

**SUMARIO:**

**Despido disciplinario. Imprudencia. Cálculo de la indemnización. Excedencia voluntaria y excedencia por cuidado de hijo. Antigüedad.** *Trabajador que solicitó excedencia voluntaria por un período de seis meses, advirtiendo que tras los cuales solicitaría su ingreso, como así hizo. Denegación de reingreso por inexistencia de vacante. Solicitud de excedencia por cuidado de hijo estando vigente la excedencia voluntaria ordinaria, no obteniendo respuesta por parte de la empresa. Reingreso posterior. Pretensión de que el cálculo de la indemnización tenga en cuenta como antigüedad el período de excedencia por cuidado de menor. Una de las diferencias entre ambos tipos de excedencia es que en la que tiene por causa el cuidado de un hijo y mientras dure la misma dicho periodo es computable a efectos de antigüedad en la prestación de servicios, lo que no ocurre en la excedencia voluntaria ordinaria. Ahora bien, el hecho de que el trabajador se encuentre en situación de excedencia voluntaria por interés particular no ha de ser impedimento para que, vigente dicha situación, pueda solicitar una excedencia distinta por cuidado de un hijo menor de edad, pues es un derecho que el artículo 46.3 del ET le reconoce para atender al cuidado de un hijo menor a fin de conciliar su vida personal y familiar, el cual no puede ser desconocido por el empresario, teniendo en cuenta que la relación laboral estaba vigente, aunque suspendida por la anterior excedencia voluntaria que se le había reconocido, por lo que dicho periodo que el actor había solicitado desde el 1.9.2016 al 8.1.2017, debe computarse para fijar la indemnización que le corresponde al trabajador.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg 2/2015 (TRET), arts. 46.2 y .3 y 56.1.

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 34 - 4 - 2021 - 0001849

CR

Recurso de Suplicación: 1672/2021

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. EMILIO GARCIA OLLÉS

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 6 de julio de 2021

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A** núm. 3573/2021

En el recurso de suplicación interpuesto por Adriano y SOPRA STERIA ESPAÑA, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 9 Barcelona de fecha 21 de octubre de 2019 dictada en el procedimiento Demandas nº 405/2019

y siendo recurrido/a FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Ignacio María Palos Peñarroya.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Con fecha 15 de mayo de 2019 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 21 de octubre de 2019 que contenía el siguiente Fallo:

"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por DON Adriano frente a la empresa DIRECCION000., y frente al FOGASA y en consecuencia, DEBO DECLARAR Y DECLARO la improcedencia del despido del demandante, condenando a la entidad mercantil demandada a que en un plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre readmitir a la actora en el mismo puesto, condiciones y efectos, con abono en este caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la Sentencia o a indemnizar a la actora en la suma de diecisiete mil ochocientos setenta y seis euros ( 17.876 euros)

Así mismo DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al FOGASA de toda pretensión formulada contra ella, sin perjuicio de la responsabilidad legal y subsidiaria ex artículo 33 del ET. "

#### **Segundo.**

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" PRIMERO.- DON Adriano, mayor de edad, con DNI NUM000 afiliado al régimen general de la Seguridad Social bajo el número NUM001 viene prestando servicios por cuenta de la demandada la entidad mercantil DIRECCION000. con antigüedad de 10 de enero de 2012, con la categoría profesional de analista programador, mediante contrato indefinido a jornada completa, percibiendo un salario bruto diario de 87,20 euros, con inclusión de prorrateo de pagas extras (documental demandante documentos 1 a 12 de suramo de prueba).

SEGUNDO.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Empresas de consultoría y estudios mercado y de la opinión pública (Hecho no controvertido).

TERCERO.- En fecha de 10 de febrero de 2016, el trabajador actor solicitó a la empresa demandada, excedencia voluntaria al amparo del artículo 46.2 del ET y 33 del Convenio Colectivo aplicable por una duración de seis meses y cuatro días a partir del día 26 de febrero de 2016 hasta la fecha de 1 de septiembre de 2016, en que solicitaría el reingreso en la empresa en la categoría profesional de analista programador o categoría similar dentro del grupo profesional (Documento número 13 ramo de prueba del demandante). La empresa demandada remitió comunicación en fecha de 26 de febrero de 2016, accediendo a la solicitud de excedencia voluntaria solicitada por el trabajador demandante (documento número 14 ramo de prueba del demandante).

