



Roj: **STSJ M 7831/2011 - ECLI: ES:TSJM:2011:7831**

Id Cendoj: **28079340022011100433**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **06/07/2011**

Nº de Recurso: **387/2011**

Nº de Resolución: **489/2011**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MANUEL RUIZ PONTONES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0000387/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002 (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2011 0044856, **MODELO:** 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000387/2011-P

Materia: OTROS DESPIDOS

Recurrente/s: Valentina

Recurrido/s: FUNDACION FORMACION Y EMPLEO MIGUEL ESCALERA FOREM

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de MADRID de DEMANDA 0000794 /2010

Sentencia número:489/2011

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

MANUEL RUIZ PONTONES

FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En MADRID, a seis de Julio de dos mil once, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 002 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, 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

S E N T E N C I A

en el RECURSO de SUPPLICACION 0000387/2011, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/Dª. MIGUEL ANGEL TUÑAS MATILLA, en nombre y representación de Valentina , contra la sentencia de fecha diez de setiembre de dos mil diez , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº: 005 de MADRID en sus autos número DEMANDA 0000794/2010, seguidos a instancia de Valentina frente a FUNDACION FORMACION Y EMPLEO MIGUEL ESCALERA FOREM, parte demandada representada por el/la Sr./Sra. Letrado D/Dª. MARIA BLANCA SUAREZ GARRIDO, en reclamación por despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. MANUEL RUIZ PONTONES, 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 en cuyo fallo se desestimaba la demanda interpuesta y se declaraba procedente el despido de la actora absolviendo a la empresa de sus pedimentos.

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

PRIMERO.- D^a Valentina , DOMICILIADA EN LA Plaza

DIRECCION000 n° NUM000 de Madrid ha venido prestando sus servicios para FUNDACIÓN FORMACIÓN Y EMPLEO MIGUEL ESCALERA, con domicilio en la calle Longares de Madrid desde el 2 de julio de 1.997, con una categoría profesional de técnico Superior y con un salario mensual incluida la prorrata de las pagas extra de 3.394,06 euros para jornada completa.

SEGUNDO.- La actora causa baja por enfermedad desde el 15 de marzo 07 al 24 de noviembre de 2.007, permaneciendo de baja por maternidad desde el 25 noviembre 07 al 15 marzo 08. Desde el 16 marzo 08 al 8 mayo 08 disfruta de vacaciones y período de lactancia. Desde el 9 de mayo al 31 de diciembre 08 en excedencia por cuidado de hijo excedencia que se amplía hasta el 15 de febrero 09.

TERCERO.- El 16 de febrero de 2.009 se incorpora al puesto de trabajo en jornada reducida al 50% por guarda legal por un total de 17,5 horas semanales distribuidas de martes a jueves. Le es concedida.

CUARTO.- Entre el 9 de junio 09 y el 19 febrero 10 permanece de baja por IT.

QUINTO.- El 11 de marzo de 2.010 la actora solicita una jornada de 21 horas semanales de miércoles a viernes:

Miércoles de 8,30-15 horas y de 15,30 a 17,30 horas

Jueves de 8,30 a 15 horas

Viernes de 8,30 a 14,30 horas.

Le es concedida.

SEXTO.- El 30 de marzo de 2.010, la Tesorería General de la Seguridad Social remite a la empresa cuestionario para la distribución de topes por pluriempleo en relación con D^a Valentina .

SÉPTIMO.- Desde el 1 de marzo de 2.010 la actora presta sus servicios como profesora asociada en el Departamento de Sociología de la Facultad de ciencias políticas y sociología de la Universidad Complutense de Madrid sito en Pozuelo de Alarcón en horario de 9,30 a 11,30 (lunes) y de 11,30 a 14,30 (martes).

OCTAVO.- El horario a tiempo completo de la actora era de 9 a 15 horas de lunes a viernes más dos tardes de 16 a 19 horas. Por su categoría la demandante, en jornada a tiempo completo, se encarga de encabezar proyectos.

NOVENO.- El 6 de abril de 2.010 la empresa incoa expediente disciplinario a la demandante. Tras la tramitación oportuna el instructor eleva propuesta en el sentido de que no se imponga sanción alguna a la trabajadora.

