

BASE DE DATOS NORMACEF**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

Sentencia 1173/2015, de 16 de junio de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1015/2015

SUMARIO:

Relación laboral especial de empleados de hogar. Extinción. Causas consignadas válidamente en el contrato. Cuidado de un familiar. Contrato en el que se incluye como causa de extinción el hecho de que el enfermo necesite sobrevenidamente el concurso de más de una persona para su cuidado. Alegación de que se va a ingresar a la persona enferma en una residencia ante su empeoramiento. La posibilidad de que las partes pacten causas de resolución del contrato distintas a las previstas en la Ley es susceptible de aplicación a cualquier tipo de contrato, incluso los indefinidos o de duración determinada. En el caso, la causa resolutoria no depende de la voluntad del empleador, ni supone un abuso de derecho en la influencia de su conducta que pudiera provocar un desequilibrio a las contrapartes. Tampoco se observa contradicción o incongruencia en la existencia de contratos temporales renovados. **Voto particular.** En los supuestos de situaciones sobrevenidas la vía más adecuada de extinción sería el despido objetivo.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 49.1 b)..

RD 1620/2011 (Servicio del hogar familiar), arts. 6.1 y 11.1.

PONENTE:

Don Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa.

Magistrados:

Don JESUS PABLO SESMA DE LUIS

Don JOSE LUIS ASENJO PINILLA

Don JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA

RECURSO N.º: Suplicación / E_Suplicación 1015/2015

N.I.G. P.V. 01.02.4-14/003369

N.I.G. CGPJ 01.059.34.4-2014/0003369

SENTENCIA N.º: 1173/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 16/6/2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Il'tmos. Sres. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Celestina contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de VITORIA-GASTEIZ de fecha 5-3-15, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Celestina frente a Raimunda y Antonia .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO- La demandante, Doña Celestina, venía prestando servicios para Doña Antonia, con una antigüedad de 14 de mayo de 2012, categoría profesional de empleada de hogar y salario mensual con prorrata de pagas extras de 1.100 euros.

SEGUNDO. Con fecha 1 de enero de 2012 se suscribe entre la actora y Doña Antonia y como representante de esta última Doña Raimunda contrato de trabajo en el que se indica que entrará en vigor cuando la empleada tenga Permiso de Residencia en el país, del que entregará justificante para su alta en la Seguridad Social y se indica que la duración será de un año contado a partir de que tenga la empleada su situación en España legalizada, en relación a la rescisión del contrato que será por:

- -Faltas graves del empleado
- -Por fuerza mayor como el fallecimiento de Dña Antonia .
- -Si la enfermedad de Antonia es tal que necesite de dos personas para su aseo personal, levantarse, salir a la calle, o bien en el caso de que su enfermedad mental empeore de forma notoria. En este caso el empleador avisará al empleado con un mes de antelación.

En fecha 3 de marzo de 2013 y 3 de marzo de 2014 se amplía por un año el contrato de la actora en las mismas condiciones que las estipuladas en el de fecha 1 de enero de 2012.

A la actora se le da de alta en la Seguridad Social en fecha 14 de mayo de 2012 y de baja con fecha 2 de octubre de 2014.

TERCERO. Con fecha 2 de septiembre de 2014 la actora recibe escrito que lo rubrica con el siguiente contenido literal:

"De Doña Raimunda con DNI n.º NUM000 para Doña Celestina con DNI n.º NUM001 por la presente se le informa que con arreglo al contrato de trabajo de fecha 1 de enero de 2012 queda despedida y tiene un plazo de un mes a partir de la fecha de la presente notificación para abandonar este domicilio puesto que estamos realizando gestiones para ingresar a mi madre Doña Antonia en una residencia.

En su momento se le abonará el finiquito correspondiente".

CUARTO. En fecha 2 de octubre de 2014 la actora recibe en concepto de liquidación, saldo y finiquito la cantidad de 1.057 euros en el que se indica que con la percepción de esta cantidad, queda saldada y finiquitada su relación laboral con Antonia y con su representante en el contrato de trabajo Doña Raimunda con DNI n.º NUM000 y por satisfechas cuantas cantidades me correspondieran por liquidación, sin que tenga otra que reclamar renunciando expresamente a efectuar cualquier reclamación.