CUARTO.- En fecha de 1 de agosto de 2016, el trabajador actor solicitó el reingreso en la empresa demandada desde el 1 de septiembre de 2016. Siendo la misma denegada por la empresa al no existir vacante coincidente con su perfil profesional mediante carta de fecha de 4 de agosto de 2016. El trabajador demandante, en situación de excedencia voluntaria presentó escrito, solicitó en fecha de 1 de septiembre de 2016 excedencia por cuidado de menor, dado el nacimiento de su hija en fecha de NUM002 2016 desde el 1 de septiembre de 2016 hasta el día 8 de enero de 2017 incorporándose en fecha de 9 de enero de 2017, no obteniendo respuesta de la empresa demandada (Documentos 15 a 17 ramo de prueba del demandante, documentos 7 a 13 ramo de prueba del demandante).

QUINTO.- En fecha de 25 de marzo de 2019, la empresa demandada entrega al actor carta de despido disciplinario con fecha de efectos desde ese día, con el siguiente tenor literal: Lamentamos comunicarle que la empresa ha tomado la decisión de extinguir su contrato de trabajo por medio de despido disciplinario con fecha y efectos a contar desde hoy, día 25 de marzo de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.1 C del Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, y artículos 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores, como consecuencia de los hechos que a continuación se detallan: A este respecto hay que expresar que, en la ejecución de sus tareas en proyectos de la División de Cataluña en su delegación de Barcelona, ha mostrado usted un continuo bajo rendimiento e implicación en su desempeño, todo ello en comparación con lo prestado por sus compañeros de misma categoría profesional y condición. La productividad no es la esperada para su perfil y en las tareas que se le han encomendado, de perfiles inferiores, tampoco ha destacado en programación, ni en calidad ni en cumplimiento de entregas. Lamentablemente sus aptitudes no son compatibles con las necesidades de los proyectos actuales. En ningún de los proyectos ha conseguido integrarse debido a su baja capacitación y rendimiento. Usted prestar servicios con categoría SB2 y no reúne las capacidades

mínimas requeridas para su perfil y no participa de forma autónoma en las fases de proyecto. Ha estado en varios proyectos tanto de Administraciones Públicas como de Utilities pero en ambos se dedicó a finalizar su colaboración por no cumplir con las funciones que requería el puesto. En colaboración prestada para el equipo de desarrollo Midellware DE 1 de marzo al 30 de agosto de 2018 y de octubre de 2018 a diciembre de 2018, su rendimiento ha estado por debajo de los objetivos mínimos esperados, requiriendo soporte constante de colaboradores con menor experiencia durante toda la colaboración. Este hecho se le comunicó en diferentes ocasiones sin apreciarse una mejora. Usted no ha cumplido ni consolidado tareas y misiones definidas para alguien de su categoría/perfil: Falta de autonomía. Requiere supervisión constante por parte de su jefe de proyecto. No ha alcanzado el nivel suficiente para diseñar, realizar pruebas de programas y/o parametrizaciones complejas. No asume papel de soporte técnico de equipo. No sabe transferir conocimientos. Así mismo, se han llevado a cabo diferentes acciones para mejorar su rendimiento tales como: acompañamiento por parte de responsables del servicio en la primera etapa de Marzo de 18 mediante shadowing y soporte teórico de las actividades mínimas requeridas y acompañamiento por parte del responsable del servicio realizando una segunda vez la formación básica en su segunda etapa Octubre 18. A pesar de estas acciones, no se ha visto evaluación alguna en su desempeño. Durante todo el tiempo que ha estado en los proyectos designados, sus responsables han realizado varias acciones como las ya comentadas para acompañar y mejorar su rendimiento, y desgraciadamente no ha mostrado resultados satisfactorios. Todos estos hechos continuados, reiterados y persistentes son constitutivos a juicio de esta empresa de los incumplimientos contractuales definidos en el artículo 24.1 C del mencionado Convenio Colectivo y artículo 54.e del Estatuto de los Trabajadores que representa una falta muy grave de las obligaciones laborales básicas pactadas en su contrato de trabajo, como objeto específico del mismo, y una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo pactado. Asimismo, la empresa le comunica que pone a su disposición, en 48 horas, mediante transferencia bancaria donde usted venía percibiendo sus haberes, el importe correspondiente a la liquidación - finiquito que le corresponde por el tiempo de trabajo efectivo. Por todo ello, y por medio de la presente carta, con la fecha y efectos especificados en la misma procedemos a la extinción de su contrato de trabajo."(Documento número 1 ramo de prueba del demandante, documento número 1 ramo de prueba del demandado).

