



Roj: **STS 1756/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1756**

Id Cendoj: **28079140012017100304**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/04/2017**

Nº de Recurso: **2771/2015**

Nº de Resolución: **321/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JORDI AGUSTI JULIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 16388/2014,**
STS 1756/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Ignacio Marín de la Bárcena Garcimartín, en nombre y representación de D^a Valle , contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28 de noviembre de 2014 dictada en el recurso de suplicación nº 591/2014 , interpuesto por la empresa demandada contra la sentencia de fecha 16 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid , en autos núm. 626/2013, seguidos a instancia de D^a Valle contra la empresa EXTEL CONTACT CENTER SAU (antes Eurocen Europea de Contratas SAU), en reclamación por despido .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de octubre de 2013, el Juzgado de lo Social número 15 de Madrid, dictó sentencia , en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "**PRIMERO** .- La actora, D^a Valle prestaba servicios para la empresa demandada EUROCCN EUROPEA DE CONTRATAS SAU con antigüedad de 14- 11-04, ostentando la categoría profesional de Teleoperador Especialista, y percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 1.017'21 euros más 65'52 euros de plus nocturnidad,, en función de la jornada realizada del 87'18%.- **SEGUNDO** .- Mediante carta de 21-03-13 la empresa demandada notificó a la trabajadora su decisión de extinguir el contrato de trabajo por causas objetivas, derivadas de las faltas de asistencia al trabajo. El contenido de dicha carta, que está adjuntada al escrito de demanda, se tiene por reproducido en este apartado. En esa fecha le fue abonada la cantidad de 5.937'99 euros en concepto de indemnización por despido.- **TERCERO** .- Con fecha 27-01-11 la actora solicitó reducción de jornada por cuidado de familiar, realizando desde esa fecha una jornada del 87'18%.- **CUARTO** .- En el periodo 26-02-12 a 26-02-13 (42 jornadas hábiles), la actora permaneció en situación de Incapacidad Temporal los siguientes días: 26-04-12 a 04-01-13.- 18-02-13 a 26-02-13.- **QUINTO** .- En el periodo 26-02-12 a 26-02-13 el total de jornadas hábiles en la empresa fueron 208; y el total de días en situación de Incapacidad Temporal de la actora fuero 17, en los meses de diciembre 2012, enero y febrero 2013.- **SEXTO** .- Con fecha 05- 02 13 la actora solicitó el cambio de jornada reducida a turno de tarde, jornada que realiza desde el mes de marzo, en el que fue retribuida con nocturnidad.- **SÉPTIMO** .- El acto previo de conciliación se celebró con resultado de sin avenencia".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda formulada por Doña Valle frente a EUROCCN EUROPEA DE CONTRATAS SAU y declaro la nulidad de la decisión extintiva de su contrato de trabajo, de fecha 21-03-13, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración así como a readmitir a la actora en su mismo puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir a razón de



1.082'73 euros brutos mensuales prorrateados, debiendo la actora reintegrar la indemnización percibida de 5.937'99 euros una vez firme esta sentencia".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia de fecha 28 de noviembre de 2014, aclarada por auto de fecha 19 de febrero de 2015, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa EXTEL CONTACT CENTER SAU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Madrid, en sus autos 626/13, y revocando parcialmente dicha resolución judicial, declaramos que debe calificarse el despido de la actora, D^a Valle, como improcedente, en lugar de nulo, con las consecuencias legales inherentes a la declaración de improcedencia. Dese el destino legal a lo depositado y consignado para recurrir una vez sea firme esta resolución".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D^a Valle recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2014 (Rcud 2344/2013), para el primer motivo y para el segundo la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de octubre de 2011 (Rec. 597/2011).

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso y, no habiéndose personado la parte recurrida, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal estimó procedente el primer motivo del recurso e improcedente el segundo, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 6 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, se centra en determinar si en un supuesto de trabajadora con reducción de jornada por cuidado de familiar el despido injustificado debe ser declarado improcedente, o bien declarado o nulo.

