



Roj: **STSJ M 1832/2009 - ECLI:ES:TSJM:2009:1832**

Id Cendoj: **28079340022009100233**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **14/04/2009**

Nº de Recurso: **1290/2009**

Nº de Resolución: **263/2009**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 5, 11-07-2008,**  
**STSJ M 1832/2009**

RSU 0001290/2009

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

MADRID

**SENTENCIA: 00263/2009**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

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

N.I.G: 28079 34 4 2009 0032564, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACIÓN 0001290/2009-L

Materia: OTROS DESPIDOS

Recurrente/s: FRANCE TELECOM ESPAÑA INTERNET SERVICE PROVIDER SAU

Recurrido/s: Lourdes

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de MADRID de DEMANDA 0000805/2008

Sentencia número: 263/09 L

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

MANUEL RUIZ PONTONES

CONCEPCIÓN MORALES VALLEZ

En MADRID a 15 de abril de dos mil nueve, 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 SUPPLICACIÓN 0001290/2009-L, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/D<sup>a</sup>. SANTIAGO CARRERO BOSCH, en nombre y representación de FRANCE TELECOM ESPAÑA INTERNET SERVICE PROVIDER SAU, contra la sentencia de fecha 11-7-08, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL n<sup>o</sup> 005 de MADRID en sus autos número DEMANDA 0000805/2008, seguidos a instancia de Lourdes representada por el/la Sr./Sra. Letrado D/D<sup>a</sup>. EDUARDO LIÑAN DEL BURGO frente a FRANCE TELECOM ESPAÑA INTERNET SERVICE PROVIDER SAU, en reclamación por DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D<sup>a</sup>. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, 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<sup>a</sup>. Lourdes ha venido prestando sus servicios para FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (antes FRANCE TELECOM ESPAÑA INTERNET SERVICE PROVIDER, S.A.U.) desde el 5 de enero del 2000, con una categoría profesional de comercial y con un salario medio en el último año trabajado de 2970,17 euros mensuales incluida la prorrata de las pagas extra.

SEGUNDO.- La demandante prestaba sus servicios en la Plaza de Cuzco de Madrid trasladándose en marzo de 2007 a Alcobendas. La demandante tiene su domicilio en Toledo.

TERCERO.- El 27 de abril de 2007 la demandante solicita excedencia voluntaria para el cuidado de hijo menor desde el 12 de mayo de 2007 al 11 de mayo de 2008 que le es concedida.

CUARTO.- El 16 de mayo de 2007 la actora suscribe contrato de trabajo con la empresa HI MEDIA ADVERTISING WEB, S.L. con la categoría de Directora de cuentas un salario de 35.000 euros anuales más variable en el centro de trabajo de la calle Jacinto Benavente de Madrid.

QUINTO.- El 2 de octubre del 2007 cesa en el trabajo durante el período de prueba y a su instancia.

SEXTO.- La demandante solicitó el reintegro en la demandada por burofax. Por burofax de 28 de abril de 2008 la empresa contesta que, al haber prestado sus servicios para HI MEDIA ADVERTISING WEB, S.L. durante el período de excedencia por guarda legal su derecho a reserva de puesto ha quedado extinguida.

SÉPTIMO.- El 12 de junio de 2008 se celebró ante el SMAC acto de conciliación instado el 27 de mayo.

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

"Que estimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. Lourdes contra FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (antes FRANCE TELECOM ESPAÑA INTERNET SERVICE PROVIDER S.A.U) debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de la actora condenando a la empresa a que a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de CINCO DÍAS readmita al actor en su mismo puesto de trabajo e iguales condiciones o le indemnice en la suma de 37.500,04 euros abonando en todo caso los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de sentencia a razón de 99,01 euros diarios".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDADA 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 11-3-09, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones 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 15 de abril del 2009 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: El apartado b) del art. 191 de la LPL es el cauce de articulación del primer motivo de recurso, centrado en la solicitud de revisión del ordinal cuarto, para que al mismo se adiciones que el contrato de trabajo



suscrito por la actora con la empresa HI Media Advertising Web SL fue de naturaleza indefinida a tiempo completo.

Lo que se solicita es cierto, y así consta en los documentos que se citan, contrato de trabajo (folio 163) e informe de vida laboral (folios 113 y 114), debiendo el dato constar en los autos por ser circunstancia relevante.