SEXTO.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado cargo sindical o representativo alguno.

SÉPTIMO.- En fecha de 15 de mayo de 2019 se interpuso demanda ante este órgano jurisdiccional.

OCTAVO.- Con fecha 29 de abril de 2019 se celebró acto de conciliación ante el Departament d'Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya, que concluyó sin avenencia. "

### **Tercero.**

En fecha 19 de noviembre de 2019, se dictó auto de aclaración de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" HA LUGAR a la corrección- aclaración contenida en la Sentencia de 21 de octubre de 2019, en el sentido de:

1) En el encabezamiento de la misma al referirse a las partes, al figurar DON Cecilio, frente a la entidad mercantil DIRECCION000., y frente al FONDO DE GARANTÍ SALARIAL (en adelante FOGASA), cuando las partes correctas son DON Adriano frente a la empresa DIRECCION000., y frente al FOGASA.

2) En cuanto al importe de la indemnización por despido improcedente, en el fundamento de derecho cuarto último párrafo como en la parte dispositiva, siendo la cifra de 20.317,60 euros. Dicha cantidad es resultante de sumar el periodo trabajado de 10 de enero de 2012 a 31 de agosto de 2016 por 13.843 euros y el periodo de 9 de enero de 2017 a la fecha de despido 25 de marzo de 2019 por la cifra de 6.474,60 euros, todo ello, partiendo de los parámetros de antigüedad, periodo de prestación de servicios y salario fijados en la Sentencia en su día dictada.

Quedando inalterada la Sentencia referida en todos sus términos salvo lo dispuesto para la parte dispositiva."

### **Cuarto.**

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora y demandada DIRECCION000., que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado, impugnaron la parte actora y la parte demandada DIRECCION000., elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

Recurren en suplicación ambas partes litigantes la sentencia que estimó la demanda interpuesta por D. Adriano contra la empresa DIRECCION000 y declaró la improcedencia de su despido, con las consecuencias que figuran en su parte dispositiva, aclarada por posterior auto de 19.11.2019.

El recurso de la empresa consta de un primer motivo en el que, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicita la revisión del hecho probado cuarto para que se añada al mismo el siguiente párrafo: "La incorporación del trabajador a la empresa, tras sucesivas prórrogas solicitadas por este, tuvo lugar efectivamente en fecha 2 de octubre de 2017, pretensión que ha de ser aceptada, pues así se reconoce expresamente en la demanda y no es objeto de controversia, desprendiéndose igualmente de los documentos que se citan, nóminas aportadas e informe de vida laboral.

### **Segundo.**

En un segundo motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la empresa la infracción del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 46, apartados 2 y 3, del mismo texto legal por entender que la indemnización que le corresponde al actor a resultas de su despido declarado improcedente ha de ser de 16.720'60 euros ya que para su cálculo debe excluirse el tiempo en que el actor estuvo en excedencia voluntaria, del 26.2.2016 al 2.10.2017.

Por su parte el actor, D. Adriano, formula un único motivo, con amparo en el mismo apartado, en el que denuncia la vulneración del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, alegando que la indemnización derivada de la declaración de improcedencia de su despido debe calcularse teniendo en cuenta como antigüedad el periodo de excedencia por cuidado de un menor que realizó entre el 1.9.2016 al 8.1.2017 a añadir a la indemnización calculada de 20.317'60 euros que fija el auto de 19.11.2019, aclaratorio de la sentencia de 21.10.2017.

Según el artículo 56.1 del ET "cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo".

A su vez la disposición transitoria 11ª del ET establece: "la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso".