Obra en autos el finiquito en documento aparte y sin suscribir, que se da por reproducido y en el que se refleja:

Salario correspondiente al mes de septiembre de 2014: 654,30 euros

P.Pagas Extras: 102,50 euros

Dos días del mes de octubre de 2014: 50,20 euros

Gratificación por cese: 250 euros

TOTAL PAGADO: 1.057,00 euros

Obra en autos la grabación de la actora en el momento de suscripción del finiquito que se da por reproducida.

QUINTO. Doña Antonia ingresa en la Residencia Villodas el 20 de septiembre de 2014 teniendo como antecedentes Enfermedad de Alzheimer avanzada, ingreso por crisis comicial en el 2012, ingreso en medicina interna por Insuficiencia renal prerrenal 2012, e ingreso en medicina interna bronquitis 2013, donde aprecian una demencia muy evolucionada con completa dependencia postrada en cama. Mutista. En la primera exploración se

aprecia rotación externa y acortamiento de EID (antecedentes de una caída 15 días antes), es remitida al Hospital donde se confirma la existencia de una fractura de cadera y es intervenida. Se trata de una paciente desorientada en tiempo, espacio y persona, mutista, vida cama sillón, riesgo de atragantamiento, incontinente. Riesgo de escaras.

La demandada nacida en fecha 9 de octubre de 1923 es ingresada en el Hospital de Txagorritxu en fecha 23 de septiembre de 2014 por fractura de cadera derecha en el que se le diagnostica fractura pertrocantera fémur derecho y en fecha 23 de septiembre de 2014 se le realiza reducción y enclavado cefalomedular con clavo tipo Gamma corto de 125.º, tornillo cefálico 90 y distal estático de 35mm. Se comprueba reducción y estabilidad bajo fluoroscopia.

En la anotación de Consultas Externas del Centro San Martín de fecha 9 de febrero de 2015 se indica mujer de 91 años de edad, controlada hasta Julio de 2014 en esta consulta y en seguimiento en CCEE. Neurología por Demencia degenerativa primaria (DTA). GDS 7. Apenas emite alguna palabra, con parafasias, no obedece órdenes sencillas, tampoco por imitación. Dependiente para todas las ABVD. Incontinencia diurna/nocturna. Precisa de gran ayuda para movilización, con gran riesgo de caídas, necesitando dos o tres personas, para poder salir a la calle (vivienda con escaleras). Ante episodios de irritabilidad se trata con haloperidol gotas. Desde marzo de 2013 en tratamiento con LVZ 500mg/12 horas por crisis tónicas generalizadas.

Obra en autos informe de fecha 29 de septiembre de 2014 del Servicio de Traumatología del Hospital Txagorritxu y anotación de Consultas Externas del Centro San Martín de fecha 9 de febrero de 2015 que se dan por reproducidos.

SEXTO. Por solicitud de Doña Antonia en fecha 2 de septiembre de 2014 ante el IFBS para la revisión del reconocimiento de su situación de dependencia se resuelve reconocer la situación de dependencia con carácter definitivo en el grado 3 Gran dependencia con fecha efectos 13 de octubre de 2014 y con fecha 10 de noviembre de 2014 se resuelve conceder a Doña Antonia una ayuda económica de 400 euros mensuales para su ingreso en Residencia Villa Iruña a partir de la indicada fecha.

SÉPTIMO. Obran en autos los recibos salariales de la actora de los años 2012, 2013 y 2014 por importe de 748,20 euros y desde marzo de 2014 por importe de 753 euros y en agosto de 2014 (9 días) 330 euros.

OCTAVO. La actora no es, ni ha ostentado durante el año anterior a los hechos cargo de representación de los trabajadores.

NOVENO. Intentado acto de conciliación en la Delegación Territorial de Álava del Departamento de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno Vasco concluyo como terminado el acto sin avenencia."

Segundo.

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por Doña Celestina contra Antonia y Raimunda ; y, en consecuencia, absuelvo a las codemandadas de todas las pretensiones deducidas de contrario."

Tercero.

