



Roj: **STSJ M 6729/2011 - ECLI:ES:TSJM:2011:6729**

Id Cendoj: **28079340062011100368**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/06/2011**

Nº de Recurso: **307/2011**

Nº de Resolución: **400/2011**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **LUIS LACAMBRA MORERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0000307/2011

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.6

MADRID

SENTENCIA: 00400/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL SECCION: 6

MADRID

C/ GENERAL MARTINEZ CAMPOS, NUM. 27

N.I.G.: 28000 4 0000621 /2001

40126

ROLLO Nº: RSU 307/11

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: DESPIDO .

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 14 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 869/10

RECURRENTE/S: ORANGE MEDIA ADVERTISING S.L

RECURRIDO/S: Daniela

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a seis de junio de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON LUIS LACAMBRA MORERA, BENEDICTO CEA AYALA** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 400

En el recurso de suplicación nº **307/11** interpuesto por el Letrado CRISTINA NEVADO PRATS en nombre y representación de **ORANGE MEDIA ADVERTISING S.L** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social



nº 14 de los de MADRID, de fecha **13 DE OCTUBRE DE 2010**, ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. LUIS LACAMBRA MORERA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **869/10** del Juzgado de lo Social nº **14** de los de Madrid, se presentó demanda por Daniela contra, **ORANGE MEDIA ADVERTISING S.L** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **13 DE OCTUBRE DE 2010** cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que estimando la demanda interpuesta por D^a Daniela frente a ORANGE MEDIA ADVERTISING S.L. debo declarar y declaro nulo el despido de la actora, condenando a la empresa a la inmediata readmisión de la misma, debiendo abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la presente resolución a razón de 106,6 euros día.*"

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

1) *La actora D^a Daniela comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada ORANGE MEDIA ADVERTISING S.L con fecha 7 de julio de 2008, con la categoría profesional de Jefe de planificación y con un salario mensual de 3.198? con prorrata de pagas extras.*

2) *Con fecha 22 de abril de 2010 la demandante solicitó de la empresa la reducción de jornada laboral para el cuidado de su hijo menor de ocho años, con efectos de 10 de mayo de 2010.*

3) *Con fecha 12 de mayo de 2010 la empresa comunica por escrito a la actora el despido de la misma, con efectos de igual fecha, reconociendo la improcedencia del mismo y poniendo a disposición de la trabajadora la cantidad de 9.223,97 euros, en concepto de indemnización.*

4) *La actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno.*

5) *Con fecha 24 de junio de 2010 se celebró el acto de conciliación previa con resultado de sin avenencia."*

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia que ha declarado la nulidad del despido de la actora se recurre por la empresa demandada planteando como único aspecto a resolver por la Sala el que se refiere a la forma de cálculo de los salarios de tramitación, que han sido determinados atendiendo a la retribución que la trabajadora demandante percibía antes de disfrutar de reducción de jornada por cuidado de su hijo menor de ocho años, pronunciamiento con el que discrepa quien recurre por entender que el controvertido concepto se ha de cuantificar con arreglo al salario percibido en el momento del despido. Tales son los precisos términos de la litis, aunque la recurrente expone previamente dos motivos de revisión fáctica, al amparo del art. 191, b) de la LPL, referidos, respectivamente, a los ordinales primero y segundo.

En relación con aquel, se solicita se precise que el salario indicado de 3.198 euros mensuales lo era en relación con una jornada laboral de 39 horas semanales. La pretensión revisora no está sustentada en prueba documental sobre la que pudiera contrastarse el dato, incumplándose el requisito de la norma procesal que da cobertura al motivo, que impone citar de forma expresa-como lo prescribe también el art. 194.3 de la LPL -el documento del que se desprenda el error de la sentencia, aunque la improsperabilidad del añadido fáctico interesado se relaciona con la modificación que se postula en el motivo siguiente, relativa al salario percibido antes de la reducción de jornada y el que a la actora le era abonado en la fecha de su despido.

Seguidamente se interesa que el ordinal segundo quede redactado con este texto: "*Con fecha 22 de abril de 2010 la demandante solicitó de la empresa la reducción de jornada laboral de nueve horas semanales para el cuidado de su hijo menor de ocho años, iniciándose la misma con efectos 10 de mayo de 2010. Dicha jornada se distribuyó de lunes a viernes de 9.00 a 14.00 horas, quedando el período semanal en 30 horas*".

La precisión hecha sobre la jornada reducida es idónea porque de los datos expresados con el debido apoyo documental se determinaría exactamente, en caso de estimación del recurso, el importe de los salarios devengados por la trabajadora en proporción al número de horas realizado en el momento del despido, y como consta (folio 57) la retribución correspondiente a la jornada reducida, se estima el motivo, al tener además esta modificación fáctica plena relevancia para el fallo.