DÉCIMO.- El 28 de abril de 2.010, la empresa entrega a la actora comunicación del siguiente tenor:

Estimada Valentina :

Esta Fundación, en fecha 30 de marzo de 2010, ha entrado en conocimiento de la comisión por usted de una conducta, que más abajo se describe detalladamente, que le obliga a tomar una medida disciplinaria.

La decisión viene motivada por la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño de su trabajo.

El 30 de marzo de 2010, esta Fundación recibió escrito de la Dirección Provincial de Madrid, Tesorería General de la Seguridad Social; Subdirección Provincial Gestión Recaudatoria en el que se nos comunicaba:

En relación a la solicitud de Distribución de Topes por Pluriempleo (TC-411), referente a la trabajadora Valentina , con número de afiliación NUM001 , deberán remitirnos a la mayor brevedad posible la siguiente documentación:

- Cuestionarios, que se adjuntan, debidamente diligenciados por la empresa relacionada, haciendo constar el número de horas trabajadas y el salario percibido en la misma:

28/08476940 FUNDACIÓN FORMACIÓN Y EMPLEO



Hasta este momento, FOREM desconocía que usted se encuentra en situación de pluriempleo.

Partiendo de la premisa de que las situaciones de pluriempleo han de ser aceptadas por el empresario, en tanto no produzcan ni competencia desleal ni disminución en el rendimiento laboral, en su caso concreto, nos encontramos que:

- Usted, tras un periodo de excedencia por cuidado de hija, se incorpora el día 16 de febrero de 2009, con reducción de jornada, por razones de guarda legal por cuidado de hija, de 17 horas y 30 minutos semanales, prestadas de martes a jueves en horario de mañana,

- El 9 de junio de 2009 causa baja por IT, hasta el 19 de febrero de 2010, fecha del alta médica.

- El 10 de marzo de 2010 solicita nueva reducción de jornada por razón de guarda legal de hijo menor de ocho años, de 21 horas semanales, iniciándose el 1 de abril de 2010, con el siguiente horario:

Miércoles: de 8:30 a 15:00 horas y de 15:30 a 17:30 horas,

Jueves: de 8:30 a 15:00 horas,

Viernes: de 8:30 a 14:30 horas.

El artículo 37, en sus párrafos 5 y 6 del E.T., establece el derecho de los trabajadores a la reducción de jornada por guarda legal, a la concreción horaria y a la determinación del periodo de disfrute de la misma, si bien, el ejercicio de este derecho tiene como finalidad posibilitar o facilitar la participación en la vida familiar así como la protección a la infancia, debe estar presidido por los principios de buena fe y no resulte perjudicial para la empresa u otros trabajadores.

Y, en este caso no ha sido así, no se cumplen los fines de la misma, tal y como hemos podido comprobar después de diferentes conversaciones con usted. Así, a pesar de existir razones organizativas suficientemente justificadas y una necesidad productiva objetivamente valorada para no acceder a la solicitud de reducción de jornada en los términos que usted la disfruta, FOREM, regida por el principio de buena fe en el que se basa cualquier relación contractual, se le ha concedido al comunicarnos usted la necesidad de tal reducción para hacer frente a una situación personal y familiar muy delicada por la que estaba pasando desde hace meses.

El hecho de haber solicitado reducción de jornada por guarda legal y tener otro empleo, no comunicándolo a FOREM supone una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de la confianza imprescindible para continuar una relación laboral.

La indicada conducta es constitutiva de un incumplimiento muy grave y culpable por su parte de las obligaciones que, presididas siempre por la buena fe, tiene para con esta Fundación, de acuerdo con lo que prevé el artículo 54.d) del Estatuto de los Trabajadores y establece el artículo 49 del Convenio Colectivo de FOREM.

Visto, por tanto, la indicada conducta acreditada y sus circunstancias, su fecha de conocimiento por esta Fundación y de comisión y los preceptos mencionados, esta Fundación ha tomado la decisión de sancionarle a usted, por la comisión de una falta muy grave, con el despido, significándole que el mismo tendrá efectos desde el día de la fecha de su notificación poniendo a su disposición, el importe de 1.232,13 euros, correspondiente al finiquito.