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por las demandadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La resolución judicial de instancia ha desestimado la pretensión de la trabajadora demandante que solicita la declaración de la existencia de un despido improcedente, con abono de la indemnización legal correspondiente, referente a su prestación de servicios especial como empleada de hogar (RD 1620/11) (cuidadora del hogar en su conjunto y en atención a miembro de familia), al haberse comunicado por carta de extinción fechada el 2 de septiembre y con efectos del 2-10-2014, que atiende a la denominada causa contractual prevista y referenciada en autos como enfermedad agravada o necesidad de asistencia de dos personas para el cuidado de la empleadora. Se ha discutido la antigüedad, puesto que la trabajadora, de nacionalidad paraguaya, ha petitionado la prestación de servicios desde el año 2009, en relación a documentales de vuelo, transferencias y otras testificales, que la Juzgadora de instancia delimita en el 1-1-2012 al no dar por probada ningún otro tipo de actividad, continuidad o vínculo laboral previo. Del mismo modo se ha discutido el concepto salarial, por cuanto la trabajadora venía percibiendo, no solo el salario mínimo interprofesional reconocido por la empleadora, sino unas sumas de retribución en especie que se dan por probadas según determinadas grabaciones sonoras existentes entre las contrapartes (1.100 euros mensuales incluida la prorrata de pagas extraordinarias). También se ha tratado el

concepto de finiquito y su carácter liberatorio al haber firmado la trabajadora la declaración de voluntad y de percepción económica, y finalmente, respecto del fondo del asunto, se ha analizado la documental contractual y las cláusulas o causas consignadas en la contratación, ante las alegaciones de abuso del derecho, nulidad o ilegalidad de tales cláusulas, todo ello bajo el parámetro de una enfermedad de alzheimer avanzada, con ingresos puntuales en demencia evolucionada y dependencia constatada, que supone un ingreso hospitalario el 23-9-14 con fractura de cadera derecha y además un ingreso residencial con comprobación, por parte de la Juzgadora, de la acreditación de concurrencia de tal enfermedad y la necesidad implícita de dos personas por el empeoramiento al menos de la enfermedad mental, teniendo en cuenta, además, la rotura de cadera, y concluyendo que se trata de una condición resolutoria futura incierta no contraria a las leyes, a la moral, ni al orden público, y no supone un abuso de derecho, atendiendo a la doctrina jurisprudencial, llegándose incluso a plantearse la vigencia del objeto de contrato de cuidado por cuanto la empleadora ha sido ingresada en una residencia (nadie habla de incapacidad del empresario).

Disconforme con tal resolución de instancia, la trabajadora plantea Recurso de Suplicación articulando dos motivos de revisión fáctica al amparo del párrafo b) del art. 193 de la LRJS al que se unen otros dos motivos jurídicos según el párrafo c) del mismo artículo y texto que pasamos a analizar.

Segundo.

Los motivos de revisión fáctica esgrimidos al amparo del artículo 193 b) de la LRJS exigen recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia con cierta naturaleza casacional que solo puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.

La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión de la trabajadora recurrente que induce inicialmente a la modificación fáctica del hecho probado 5 al objeto de incluir lo que denomina ser el contenido del informe de 29-9-14 del servicio de traumatología del Hospital, a criterio de la Sala no podrá tener éxito por cuanto, como bien reconoce el propio recurrente, dicho informe ya se da por reproducido en el hecho probado que se quiere modificar y tampoco se infiere del mismo, no ya solo la antigüedad que quiere mencionar la trabajadora, sino la evolución de la enfermedad, más allá de la imagen de empeoramiento.

Del mismo modo, debe denegarse la segunda revisión fáctica propuesta para añadir al hecho probado 4, unas constataciones que se infieren de las grabaciones sonoras referidas a la suscripción del finiquito, por cuanto nuevamente la recurrente entiende que tales transcripciones se han dado por reproducidas en el hecho probado 4 in fine, y de ellas ya se infiere el desglose de conceptos económicos salariales, pero de ninguna forma puede inferirse de tal manifestación de grabación sonora transcrita el desglose de los conceptos o el abono o impago de los mismos, al margen de la duda que supone entender que tales grabaciones constituyen una documental que pueda articular la Suplicación, a la vista de nuestra doctrina jurisprudencial, máxime cuando el art. 382 de la LEC ya avisa que las transcripciones en escrito no son documentales, a pesar de admitir su posible legalidad (Sentencia del TS Sala 1ª de 20-11-14, Recurso 678/14), puesto que se ha dado validez a las grabaciones subrepticias unilaterales (Sentencia del TSJ de Las Palmas de 21-12-98, AR 74/88 y Sentencia del TS de 1-3-96, AR 18/86, así como la Sentencia del TC AR 11/84), sin perjuicio de los aspectos deontológicos, matizando si las grabaciones son propias o de terceros, en la Sentencia del TSJPV de 4-7-06, Recurso 572/06).