La discrepancia entre las partes versa sobre la misma cuestión: el importe de la indemnización que corresponde al actor como consecuencia de su despido declarado improcedente, pues mientras la empresa entiende que todo el periodo en que el trabajador permaneció en situación de excedencia no puede tenerse en cuenta por no haber prestado servicios, este considera que debe tomarse en consideración el periodo comprendido entre el 1.9.2016 y el 8.1.2017 por encontrarse en situación de excedencia por cuidado de un hijo menor.

En relación a la excedencia voluntaria el artículo 46.5 establece que el trabajador en dicha situación conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa. Por su parte en relación a la excedencia por cuidado de un hijo el apartado 3 del mismo precepto señala que el periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad.

Por consiguiente una de las diferencias entre ambos tipos de excedencia es que en la que tiene por causa el cuidado de un hijo y mientras dure la misma dicho periodo es computable a efectos de antigüedad en la prestación de servicios, lo que no ocurre en la excedencia voluntaria ordinaria, lo que no es controvertido por las partes.

Según los hechos probados de la sentencia el actor venía prestando servicios para la empresa demandada desde el 10.1.2012 con la categoría profesional de analista programador y un salario bruto diario de 87'20 euros, con inclusión de prorrata de pagas extras. El 10.2.2016 solicitó una excedencia voluntaria con una duración de 6 meses y 4 días hasta el 1.9.2016, que le fue concedida por la empresa. El 1.8.2016 solicitó el reingreso a partir del 1.9.2016, que le fue denegado por no existir vacantes. El 1.9.2016 solicitó excedencia por cuidado de un menor desde el 1.9.2016 al 8.1.2017 para reincorporarse al día siguiente, por haber nacido su hija el NUM002.2016, no obteniendo respuesta de la empresa. Su reincorporación se produjo el 2.10.2017, siendo despedido el 25.3.2019.

La sentencia de instancia ha excluido en el cálculo de la indemnización por despido improcedente el periodo en que permaneció en situación de excedencia voluntaria entre el 1.9.2016 al 8.1.2017 - en realidad hasta el 2.10.2017 en que se reincorporó a la empresa- por lo que no estaríamos ante un supuesto de excedencia por

cuidado de un hijo menor con reserva de puesto de trabajo, que sí habilitaría la reincorporación a simple demanda del trabajador, sino ante una situación de excedencia voluntaria que debe excluir del importe de la indemnización por despido el tiempo en que la relación laboral estuvo interrumpida.

Ahora bien, el hecho de que el trabajador se encuentre en situación de excedencia voluntaria por interés particular no ha de ser impedimento para que, vigente dicha situación, pueda solicitar una excedencia distinta por cuidado de un hijo menor de edad, pues es un derecho que el artículo 46.3 del ET le reconoce para atender al cuidado de un hijo menor a fin de conciliar su vida personal y familiar, el cual no puede ser desconocido por el empresario, teniendo en cuenta que la relación laboral estaba vigente, aunque suspendida por la anterior excedencia voluntaria que se le había reconocido, por lo que dicho periodo que el actor había solicitado desde el 1.9.2016 al 8.1.2017, debe computarse para fijar la indemnización que le corresponde al trabajador.

Por ello el periodo a tener en cuenta para dicho cálculo es el siguiente: de 10.1.2012 al 26.2.2016, del 1.9.2016 a 8.1.2017, y de 2.10.2017 al 25.3.2019, fecha de su despido, lo que a razón de un salario día 87'20 euros, da como resultado 17.919 euros. siendo por lo demás incorrecta la cantidad de 20.317'60 euros que se fija en el auto de aclaración de sentencia de 19.11.2019 al partir del dato erróneo de que la reincorporación del trabajador se produjo el 9.1.2017, cuando en realidad tuvo lugar el 2.10.2017.

En los términos expuestos ambos recursos deben ser parcialmente estimados.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Estimar en parte los recursos de suplicación interpuestos por D. Adriano y la empresa DIRECCION000 contra la sentencia de 21 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Barcelona en los autos nº 405/2019, aclarada por auto de 19 de noviembre de 2019, revocando dicho auto en cuanto a la indemnización que establece de 20.317'60 euros y parcialmente la sentencia en el sentido de fijar como importe de la indemnización a la que tiene derecho el actor la cantidad de 17.919 euros, confirmando el resto de sus pronunciamientos. Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir y a la devolución parcial de la consignación en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF

o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que 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.