Por el mismo cauce procesal, se solicita la revisión del hecho sexto, a fin de que en el mismo conste la siguiente redacción:

La demandante solicitó el reingreso en la demandada por burofax. Por burofax de 28 de abril de 2008 la empresa contesta que "el motivo de la excedencia por guarda legal es el cuidado de un menor, y entendiéndose que Ud. ha podido prestar servicios para otra compañía, esto es causa de extinción del derecho de reserva del puesto de trabajo.

La modificación que se solicita se sustenta en la propia contestación de la empresa obrante a los folios 111 y 161 de las actuaciones. No obstante ser cierto lo que se afirma, el matiz que se trata de introducir es irrelevante, limitándose la pretensión a tratar de sustituir la redacción judicial por la que el recurrente considera más correcta. Se desestima, por tanto, el motivo.

SEGUNDO: El apartado c) del art. 191 de la LPL es el cauce de articulación de la censura jurídica centrada en la denuncia de infracción de los arts. 21.1 y 54.2 .d) en relación con el art. 46.3 del ET .

Considera el recurrente, recordando la sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2006 , que la excedencia para cuidado de hijo está prevista y se otorga con una finalidad específica, cual es la atención íntegra y total del menor, de tal manera que no es posible, durante su transcurso, prestar servicios para otra empresa, pues la Ley está pensando en una atención personal y no delegada, finalidad que explica la intensidad de la protección reconocida. Igualmente cita el auto de fecha 21 de junio de 2007 del TS y la STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2008, y argumenta que no se trata de que la concesión de la excedencia esté condicionada a una especial obligación de no desempeñar actividad laboral mientras aquélla se disfruta, pues en su criterio (página 7 recurso), "la única condición legalmente impuesta está íntimamente relacionada con el fin propio de la figura, esto es, la atención y el cuidado del hijo, objetivo que puede cumplirse si la prestación del trabajo permite compatibilizar la vida familiar y laboral", siendo evidente, en su opinión, que un trabajo iniciado poco días después de solicitar la excedencia a tiempo completo no permite compatibilizar el cuidado del hijo con la prestación laboral, máxime cuando la trabajadora tiene que desplazarse desde su domicilio en un pueblo de Toledo a Madrid.

Hemos destacado este argumento del recurrente porque, en efecto, no puede partirse del axioma, como a veces se hace, de que existe una especial obligación de no trabajar cuando se disfruta la excedencia para cuidado de hijo. La libertad del trabajador, normalmente la mujer, que decide solicitar la excedencia para cuidado de hijo, está fuera de toda duda, gozando del derecho a trabajar en otro empleo. Si se entendiera que la prohibición es absoluta, se privaría al trabajador/a de la posibilidad de obtener ingresos los cuales, obviamente, también contribuyen al cuidado del menor y a subvenir sus necesidades. De la misma forma, de aceptarse una prohibición total, se primaría sólo a los trabajadores más acomodados y a aquellos que, incluso sin trabajar, pueden acudir a una atención delegada bien contratada, bien por otro familiar, aunque formalmente y de cara a la empresa, aparezca como una atención directa.

No es posible, por ello, quedarse en la mera apariencia de la atención directa del menor. Tampoco en nuestra opinión es posible, o mejor dicho, no debemos ni legal ni judicialmente decidir cómo la mujer trabajadora (en la inmensa mayoría de los casos) debe atender al hijo, decidiendo por ella en qué momentos del día y cómo debe cuidar a su hijo o estar disponible para él, o si debe acudir a la figura de la reducción de jornada o de la excedencia, pues tal proceso nos lleva a afirmar, tal y como ya se ha hecho por el Tribunal, que durante la excedencia que examinamos la mujer (porque así lo revela la estadística) debe destinarse de forma exclusiva a la atención íntegra, total y directa del menor... Esta afirmación encierra una especie de disciplina social en virtud de la cual se controla el comportamiento de la persona, lo cual es especialmente grave cuando el control incide, de hecho, en el colectivo femenino, al que se marca unas pautas determinadas de comportamiento (atención íntegra, total y directa del hijo o del familiar) y al que se canaliza en una dirección determinada, viéndose privado de otras alternativas posibles, de tal forma que si no sigue aquéllas pautas, será sancionado.

Por ello, con esta nueva perspectiva, estimamos que la finalidad de la Ley, como destaca el TS en el auto citado por el recurrente es, sencillamente, la de facilitar a los trabajadores el cuidado de los hijos menores o en su caso, de otros familiares.