2. Constituyen antecedentes de interés por lo que al presente recurso interesa, los siguientes: a) *La trabajadora demandante venía prestando servicios para la empresa demandada percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 1.017'21 euros más 65'52 euros de plus nocturnidad,, en función de la jornada realizada del 87'18%; b) .Mediante carta de 21-03- 13 la empresa demandada notificó a la trabajadora su decisión de extinguir el contrato de trabajo por causas objetivas, derivadas de las faltas de asistencia al trabajo. El contenido de dicha carta, que está adjuntada al escrito de demanda, se tiene por reproducido en este apartado. En esa fecha le fue abonada la cantidad de 5.937'99 euros en concepto de indemnización por despido. C) Con fecha 27-01-11 la actora solicitó reducción de jornada por cuidado de familiar, realizando desde esa fecha una jornada del 87'18% ; d) En el periodo 26-02-12 a 26-02-13 (42 jornadas hábiles), la actora permaneció en situación de Incapacidad Temporal los siguientes días:*

26-04-12 a 04-01-13 18-02-13 a 26-02-13 ; e) En el periodo 26-02-12 a 26-02-13 el total de jornadas hábiles en la empresa fueron 208; y el total de días en situación de Incapacidad Temporal de la actora fueron 17, en los meses de diciembre 2012, enero y febrero 2013; y f) Con fecha 05-02 13 la actora solicitó el cambio de jornada reducida a turno de tarde, jornada que realiza desde el mes de marzo, en el que fue retribuida con nocturnidad.

3. En la sentencia de instancia, tras declarar que son hechos pacíficos entre las partes los relativo a la antigüedad, categoría y jornada reducida por cuidado de familiar que disfrutaba la demandante (fundamento jurídico primero), y estimar que la falta de concurrencia de la causa de despido determina su improcedencia (fundamento jurídico segundo), en el fundamento jurídico cuarto razona que, "Finalmente, teniendo en cuenta que la trabajadora se encontraba en la situación contemplada por el artículo 37.5. ET, debe tenerse en cuenta la incidencia en la calificación de la decisión extintiva, como se deriva del artículo 53.4.b) ET y 122.2.d) LJS.

Y en estos supuestos, también es pacífica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citándose por todas la reciente sentencia de 25-01-13, RJ 592/2013, en la que en supuesto relativo a disfrute de reducción de jornada por guarda legal del artículo 37.5. ET, -en el que también está incluido el derecho a la reducción de jornada por cuidado de familiar-, se concluye que la garantía que establece la regulación de los despidos disciplinarios y objetivos para estos trabajadores es "objetiva y automática", y ha de operar al margen de cualquier móvil discriminatorio.

En consecuencia, la decisión extintiva ha de ser calificada como nula, en los términos establecidos en el artículo 123.2 y 3. LJS, precisándose en este supuesto, en relación a los salarios de tramitación, que se calculan en función del salario correspondiente a la jornada realizada, más nocturnidad".



4. Interpuesto recurso de suplicación por la empresa demandada, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2014 (recurso 591/2014), lo estima en parte, declarando el despido improcedente en lugar de nulo. Al respecto, en el fundamento jurídico tercero, la Sala de suplicación razona que A continuación formula la recurrente el motivo de suplicación que numera como quinto, con idéntico amparo procesal que el anterior, denunciando infracción de los artículos 37.5 y 53.4 del y el art. 122.2.d) de la LRJS, manteniendo que es imposible la aplicación automática de la nulidad del despido.

Sostiene la recurrente que sólo existió un cambio de turno por motivos familiares, no una reducción de jornada, y que no existe indicio alguno de discriminación vetada por el art. 14 de la CE. Concluye que el despido sería, en todo caso, improcedente pero nunca nulo. En efecto, se aprecia que no existe despido nulo, ya que tal calificación habrá de reservarse para los supuestos específicamente previstos en el nº 2 del art. 108 de la LRJS que proclama que será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca en violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

No puede entenderse que la trabajadora se encontrase en la situación contemplada por el art. 37.5 del ET y que no existió una reducción de jornada de trabajo sino simplemente un cambio de turno, tal y como refleja el hecho probado sexto de la sentencia combatida que dice: "Con fecha 5-2-2013 la actora solicitó el cambio de jornada reducida a turno de tarde, jornada que realiza desde el mes de marzo, en el que fue retribuida con nocturnidad."

No se trata del supuesto de nulidad de sentencia previsto en el nº 5 del art. 55 del ET, sino de un despido objetivo, sin que aparezca indicio alguno de la violación de un derecho constitucional. Ha de estimarse por la Sala parcialmente el recurso, sustituyendo la calificación de despido nulo por la de despido improcedente".