Con todo, la Sentencia del TS de 16-6-2011, entiende que los medios mecánicos de reproducción de la palabra, imagen y sonido no tienen la consideración de prueba documental y no pueden fundamentar una revisión fáctica en vía de recurso.

Con ello damos contestación a las alegaciones vertidas en la impugnación por la empleadora, en tanto en cuanto entiende que las grabaciones expresadas y transcritas se corresponden a prueba ilegal e ineficaz, que todo hay que decirlo, no fue objeto de protesta o impugnación, atendiendo a los razonamientos de vulneración de derechos de intimidad (art. 18 de la Constitución) que ahora vierte en su escrito de impugnación complementario (art. 197 de la LRJS).

Y es que, en resumidas cuentas, esta Sala podrá admitir la validez de las grabaciones entre las partes concernientes, como bien refleja la doctrina constitucional, pero no advera las mismas como medio de prueba documental que advierta la exigencia de la posible revisión en Suplicación.

Por todo lo manifestado procede denegar la revisión fáctica propuesta.

Tercero.

En lo que se refiere a las revisiones jurídicas, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos la trabajadora recurrente denuncia en un doble motivo, por un lado la infracción de los arts. 6 y 11.1 del RD 1620/11 en relación al art. 49 y 55 - 56 del Estatuto de los Trabajadores, considerando que la contratación efectuada tenía un clausulado no válido, ilegal o nulo, por suponer un abuso de derecho manifiesto por el empleador en relación a la condición resolutoria discutida; para en un segundo motivo subsidiariamente entender que, por la misma infracción de los artículos, la carta o comunicación de la extinción hacía mención al ingreso en la residencia y negar de plano la existencia de agravación de la enfermedad, valoraremos, a la luz de los argumentos de instancia, las pautas, conexiones y clausulados que se mencionan para con la extinción validada por la instancia.

Y es que deviene evidente que en el ámbito de la relación de carácter especial del servicio de hogar familiar (art. 2.1 b) del Estatuto de los Trabajadores en relación al RD 1620/11), además de las causas de extinción del contrato aplicables como despido y desistimiento, existen otras formas de extinción entre las que debemos reseñar las causas consignadas en el contrato (al margen de la expiración del tiempo convenido, dimisión u otros e incluso incapacidad o jubilación del empresario...) Lo que conlleva a que en el análisis de esas otras causas de extinción, además de las propias de decisión empresarial de despido o desistimiento, podamos en el supuesto de autos hacer hincapié, al menos, a la discutida por las contrapartes referida a las causas consignadas válidamente en el contrato, con la salvedad de que las mismas constituyan un abuso de derecho manifiesto por parte del empleador (art. 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores en relación al art. 11 del RD 1620/11).

Y es que la posibilidad de que las partes pacten causas de resolución de contrato, distintas a las previstas en la Ley, es susceptible de aplicación a cualquier tipo de contrato, incluso los indefinidos o de duración determinada, que se corresponden con la evidencia de condición resolutoria que puede consistir en un suceso futuro incierto, o en un suceso pasado que los interesados ignoren (art. 114 del CC) siempre que no sea contraria a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255 del CC), ni que sea imposible su cumplimiento o suponga un abuso manifiesto de derecho por parte del empresario (Sentencia del TS de 23-2- 1990, Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 1-10-2002), donde resultarían abusivas las cláusulas que se apoyasen en circunstancias sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la influencia de la propia empresarial (Sentencia del TS de 4-12-07).

