

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
Sentencia 333/2017, de 22 de mayo de 2017
Sala de lo Social
Rec. n.º 757/2016

SUMARIO:

Despido. Reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 12 años. Nulidad objetiva. Ante la disyuntiva de la trabajadora de reducir su jornada o bien llevar a cabo, de forma convenida con la empresa, un acuerdo de jornada flexible, optó la trabajadora paccionadamente por llevar a cabo una jornada completa pero desempeñando una hora diaria, de lunes a viernes, desde su domicilio como trabajadora a distancia. Ante el posterior despido entiende la Sala que no cabe realizar una interpretación finalista de los preceptos implicados en la nulidad objetiva, de tal forma que no se aplican al supuesto de autos de forma analógica los casos tasados de los artículos 108.2 de la LRJS y 55.5 del ET, como si de una reducción de jornada por guarda legal se tratara, por más que el objetivo perseguido por la trabajadora fuera el mismo. No procede, por tanto, el reconocimiento de la nulidad objetiva del despido y sí, por el contrario, la improcedencia del mismo, dado que los motivos alegados por la empresa carecían de entidad suficiente para justificar la procedencia. Por otro lado, tampoco quedó acreditada una vulneración de derechos fundamentales, al no haberse aportado por la trabajadora, al menos, indicios de su existencia que, conforme a la regla general, habrían supuesto la inversión de la carga de la prueba y la necesidad del empleador de probar la concurrencia de un motivo objetivo y razonable del despido efectuado.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 14.
RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 37.5 y 55.5.
Ley 36/2011 (LRJS), art. 108.2.

PONENTE:

Don José Ignacio De Oro-Pulido Sanz.

Magistrados:

Don JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO
Doña MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON
Don JOSE IGNACIO DE ORO-PULIDO SANZ

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección n.º 03 de lo Social
Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27, Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34016050

NIG: 28.079.00.4-2016/0023892

Procedimiento Recurso de Suplicación 757/2016

ORIGEN:

Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid Despidos / Ceses en general 557/2016

Materia: Despido

Sentencia número: 333/2017-C

Ilmos. Sres

D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid a veintidos de mayo de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 757/2016, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MANUEL DE OÑA ESCAMEZ en nombre y representación de SERVICIOS DE MANTENIMIENTOS INTEGRALES ALGA SL, contra la sentencia de fecha 12/07/2016 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 557/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Bárbara frente a SERVICIOS DE MANTENIMIENTOS INTEGRALES ALGA SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

Segundo.

En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO- D^a Bárbara ha prestado servicios para SERVICIOS DE MANTENIMIENTOS INTEGRALES ALGA SL desde el 22-1-2014 a jornada completa con categoría de ingeniera industrial y salario de 37.000 euros anuales.

SEGUNDO. El 1-9-2015 remite al empresario carta con el siguiente contenido:

"Según conversación mantenida con la dirección de la empresa, les remito la presente para comunicarles mi necesidad de proceder a la reducción de la jornada de trabajo por guarda y custodia de hijo menor de doce años al amparo del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo que en virtud del contrato de trabajo suscrito por ambas partes de carácter indefinido y a jornada completa, a fin de dar los cuidados que precisa el menor, les comunico mi voluntad de proceder:

A la reducción de la jornada laboral, con efectos desde 1 de Octubre de 2015, siendo la nueva jornada de trabajo de 8:00 h a 15:00 h, siete (7) horas diarias de Lunes a Viernes y un cómputo semanal de 35 horas a la semana, con reducción proporcional de salario.

O bien, si por necesidades de la empresa, fuera necesaria mi jornada completa estaría dispuesta a la flexibilización de la misma, con efectos desde 1 de Octubre de 2015; siendo la nueva jornada de trabajo flexible a convenir según las partes teniendo horario de mañana, haciendo un total de 8h diarias de Lunes a Viernes ya sea en mi puesto de trabajo o desde mi domicilio y un cómputo semanal de 40 h sin reducción de salario"

TERCERO. El 15-9-2015 se le contesta lo siguiente:

"Tras la conversación mantenida entre usted y la dirección de esta empresa, relativa a la posibilidad de reducir o flexibilizar su jornada de trabajo, le comunicamos que por nuestra parte no existe inconveniente en acceder a cualquiera de las dos opciones.