5. Contra esta sentencia interpone la trabajadora demandante el presente recurso de casación unificadora. En su escrito de recurso, la demandante, tras efectuar un planteamiento previo por el que denuncia incongruencia interna de la sentencia impugnada derivada del hecho probado sexto y el fundamento jurídico transcrito, en lo que califica de confusión de la Sala entre el turno de tarde y la jornada reducida al interpretar ese hecho probado, y señalar que no ha encontrado una sentencia contradictoria, formula un primer motivo de recurso que tiene por objeto se declare la nulidad del despido, invocando como sentencia de contraste la de esta Sala IV de 25 de noviembre de 2014 (rcud 2344/2013), en la que se enjuicia la calificación del despido de un trabajador que tenía reducción de jornada para el cuidado de su madre. La Sala razona que ese despido configura una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por discriminación prevista en el párrafo primero del art. 53.4 ET y que actúa al margen de que haya o no indicios de un tratamiento discriminatorio o incluso de que concurra o no un móvil de discriminación. Formula también un segundo motivo denunciando que la sentencia impugnada ha resuelto estimando un motivo no planteado en la instancia, como es el problema relativo a la reducción de jornada que había sido un hecho pacífico. Para este motivo, alega para el contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de octubre de 2011 (recurso 597/2011), que confirma la nulidad del despido de la actora declarada en la instancia, por ser improcedente y haberse acordado cuando no habían transcurrido nueve meses desde el parto. La sentencia desestima el motivo de la parte demandada por el que pretende limitar el devengo de los salarios de tramitación hasta la fecha de amortización de la plaza, porque se trata de una cuestión nueva no planteada en la instancia.

6. Con respecto al primer motivo, las sentencias comparadas, a efectos de viabilizar el presente motivo del recurso, conforme al artículo 219 de la L.R.J.S. son contradictorias, en los términos requeridos por el citado precepto, como ha dictaminado el Ministerio Fiscal. En efecto, en ambos supuestos se trata del despido por causas objetivas de trabajadores con reducción de jornada para el cuidado de un familiar; y pese a la identidad existente, las sentencias objeto de comparación han realizado una aplicación diferente de lo dispuesto en el artículo 53-4-b) del E.T., sin que exista causa que justifique esa disparidad, sin que a efectos de la contradicción tenga relevancia -como pone de manifiesto el Fiscal en su informe-, las consideraciones que se efectúan en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, sobre el cambio de turno, en cuanto que, tal como consta en el inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia, la demandante venía disfrutando de jornada reducida por cuidado de familiar, hecho éste capital, a los efectos de la cuestión controvertida, y por lo demás pacífico entre las partes. En cualquier caso, conviene aclarar -dado el erróneo párrafo del citado fundamento-, que la solicitud de cambio de turno, lo era *conservando* la *jornada reducida*, tal como consta en el documento obrante al folio 47, invocado por la propia empresa demandada en su recurso de suplicación. O dicho de otro modo, siempre -desde 27-01-11- la demandante disfrutó de la jornada reducida. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a resolver y unificar esa discrepancia doctrinal.

SEGUNDO.- 1. La cuestión controvertida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que -como hemos anticipado- se centra en determinar si en un supuesto de trabajadora con reducción de jornada por cuidado de familiar el despido injustificado debe ser declarado improcedente o nulo, ha sido ya objeto de



examen y resolución por esta Sala, en otras, en la sentencia de 25 de noviembre de 2014 (rcud 2344/2013), que es precisamente la sentencia invocada para la confrontación doctrinal.

Decíamos en el apartado 2 del fundamento jurídico segundo de esta sentencia, que *"El motivo debe prosperar porque, como en supuestos semejantes de guarda o atención a un familiar ha declarado esta Sala (SS. TS. de 16 de octubre de 2012 (Rcud. 247/2011) y 25 de enero de 2013 (Rcud. 1144/2012) entre otras, como las en ellas citadas que sigue a la del T.C. nº 92/2008, de 21 de julio , la protección que los preceptos citados otorgan quedaría vacía de contenido si no conllevara la nulidad objetiva de las conductas que atentan contra él, cual acaece con los despidos que se consideran improcedentes. Así en nuestra sentencia de 25 de enero de 2013 finalizamos diciendo: "Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa ... al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre»."*

2. La aplicación al presente caso de dicha doctrina, ratificada por la sentencia de 20-01-2015 (2415/2013) , nos llevan a afirmar - con el Ministerio Fiscal y sin necesidad ya de examinar el segundo motivo de recurso- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la decisión recurrida ha de ser casada y anulada, y resolviendo en suplicación desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la empresa demandada, confirmando la sentencia de instancia que declaró la nulidad del despido. No procede pronunciamiento sobre costas (artículo 235.1 de la LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido estimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Ignacio Marín de la Bárcena Garcimartín, en nombre y representación de D^a Valle , contra la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 591/2014), interpuesto por la empresa demandada contra la sentencia de fecha 16 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid , en autos núm. 626/2013, en reclamación por despido contra la empresa EXTEL CONTACT CENTER SAU (antes Eurocen Europea de Contratas SAU). Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y resolviendo dicho recurso de suplicación, lo desestimamos, confirmamos íntegramente la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agusti Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.