Es por ello que la cláusula resolutoria expresa y tajante, que refleja la contratación de las contrapartes en el caso de autos, comprendiendo no solo el fallecimiento de la empleadora sino su enfermedad con necesidad de dos personas o empeoramiento de su enfermedad mental de forma notoria, con la previsión de aviso de un mes de antelación, es la realidad y circunstancia que, una vez válidamente estipulada en el contrato, ha acontecido en el supuesto de autos, vista la actividad probatoria, el relato fáctico y jurídico de instancia, sin que esta Sala entienda que constituya un abuso de derecho manifiesto, por cuanto no va en contra de las notas características y circunstancias exigibles para esa condición resolutoria, máxime cuando la evolución de la enfermedad o la necesidad de un número determinado de personas para la asistencia y/o dependencia, no suponen circunstancias

de concurrencia en las que pueda influir única y exclusivamente la empleadora, sino que quedan al albur del futuro y/o la incertidumbre de la realidad humana constatada, y la salud-enfermedad en general.

No estamos ante causalidades o condiciones de imposible realización o de circunstancias excepcionales e imprevisibles, ni atienden a extinciones automáticas que supongan un voluntarismo empresarial o lo condicionen a su libre elección o discrecionalidad, sino que muy al contrario, como bien refleja la instancia, el empeoramiento de la enfermedad de manera notoria no queda bajo la influencia de la conducta de la empleadora, máxime cuando lo que ha existido es un ingreso en residencia que objetiva los cuidados y determina el empeoramiento ya plasmado documentalmente con el reconocimiento de la gran dependencia expuesta.

En resumidas cuentas, no entendemos que la condición resolutoria expuesta dependa de la voluntad del empleador, ni que suponga un abuso de derecho en la influencia de su conducta, provocando un desequilibrio a las contrapartes. Tampoco observamos una contradicción o incongruencia en la existencia de contratos temporales renovados y la existencia de una cláusula de condición resolutoria, por cuanto ambos pueden ser compatibles.

Finalmente debe salirse al paso de la última motivación subsidiaria que supedita su estudio a la validez de la cláusula ya declarada, como para entender que el cese por el cumplimiento de la condición resolutoria no había sido probado, por cuanto la comunicación se efectúa con la advertencia del estudio de ingreso y gestiones para la entrada en la residencia, y finalmente, pretendiendo negar la agravación de las enfermedades, que ya ha quedado desbaratado.

Y es que dichas manifestaciones o cuestionamientos que vienen recogidos por el estudio de una escala global de deterioros y demencias, que realiza el recurrente, no pueden ser tenidos en cuenta por esta Sala, a la vista de los informes médicos y de hospitalización, la nula actividad revisoria en dicha circunstancia, y las constataciones de la Juzgadora de instancia que demuestran, no solo el empeoramiento de la salud mental y su agravación, sino el ingreso en la residencia que lleva objetivada la precisión y ayuda de más personas, máxime cuando se habla de una fractura de cadera y una demencia con mutismo.

Por todo lo manifestado, procede ya la íntegra desestimación del Recurso de Suplicación de la trabajadora recurrente, sin que podamos hacer mayor advertencia a las alegaciones efectuadas en el escrito de impugnación, al que ya hemos dado contestación en referencia a la validez de las grabaciones sonoras, con independencia de su falta de valor como documento revisorio, y finalmente, la imposibilidad de rectificar cualquier tipo de conceptualización salarial o cómputo, como bien reconoce implícitamente el mismo impugnante.

Cuarto.

Como quiera que la trabajadora recurrente goza del beneficio de justicia gratuita, en atención al art. 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por Celestina contra la sentencia dictada en fecha 5-3-115 por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Vitoria en autos n.º 804/14 seguidos a instancia de la hoy recurrente frente a Antonia y Raimunda, confirmando la resolución recurrida.

Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, en el Recurso 1015/2015, en base a los arts. 206 y 260 L.O.P.J., apoyándose en los argumentos que paso a exponer:

Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aceptada por la Sala, de la que pese a sus razonados argumentos me separo, mostrando mi discrepancia a través de los presentes Fundamentos.

Primero.

Con carácter previo destacaré que no discrepo del tratamiento negativo que la resolución mayoritaria da a la pretendida modificación de los ordinales cuarto y quinto del relato fáctico y que toma como referencia el art. 193.b), de la LRJS a la hora de articular los dos primeros motivos de Suplicación, y aunque mi rechazo fuera por distinta causa en el segundo de los mencionados.

Misma suerte ha de correr la también propuesta que realiza la impugnante y sin entrar en sus deficiencias formales.

Segundo.