Sin otro particular le saluda atentamente,

Marta del rastillo Coba

Directora de FOREM

- En tanto que a la Fundación le consta que usted esta afiliada al sindicato CCOO, el día 7 de abril dio audiencia al delegado sindical de dicho sindicato, en cumplimiento de lo previsto y ordenado en el artículo 55.1 del E.T.

- De acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del Convenio Colectivo de FOREM, esta Fundación como usted ya sabe, incoó y tramitó el pertinente expediente contradictorio.

UNDÉCIMO.- El 7 de junio de 2.010 se celebró ante el SMAC acto de conciliación instado el 19 de mayo.

TERCERO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte actora y tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte. 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, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma. Nombrado Magistrado- Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día 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

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que declara procedente el despido de la demandante y convalida la decisión extintiva del empleador, la representación letrada de la misma interpone recurso de suplicación formulando tres motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

En el primer motivo al amparo del artículo 191 b) de la LPL solicita la revisión del hecho probado quinto proponiendo la siguiente redacción alternativa:

"La trabajadora, en el mes de febrero de 2010, a través de Doña Lorenza , solicita a la empresa una modificación de su jornada, reducida por guarda legal el 16 de febrero de 2009. Pasando de realizar 17,5 horas semanales, de martes a jueves, a 21 horas, de miércoles a viernes:

Miércoles de 08:30 a 15 horas y de 15:30 a 17:30 horas.

Jueves de 08:30 a 15:00 horas.

Viernes de 08:30 a 14:30 horas.

La concreción horaria, se efectúa a través de escrito de fecha 11/03/2010. La solicitud le es concedida "

La revisión no puede prosperar porque los hechos que pretende consten en la nueva redacción están recogidos en esencia en los hechos probados tercero y quinto, sin que se refleje que haya existido controversia en cuanto a la concreción horaria.

SEGUNDO .- Al amparo del artículo 191 c) de la LPL , en el segundo motivo alega infracción de los artículos 54.2.d), 55.5 y 55.6 del ET y 14 de la CE. En síntesis expone que la sentencia no se pronuncia sobre la alegación a no ser discriminada por razón de sexo cuando ha acreditado la existencia de indicios, y que la empresa en el pliego de cargos expone que: *" El hecho de haber solicitado reducción de jornada por guarda legal y tener otro empleo, en lugar de haber solicitado a FOREM una simple disminución del trabajo y novación contractual, supone un abuso de confianza en el desempeño del trabajo y transgresión de la buena fe contractual "*, cuando el pluriempleo no es incompatible con reducir la jornada por guarda legal, considerando que el despido debe ser declarado nulo.

El motivo se desestima porque la nulidad del despido la debe instar al amparo del artículo 191 c) de la LPL ; no se aportan indicios de un panorama o conducta discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales que hagan verosímil su imputación. No se ha omitido pronunciamiento sobre la pretensión denunciada pues al considerar, la juzgadora de instancia, acreditados los hechos de la carta de despido se pronuncia sobre el fondo de la pretensión ejercitada estimando que existía un motivo para convalidar la decisión extintiva.

TERCERO .- En el tercer motivo, al amparo del artículo 191 c) de la LPL , alega infracción de los artículos 54.2.d) 55.4 y 56 del ET e interpretación errónea del artículo 37.5 y 6 del ET . En síntesis expone que si la demandante se colocó en situación de pluriempleo para otra empresa, no ha existido mala fe, pues no se ha probado la falta de fidelidad en el cumplimiento de las obligaciones impuestas para que se estime un ejercicio abusivo el pluriempleo, que las nuevas condiciones de trabajo continúan posibilitando el cuidado del hijo y que se le imputa que en esa situación no puede cumplir con los fines de su actividad laboral.