Atendiendo a las funciones que usted realiza en esta empresa consideramos perfectamente viable la posibilidad de realizar una jornada flexible, pudiendo redundar en un beneficio mutuo, pues la productividad se mantendría intacta al realizar las mismas horas y además aumentaría su satisfacción laboral al poder ajustar el horario a sus necesidades personales, manteniendo además de este modo, sus condiciones económicas.

Por lo expuesto anteriormente le transmitimos nuestra conformidad con su solicitud, quedando por tanto a la espera de que nos confirme la opción que considere."

CUARTO. Finalmente la demandante indica el 21-9-2015:

"Previa conversación con la dirección de la empresa y en contestación a su escrito de fecha 15 de Septiembre de 2015 procedo a comunicarles la opción considerada; no sin antes mostrarles mi agradecimiento por el citado escrito.

Con el fin de colaborar con la productividad de la empresa procederé a realizar mis servicios en jornada completa, mediante flexibilización de jornada laboral.

Con efectos desde el día 1 de Octubre de 2015 dicha jornada, será presencial de lunes a viernes de 08:00 a 15:00 haciendo un total de 7 horas diarias. El tiempo diario restante para cumplimentar el total de las horas según contrato laboral procederé a realizarlas de manera no presencial de lunes a viernes en el transcurso del mismo día hábil desde el ordenador portátil facilitado para la realización de mi trabajo, siempre y cuando no exista inconveniente por su parte."

QUINTO. El 15-4-2016 ha sido despedida conforme carta cuyo contenido se da por reproducido.

SEXTO. Consta celebrado acto de conciliación ante el SMAC."

Tercero.

En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimo parcialmente la demanda formulada por D^a Bárbara, declaro la nulidad del despido acordado por la mercantil SERVICIOS DE MANTENIMIENTOS INTEGRALES ALGA SL el 15-4-2016 y la condeno a readmitir a la demandante en su puesto de trabajo y demás condiciones con abono de los salarios de tramitación devengados desde el despido hasta que la readmisión tenga lugar."

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte SERVICIOS DE MANTENIMIENTOS INTEGRALES ALGA SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 08/11/2016, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

Sexto.

Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 4 de abril de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Único.**

Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda formulada por la parte actora contra la empresa SERVICIOS DE MANTENIMIENTOS INTEGRALES ALGA SL que declaró la nulidad del despido efectuado el 15 de abril de 2016, se interpone el presente recurso de suplicación por la empresa, que se articula en dos motivos, formulados ambos al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

El primero de ellos denuncia la infracción del párrafo segundo del artículo 108.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con los artículos 37.5 y 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.

El segundo motivo, complementario del anterior y que por ello se examinará conjuntamente con aquel, denuncia la infracción del artículo 117 de la Constitución Española, en relación con los artículos 1282 y siguientes del Código Civil, el artículo 3 de ese mismo texto legal y el artículo 24 de la Constitución Española y doctrina jurisprudencial que cita al desarrollar el motivo.

Sostiene en síntesis la recurrente que en el supuesto de autos no puede declararse la nulidad del despido de que fue objeto la trabajadora por el hecho de que aquella hubiese acordado con la empresa mantener la jornada completa si bien flexibilizando la misma desde el 1 de octubre de 2015, siendo la nueva jornada de trabajo flexible a convenir según las partes teniendo horario de mañana, haciendo un total de 8h diarias de Lunes a Viernes ya sea en el puesto de trabajo o desde el domicilio y un cómputo semanal de 40 h sin reducción de salario, en lugar de haber solicitado la reducción de la jornada de trabajo por guarda y custodia de hijo menor de doce años a la que tenía derecho, por no tratarse de un supuesto en el que esté previsto legalmente la declaración de nulidad.

El artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone que: "Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

El progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo, se podrán

establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

Las reducciones de jornada contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa."

Por su parte el artículo 108.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social dispone que: Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El 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.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el 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 el 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.

c) El 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 anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados."

La sentencia de instancia en su fundamento jurídico tercero descarta que exista la vulneración de los derechos fundamentales de la actora porque haya existido una conducta discriminatoria porque no se han aportado "...indicios de que así hubiera ocurrido..." y sin embargo declara el despido nulo por "... la concurrencia al momento del despido de una singular situación en tanto que la actora venía disfrutando, conforme convino con el empresario de un horario flexible que sin restar tiempo a la jornada semanal completa de 40 horas, permitiera que parte de esas horas se prestaran a voluntad de la demandante desde su domicilio como trabajo a distancia..."

Esta Sala está de acuerdo con la manifestación que realiza el juez de instancia recoge en su fundamento quinto conforme la nulidad interesada no encaja formalmente en las previsiones del artículo 108.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pero en cambio no comparte que una interpretación finalista de esta norma permita aplicarlo al supuesto de autos y ello, porque en el artículo 108 distingue el despido nulo en el que se ha producido una situación de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador en los que conforme a la regla general, la nulidad puede ser combatida por el empleador y obtener una declaración de improcedencia, mediante la alegación de la existencia de un y motivo objetivo y razonable de despido, ajeno por completo a todo móvil discriminatorio, con tal de que aporte un principio de prueba que el juzgador estime adecuado para desvirtuar el indicio de discriminación, aunque carezca de entidad suficiente para confirmar la procedencia del despido y los despidos contemplados en las letras a), b) y c) del apartado 2 ya reseñado y artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en los que la situación de situación de embarazo o maternidad y paternidad juega como elemento objetivo determina la calificación del despido como nulo, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o maternidad, de modo que no es posible la declaración de improcedencia por la alegación de motivos objetivos y razonables no suficientemente probados, por lo que entendemos que no es posible hacer una aplicación analógica del precepto que establece unos supuestos tasados legalmente y aplicarlo también a otros supuestos en los que el

legislador ha previsto la posibilidad de que a través de la negociación colectiva o de acuerdos individuales de la empresa y el trabajadores se facilite o favorezca la conciliación de la vida familiar alcanzando acuerdos por los que se convenga una reordenación del tiempo de trabajo que no conlleve la reducción horaria, que es lo que ha sucedido en el supuesto de autos en el que la empresa y trabajadora suscribieron un acuerdo que entendían que favorecía a ambas partes y por el cual en lugar de reducir la jornada, a lo que tenía derecho la actora, decidieron flexibilizar su jornada de trabajo, por lo que entendemos que debe prosperar el recurso y declarar la improcedencia del despido en vez de su nulidad, atendiendo a que no se ha impugnado por la actora el pronunciamiento de instancia conforme no existe la vulneración de los derechos fundamentales de la actora por existir una conducta discriminatoria al no haberse aportado indicios de que así hubiera ocurrido.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por SERVICIOS DE MANTENIMIENTOS INTEGRALES ALGA SL, contra la sentencia de 12 de julio de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de los de Madrid de, en autos número 557/2016, seguidos a instancia de doña Bárbara contra la recurrente, en materia de despido y, en su consecuencia, revocamos en parte aquélla, y con estimación en parte de la demanda declaramos que el cese del demandante constituye un despido improcedente y condenamos a la demandada a estar y pasar por la precedente declaración, pudiendo optar, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución, mediante escrito o comparecencia, entre readmitir a la demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle en la cantidad de 7.525, 98 euros.

En el caso de que la empresa opte por la readmisión del actor se condena a la empresa a abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente sentencia, a razón del salario diario indicado de 101, 36 euros diarios. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente n.º 2828-0000-00-0757-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0757-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.