La parte actora sustenta el tercer motivo de Suplicación en el apartado c), del art. 193, de la LRJS . Alega que la sentencia objeto de recurso está interpretando erróneamente el art. 6, del Real Decreto (RD) 1620/2011, puesto en relación con el art. 11.1, del citado RD, y art. 49, del ET ; así como que no aplica lo dispuesto en el art. 55.4 y 56, del ET, y el art. 11.2, nuevamente de ese RD.

Como ahora desarrollaré su argumentación tendría que haber sido aceptada por la Sala.

Tercero.

Destacaré con esa finalidad y en primer lugar que ya solo de la mera lectura del tercer hecho probado tendría que haberse ratificado la existencia de un despido. Así, la carta que se cursa a la trabajadora el 2 de septiembre de 2012, dice textualmente que "¿queda despedida¿" y por si hubiera alguna duda de que esa era la decisión tomada y con carácter irrevocable, se le indica acto seguido que "¿tiene el plazo de un mes a partir de la fecha de la presente notificación para abandonar este domicilio¿". Sería pues un supuesto en principio incardinable en el art. 11.2, del RD, y sin perjuicio de si cumplía los requisitos formales y sustantivos para su convalidación, que desde luego, también aclaro, no es el caso.

Pero es que además y aunque sea a efectos meramente dialécticos por lo que luego expondré, tan siquiera el despido es coherente con la tesis empresarial y el contrato en su día suscrito ¿ "DURACION DEL CONTRATO"-. En tal sentido no se contempla como causa de cese las meras gestiones o hipótesis de cambio de la situación y como tal ha de calificarse el que "¿estamos realizando gestiones para ingresar¿", por tanto, sin que tenga lugar el evento generador de esta decisión extintiva. Así, lo exigiría un mínimo de seguridad jurídica ¿ art. 9.3, de la Constitución -.

Cuarto.

Con todo, mi principal discrepancia va dirigida contra una afirmación contenida en el tercer fundamento de derecho de la sentencia de esta Sala y por ende con las consecuencias que a su vez se deducen. Me refiero a cuando textualmente se afirma:

"¿Y es que la posibilidad de que las partes pacten causas de resolución de contrato, distintas a las previstas en la Ley, es susceptible de aplicación a cualquier tipo de contrato, incluso los indefinidos o de duración determinada, que se corresponden con la evidencia de condición resolutoria que puede consistir en un suceso futuro incierto, o en un suceso pasado que los interesados ignoren (art. 114 del CC) siempre que no sea contraria a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255 del CC), ni que sea imposible su cumplimiento o suponga un abuso manifiesto de derecho por parte del empresario¿"

Mi oposición gira sobre varios argumentos. A saber:

-Pese a que creí superadas aquellas tesis civilistas que pretendían trasladar de manera automática y sin más precisiones al campo laboral/social, la teoría de las obligaciones y contratos incluida en el Código Civil, creo asistir a un renacer de las mismas en la presente resolución y visto lo que acabo de transcribir. Incluso estimo que se obvia que la Constitución mediante sus arts. 1 y 9.2, y por tanto el Tribunal Constitucional, ratifican que las partes suscriptoras del contrato de trabajo no actúan en un plano de igualdad, sino que existe un previo desequilibrio a favor del empleador que las leyes laborales han pretendido atenuar, al menos parcialmente ¿ Tco 20/1984 -; de ahí que normativamente se reconozca un mínimo de desigualdad en beneficio de la trabajadora ¿Tco 3/1983 y 20/1994, entre otras-.

-La extinción del contrato se regula con carácter general en el art. 49.1, del ET . Me detendré en el apartado b) y en el que la tesis mayoritaria parece descansar su argumentación. Lo primero que indicaré es que este precepto ha de interpretarse con cautela y restrictivamente ¿TS 3-2-2010-, visto lo reseñado en el párrafo que precede y de lo que también sería un buen ejemplo el art. 3.5, del ET . Desde esa perspectiva tiene cierta lógica su aplicabilidad a contratos que para su efectivo ejercicio dependan de la obtención de una específica titulación profesional o académica ¿TS 5-12-1985-, o de un permiso o habilitación administrativa, o incluso de la obtención de un determinado rendimiento que pueda calificarse de ordinario ¿ TS 23-12-1990, citada por la sentencia, y 20-10-1986, añadido-. No obstante, algunos de esos supuestos, sobre todo en los casos de ser una situación

sobrevenida, podrían contemplarse de una manera más adecuada en el ámbito del despido objetivo ¿ art. 52.a), del ET -.