SEGUNDO.- En el motivo que se destina a la censura jurídica, se invocan como normas infringidas la disposición adicional 18ª del ET , en relación con lo dispuesto en el art. 37 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como la jurisprudencia aplicable al caso.

La aludida norma estatutaria, añadida por la disposición adicional 11.21 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, establece en su apartado 1 que *"En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley , será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción"*.

Como se ha apuntado al principio, la duda interpretativa surgida a la vista de esta norma se refiere a si los salarios de tramitación han de considerarse incluidos en su enunciado, en el entendimiento de que por propia naturaleza tienen el carácter indemnizatorio que justificaría hacerlos efectivos según el salario que a la trabajadora se le abonaba antes de la reducción de jornada. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no lo considera así según razonamiento que ya en la STS de de 15-10-1990 queda reflejado al indicar que a tenor del apartado b) del art. 56.1 del ET los salarios de tramitación *"...han de ser los que, de no haberse producido el despido hubieran devengado las demandantes, es decir los que corresponden a la jornada reducida (...)* . La explicación es tan lógica como obvia, pues en el presente caso la actora debe ser resarcida mediante la compensación económica equivalente al importe del salario que percibiría de no haber sido despedida (no al que le era abonado antes de mayo de 2010 en que inició la referida reducción horaria) resarcimiento con el que se logra eludir el perjuicio causado por la inactividad laboral producida por causa solo imputable al empresario y que, de no ser impuesto por la norma (art. 56.1, b) del ET) privaría al trabajador de su medio de subsistencia personal y familiar por un acto ilícito empresarial, como lo es el despido improcedente o nulo.

Como referencia de apoyo a lo que se acaba de exponer, cabe también recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la base reguladora de prestación por desempleo en caso de reducción de jornada con base en el art. 37.5 del ET , considerando que las cotizaciones han de computarse a jornada reducida (entre muchas otras, SSTS de 24-10-2007, rec. 1501/2006 , que cita las anteriores de 2-11-2004, rec. 4028/2003 y 23-11-2004, rec. 166/2004).

Abona lo razonado la disposición del art. 56.1, b) del ET en lo que se refiere a la deducción que ha de practicarse sobre los salarios al establecer que el despido devengará *"una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación"*. Si de estos salarios ha de practicarse la compensación o deducción de lo percibido por el trabajo realizado para otro empresario, no es dudoso ni cuestionable que la cantidad a descontar o compensar en el momento de realizar la oportuna liquidación, no sería la que el trabajador percibía antes de la reducción de jornada-lo que no sería explicable según la lógica y el sentido de las cosas causándole un evidente e inexplicable perjuicio económico-sino la que le era abonada en el momento de su despido, razón por la cual parece difícilmente rebatible que en todo caso esa indemnización económica inherente al despido ilícito se deba determinar conforme al salario que se percibía cuando este se produjo.

La STS de 11-12-2001 dejó sentada doctrina sobre la forma de cálculo de la indemnización extintiva en el caso de reducción de jornada por el motivo en que la actora la disfruta, mas a tenor de lo que esta sentencia argumenta, no cabe deducir que la salvedad se refiera también a los salarios de tramitación. Y así lo viene entendiendo esta Sala, en sentencias, entre otras, de 5-11-2008 (rec. 828/2008) y 15-4-2010 (6475/2009) y , también entre otras, la del TSJ de Cataluña de 3-4-2009 (rec. 7938/2008).

TERCERO .- Partiendo de la jornada completa que la actora realizaba, de 39 horas semanales, y la que llegó a desempeñar en jornada reducida, de 30 horas, el importe del salario computable habrá de cuantificarse en la proporción correspondiente, que da un resultado de 82 euros diarios (3.198 eurosx30 horas:39horas ó 197,43+49,35:3 días).

CUARTO .- Al estimarse el recurso se devolverá a la empresa el depósito y la diferencia habida entre la consignación ingresada y la que corresponda según el referido salario de 82 euros diarios (art. 201. 2 y 3 de la LPL).

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por ORANGE MEDIA ADVERTISING, S.L contra sentencia dictada el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, de 13-10-2010 , en autos 869/2010, sobre despido, instados



por Dña. Daniela , y con revocación de la misma en lo que se refiere al importe de los salarios de tramitación, debemos declarar y declaramos que la cuantía de estos ha de quedar cifrada en 82 euros diarios. Devuélvase a la recurrente el depósito y la diferencia que corresponda entre la cantidad consignada y la resultante de aplicar el importe que ahora se declara. Sin costas.

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 CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 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, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **307/11** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 de la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.