La demandada despiere por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo; parte de la premisa de que las situaciones de pluriempleo han de ser aceptadas por el empresario, en tanto no produzcan competencia desleal ni disminución en el rendimiento laboral, y que la reducción de jornada debe estar presidida por los principios de buena fe y que no resulte perjudicial para la empresa u otros trabajadores y que: *" El hecho de haber solicitado reducción de jornada por guarda legal y tener otro empleo, no comunicándolo a FOREM supone una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de la confianza imprescindible para continuar una relación laboral "* y que existiendo razones organizativas y necesidad productiva para no acceder a la solicitud de reducción de jornada en los términos que la disfruta, la empresa se la concede para hacer frente a una situación personal y familiar muy delicada por la que estaba pasando desde hace meses.

La recurrente ha utilizado los derechos que le confiere la legislación protectora de la vida familiar y del cuidado del menor para trabajar en otra empresa. Trabajaba tres días a la semana, sin que hubiese objeción alguna. No debemos decidir como la mujer trabajadora debe atender a su hija, en que momentos del día y cómo debe cuidar o estar disponible para ella, marcando unas pautas de comportamiento, que se canalicen en una dirección determinada, privándola de otras alternativas posibles, de forma que si no sigue las mismas será sancionada. A veces una pequeña mejora en las condiciones de trabajo puede implicar un cambio sustantivo para la conciliación vida-trabajo.



El 11/03/2010 su jornada reducida era los miércoles de 8,30 a 15 horas y de 15,30 a 17,30 horas; jueves de 8,30 a 15 horas y viernes de 8,30 a 14,30 horas y en la Universidad Complutense de Madrid, como profesora asociada, los lunes de 9,30 a 11,30 horas y martes de 11,30 a 14,30 horas. El horario como profesora asociada no le impiden cuidar de su hija, al tener un inicio y finalización de la jornada distintos del que desempeña en la demandada. Las vacaciones que disfruta en la Universidad son más que las que pudiera disfrutar en la empresa privada y coincidiría con las vacaciones de la menor. La actividad que desarrolla en la Universidad no le impide atender adecuadamente a su hija.

El artículo 48 de la norma convencional de empresa tipifica como falta grave: "*Simultanear trabajos con otras entidades del sector, en el caso de trabajadores habituales, sin comunicación previa de la empresa y sin perjuicio de lo que diga el Estatuto de los Trabajadores. Esta disposición afecta a:*

- 1.-Trabajadores fijos a jornada completa.
- 2.-Trabajadores del grupo I.
- 3.-Trabajadores del grupo IV que hayan trabajado más de cuatrocientas horas".

Si la norma convencional tipifica como falta grave el pluriempleo en entidades del sector, sin comunicación previa de la empresa, no se puede considerar falta muy grave la actividad desempeñada en una empresa, como la Universidad Complutense, que no es competidora de la demandada, y que tiene menos trascendencia para la misma, cuando no está tipificada en el artículo 49 entre las faltas muy graves, que hace referencia al: "*El abuso de confianza o deslealtad en las gestiones encomendadas, incluido el uso indebido de información*", que no concurre en el presente caso. No constan hechos para poder deducir directamente razones organizativas y necesidades productivas para no acceder a la reducción de jornada en los términos disfrutados porque perjudiquen a la empresa. Lo expuesto lleva a estimar el motivo y el recurso, declarando la nulidad del despido con las consecuencias inherentes a tal declaración, al estar disfrutando la trabajadora de una jornada reducida por razón de guarda legal (artículo 55.5.b del ET)

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por **la representación letrada de la parte actora** contra la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Madrid, en autos nº 794/2010, seguidos a instancia de Valentina contra FUNDACIÓN FORMACIÓN Y EMPLEO MIGUEL ESCALERA, en reclamación por DESPIDO, revocando la misma y declaramos nulo el despido de la trabajadora condenando a la empresa a que readmita inmediatamente a la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución, de los que se deducirán los conseguidos en otra actividad obtenida con posterioridad al despido y los períodos coincidentes con la situación de incapacidad temporal.

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 resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 300 euros** conforme al art. 227.2 LPL y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentado resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos separadamente en la c/c nº 2827000000 38711 que esta Sección Segunda tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 de la Calle Miguel Ángel nº 17, 28010 Madrid.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de este habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.



En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201,202.1y 202.3 de la Ley de Procedimiento Laboral , y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales para su debida ejecución, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