Pero no es aplicable en otros supuestos, como aquí acontece, y menos en los términos que figura en el contrato sujeto a debate.

-Enlazando con lo anterior, destacaré que la relación laboral de empleada de hogar está sujeta a un marco aun más específico que el general ¿ art. 49.1, del ET -. De ahí que cualquier excepción deba ser interpretada aun mas restrictivamente que lo a su vez señalado en el apartado que precede.

En ese orden de cosas, el art. 11, prevé una causa extintiva que no refleja el mentado art. 49, cual es el desistimiento del empleador ¿ num. 3 y 4- Y cuya amplitud decisoria es total para el mencionado, de tal manera que basta con cumplir una serie de formalidades para su convalidación.

Otra especialidad es que se excluye expresamente la aplicabilidad a una empleada de hogar de los supuestos a que hacen referencia las letras h), i) y l), del num.1, del mencionado art. 49.

Incluso el despido disciplinario ve reducida y limitada la indemnización a percibir por el trabajador en caso de improcedencia ¿ art. 11.2, del RD-; respecto a la que se fija para aquellos trabajadores cuya relación laboral es calificable de ordinaria ¿ art. 56.1, del ET -.

-Volviendo al supuesto que me ocupa, podría especularse con que a la actora se le hubiera exigido contractual y previamente una determinada habilitación o titulación profesional relacionada con el cuidado de ancianos. Pero no es el caso.

Lo que desde luego carece de amparo legal es novar causas extintivas con aplicabilidad automática y sin derecho a indemnización, de una manera tan peculiar como las consignadas en el contrato de trabajo, y por mucho que se haga depender de una condición resolutoria, pues no porque así figure ha de convalidarse judicialmente. Así y por ser cercano al tema que ahora me ocupa, podría haberse incluido como tal, la enfermedad de la trabajadora ya que con su ausencia no podría cuidar de D^a Antonia .

Pero en cualquier caso serían abusivas. A tal efecto y sin querer entrar a desmenuzarlas en profundidad, destacaré que es curioso que de necesitarse dos personas para el cuidado de la mencionada, se pueda cesar válidamente a la actora, sin indemnización alguna, y se contrate a dos nuevas para a hacer unas tareas similares, en lugar de solo otra. O si su "enfermedad mental empeore de forma notoria ", sin ningún dato más que permita evaluar esa afirmación, ni las consecuencias prácticas en el mantenimiento del contrato, de tal manera que se deja esa calificación a la voluntad exclusiva de la empleadora, y, sobre todo, sin relación con las causas extintivas admitidas en derecho. No se me escapa en este punto que podría especularse con la aplicabilidad del art. 49.1.g), de la LRJS, pero la empresa no lo invoca, tampoco lo hace la sentencia mayoritaria, de ahí que rechace ese análisis.

Quinto.

Aun cuando pudiera tratarse de un desistimiento, el incumplimiento de lo establecido en el art. 11.4, del RD, conlleva que se configure como un despido, con las consecuencias indemnizatorias establecidas ¿art. 11.2-. No obstante, como ninguno de los litigantes ha puesto en tela de juicio la validez del contrato, la última de las prórrogas suscritas, vencería el pasado 3 de marzo de 2015; visto lo cual a esa fecha se calculará la indemnización, y teniendo en cuenta que tampoco es posible la readmisión por haberse extinguido el contrato a la fecha que se dicta la presente resolución

Sexto.

Por tanto, la parte dispositiva de la sentencia debería haber quedado redactada de la siguiente manera:

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación formulado por D^a. Celestina, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Dos de los de Vitoria- Gasteiz, de 5 de marzo de 2015, dictada en el procedimiento 804/2014; por lo cual, revocamos también la misma y declaramos la improcedencia del despido sufrido por la actora con efectos del 2 de octubre de 2014; y, en consecuencia, condenamos a la empresa D^a Antonia, a que le abone una indemnización que asciende a 1.743,12 euros, por el despido sufrido. Sin costas.

PUBLICACIÓN- Leído y publicado fue el anterior VOTO PARTICULAR del Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe
ADVERTENCIAS LEGALES-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1015-15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1015-15.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

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.