en la empresa demandada. De conformidad con el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores "los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa". Debe tenerse en cuenta que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe, a tenor del artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores . En este sentido, declara la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 2643/2009, de 19 de julio de 2010, que la buena fe contractual se configura "por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena". El demandante solicitó la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos y, mientras se encontraba en esta situación, prestó servicios para una entidad. Esta circunstancia, en modo alguno, puede suponer una transgresión de la buena fe contractual, justificadora de medida sancionadora, ya que consta probado que, precisamente, en esta entidad, su jornada laboral se desarrollaba durante sólo dos días a la semana, existiendo otras razones, tales como la cercanía al centro de trabajo, desde su domicilio o la flexibilidad en el empleo,- que sólo al actor le corresponde valorar-, que le permitían conciliar su vida personal y profesional. En el Consorcio demandado, desde el 1 de enero de 2010, el horario de trabajo del actor era, de lunes a viernes, de 8,30 a 15 horas; y uno de tales días, además (salvo el período comprendido entre el 15 de junio y el 15 de septiembre de 2010 y 2011 en que no se trabajó por la tarde) de 17 a 20 horas (aunque últimamente este horario de tarde va desde las 16 a las 19 horas). Por lo tanto, no se aprecia transgresión de la buena fe contractual, no siendo justificada la sanción. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 22 de febrero de 2012 (Recurso de suplicación 1279/2011 ). Procede, en consecuencia, con estimación del recurso de suplicación, la revocación de la sentencia recurrida y, la estimación de la demanda, dejando sin efecto la sanción impuesta, condenando a la empleadora demandada a estar y pasar por tal declaración.

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de suplicación formulado por D. Casiano debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, que dejamos sin efecto. En consecuencia y, en sustitución de la misma, estimando íntegramente la demanda debemos declarar y declaramos nula y sin efecto la sanción impuesta, condenando a la empleadora demandada a estar y pasar por tal declaración.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, frente a esta sentencia, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Asimismo, se advierte al recurrente no exento, 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 n.º 4052 0000 35- xxxx (n.º ROLLO)-xx (año), especificando en el campo concepto del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "Recurso".

Asimismo se advierte que deberá adjuntar al escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia, del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado y, en su caso, el justificante de pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social, por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

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**

La extiendo yo, el/la Secretario/a para hacer constar que, una vez extendida la anterior sentencia y firmada por los Magistrados que la dictan, se procede a la publicación y depósito en la Oficina Judicial, en el día de la fecha; ordenándose su notificación y archivo y dándose publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y en las Leyes. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.