En consecuencia, si durante la excedencia se trabaja para otra empresa, no hay por qué entender que lo que desde el principio se pretendía era probar suerte en otro empleo aprovechando las ventajas que la cobertura de estas excedencias otorgan a la mujer trabajadora (página 8 final, del recurso). En primer lugar, porque hay que



presumir que los derechos se ejercitan de buena fe. En segundo lugar, porque hay que examinar si las nuevas condiciones de trabajo facilitan en cierta medida el cuidado del hijo. Si no consta ninguna facilidad añadida en relación con el otro empleo, objetivamente acreditada, como un menor o más adecuado horario, menor distancia, prestación flexible etc., obvio es que hay que dar la razón a la empresa que otorga la excedencia, pues la misma asume importantes obligaciones y su interés es igualmente digno de protección.

Ahora bien, si se aprecia que el nuevo trabajo, desde un punto de vista razonable y objetivo, facilita de alguna forma el cuidado del hijo no cabe, en nuestra opinión, apreciar incumplimiento alguno por parte del trabajador. En efecto, a veces una pequeña mejora en las condiciones de trabajo puede implicar un cambio sustantivo para la conciliación vida-trabajo.

Pues bien, desde este nuevo planteamiento debemos abordar el caso concreto examinado, destacándose en el mismo varios extremos relevantes: 1) la recurrente se trasladó en el mes de marzo de la Plaza de Cuzco en el centro de Madrid a Alcobendas; 2) un mes después la trabajadora solicita la excedencia comenzando a trabajar para otra empresa cinco días después, cuyo centro de trabajo se ubica en una calle céntrica de Madrid; 3) la trabajadora reside en un pueblo de la provincia de Toledo. Obviamente, la sede de la nueva empresa facilita el desplazamiento desde Toledo, mientras que el traslado efectuado por la recurrente lo dificulta. La conciliación de la vida familiar y laboral se ve naturalmente facilitada cuando el tiempo invertido en el desplazamiento desde el hogar es menor y más sencillo.

Por otro lado, es verdad que la jornada era a tiempo completo para ambas empresas, debiendo acudir en cuanto a sus circunstancias concretas a los contratos de trabajo, que se dan por buenos por las partes, pues los reconocen y los aportan siendo aceptados en los hechos probados, resultando así igualmente obvio que el tiempo de trabajo pactado en la segunda empresa (39 horas semanales de lunes a viernes, folio 163), sin más precisiones, parece notablemente más llevadero con la vida familiar que el contenido de la cláusula 3 del contrato de trabajo suscrito con la recurrente (folio 121), en la que se establece que en cuanto a la jornada, horarios, fiestas, permisos y vacaciones, se tendrá siempre en cuenta las necesidades de la compañía, de modo que se garantice la disponibilidad del empleado para prestar sus servicios, los cuales se desarrollarán en Madrid, pero pudiendo la Compañía pedir que efectúe desplazamientos de corta o larga duración, en España o el extranjero, lo cual es aceptado por el empleado como parte integrante de sus funciones (cláusula cuarta). Como decimos, parece evidente que el segundo contrato facilita el cuidado del hijo menor, en su relación con el contrato precedente.

Si a lo expuesto añadimos que el segundo vínculo solo duró unos meses (cuatro meses y medio), pues fue abandonado por la trabajadora voluntariamente y que durante los siete meses restantes la actora no trabajó, con lo que estuvo dedicada "de forma directa" al cuidado del hijo, pues así libremente lo decidió, no encontramos razón alguna para denegarle el derecho a la reserva del puesto ni para afirmar que incumplió deber alguno legalmente impuesto, al aceptar un empleo que, objetivamente, facilitaba en ciertos aspectos la conciliación de su deseo legítimo de trabajar y atender a su familia, sin ser excluida del mercado laboral y de la posibilidad de obtener unos ingresos que, como hemos dicho, también contribuyen al cuidado que se trata de preservar.

Se confirma la sentencia, que no ha incurrido en infracción alguna, siendo de aplicación lo establecido en los arts. 202 y 233 de la LPL.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado por FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. contra la sentencia nº 347/08 de fecha 11 de julio de 2008 dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Madrid en autos 805/08 seguidos a instancia de D<sup>ña</sup>. Lourdes, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución. Se condena al recurrente a la pérdida del depósito efectuado para recurrir, dándose al mismo y a la consignación el destino legal así como a las costas, fijándose en 150 euros el importe de los honorarios del Letrado de la parte contraria.

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.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto



en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral , que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228 ), que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, nº 49, oficina 1006, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2827000001290/09 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria 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 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, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995 , 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.

#### PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.