



Roj: **STSJ AS 335/2010 - ECLI:ES:TSJAS:2010:335**

Id Cendoj: **33044340012010100304**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **29/01/2010**

Nº de Recurso: **2861/2009**

Nº de Resolución: **315/2010**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Oviedo, núm. 6, 23-07-2009,**  
**STSJ AS 335/2010**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00315/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 001 (C/ SAN JUAN Nº 10)

N.I.G: 33044 34 4 2009 0102942, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002861 /2009

Materia: DESPIDO

Recurrente/s: Pilar

Recurrido/s: TECNICA ELECTROACUSTICA TECESA S.L., FOGASA

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO de DEMANDA 0000385 /2009

SENTENCIA Nº: 315/10

ILTMOS. SRES.

D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ

Dª CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ

D. LUIS CAYETANO FERNANDEZ ARDAVIN

En OVIEDO a veintinueve de Enero de dos mil diez, habiendo visto el recurso de suplicación de los presentes autos de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los lltmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en

el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0002861/2009, formalizado por el Letrado JOSE MARIA FERNANDEZ GONZALEZ, en nombre y representación de Pilar , contra la sentencia de fecha 23 de julio de dos mil nueve, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO en sus autos número DEMANDA 0000385/2009, seguidos



a instancia de Pilar frente a TECNICA ELECTROACUSTICA TECESA S.L., parte demandada representada por el Letrado JUAN CARLOS RUBIO BRETOS, y FOGASA, no comparecida, en reclamación de DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos del mencionado Juzgado de lo Social se dictó sentencia de fecha 23 de julio de dos mil nueve por la que se desestimaba la demanda.

SEGUNDO.- En la mencionada sentencia y como hechos declarados probados figuran los siguientes:

1º) D<sup>a</sup>. Pilar , presta sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa TECNICA ELECTROACUSTICA TECESA S.L. en virtud de contrato de trabajo de duración indefinida celebrado el 08-03-07, a jornada completa a razón de 40 horas semanales, con la categoría profesional de Jefe Administrativo de 1<sup>a</sup>, con un salario diario bruto en cómputo anual de 68,49 euros, sujeta en cuanto a sus condiciones laborales al Convenio Colectivo de la Industria del Metal del Principado de Asturias, prestando servicios en horario partido de 8,00 a 13,30 horas y de 16,00 a 18,30 horas.

2º) La demandante durante el primer año de vigencia de la relación laboral hacía una jornada de 08:00 a 14:00 y de 15:00 a 17:00 horas; y a partir del primer año, pasó a hacer la de 08:00 a 13:30 y de 16:00 a 18:30 horas.

Durante el horario de tarde es en el cual la actora despachaba con el Jefe de Almacén, que tiene solamente horario de tarde, y con el Gerente de la empresa, el que habitualmente durante las mañanas está realizando gestiones fuera de la empresa.

3º) El 19-01-09 la demandante dirigió a la empresa el siguiente comunicado: "Mediante la presente deseo solicitar una reducción de jornada laboral de acuerdo al Art 37.5 del Estatuto de los trabajadores, en su redacción dada por el apdo. 5 de la Disposición Adicional 19<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo , para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, por motivo de la custodia de mi hijo Primitivo , nacido en Oviedo el 3 de abril de 2006.

La jornada laboral quedaría reducida en 1 hora (por tanto en un 1/8), con horario de mañana de 8 a 15 horas y Lunes a Viernes (caso de estar ambas partes de acuerdo con este horario), reducción proporcional de mi salario y efectividad desde el próximo 1 de febrero de 2009, lo que comunico con la debida antelación."

4º) Al anterior contestó la empresa el 23-01-09 en el siguiente sentido: "Esta empresa le comunica que accede a su petición de reducción de jornada en una hora diaria con la consiguiente reducción del salario a partir del próximo día 1 de febrero de los corrientes. No obstante lo anterior, como usted bien sabe, su horario de trabajo es de 8,00 a 13,30 horas y de 16,00 a 18,30 horas por lo que, dentro de dicha jornada laboral, quedamos a la espera de que usted concrete el horario que mejor se adapte a sus necesidades actuales.

5º) A partir de ese momento, tuvieron lugar conversaciones entre trabajadora y empresa acerca del horario sin llegar a aceptarse por parte de la empresa las soluciones propuestas por la actora, al incluirse en todas ellas por la demandante la supresión del turno de tarde.

No hubo más solicitudes ni comunicaciones escritas entre empresas y trabajadora.

A partir del 1 de febrero de 2009 y por propia iniciativa, la demandante comenzó a realizar un horario de 8,00 a 15,00 horas de lunes a viernes.

El Jefe de Almacén ante la supresión del horario de tarde de la demandante comunicó a la dirección de la empresa tal circunstancia dada la imposibilidad de tratar con ella asuntos de la empresa al no existir horario coincidente, contestándosele en el sentido de que se había requerido a la demandante para que hiciese el horario preestablecido.

Tanto el asesor jurídico de la empresa como el legal representante de la misma requirieron personalmente a la actora para que se reintegrase a su horario habitual, pese a lo cual la demandante continuó realizando jornada en horario solo de mañana.

6º) El 20-03-09 la empresa remitió a la demandante una comunicación del siguiente tenor literal: "Con efectos al día de la fecha, 20 de marzo de 2009, se acuerda extinguir la relación laboral que le une con esta empresa como consecuencia de despido disciplinario que se funda en los siguientes hechos.

El pasado 19 de enero comunicó a esta empresa reducción de su jornada laboral en razón a la custodia de su hijo Primitivo y en virtud de lo previsto en el art. 37.5 del E.T . La reducción de su jornada la fijaba en 1



hora y determinaba que aceptaba el horario de mañana de 8 a 15 horas y de lunes a viernes y con efectos al 1 de febrero de 2009.

Mediante comunicación de fecha 23 de enero se accedió a la petición formulada de reducción de jornada de 1 hora diaria, aún cuando se le recordaba que su horario de trabajo era 8 a 13:30 horas y de 16 a 18:30 horas y se le instaba a que la concreción horaria de la reducción se fijara dentro de la citada jornada laboral.

A pesar de lo anterior ha mantenido desde el 03 de febrero de 2009 no acude a su puesto de trabajo en jornada de tarde y ha aplicado unilateralmente y en los términos que usted libremente ha deducido, la reducción de jornada y ello a pesar de conocer la oposición a la misma manifestada de forma expresa y a las advertencias de todo orden que le han sido realizadas.

Tal conducta de abandono de su puesto de trabajo desde el 03 de febrero ha provocado un gravísimo perjuicio para esta empresa por cuanto no ha podido contar con la ejecución de su trabajo durante la jornada laboral pactada en su día.

Los hechos relatados constituyen faltas muy graves previstas en el art. 52 del vigente convenio colectivo y tipificadas en los apartados A (faltas no justificadas de puntualidad), B (faltas injustificadas de asistencia al trabajo) y L (abandonar el trabajo en puesto de responsabilidad sin previo aviso) de dicho precepto, así como en el apartado E (desobediencia en materia de trabajo que implica quebranto manifiesto de la disciplina y perjuicio notorio para la empresa) del art. 51 del mismo convenio.

Procede imponer la sanción de despido disciplinario de acuerdo con lo previsto en el art. 54 del Convenio y en relación igualmente con el artículo 54 del E.T .

Le ruego firme el recibí de la presente comunicación en prueba exclusiva de su recepción y entrega".

7º) Por Dª. Pilar se presentó solicitud de celebración de acto de conciliación por despido improcedente el día 15-04-09, el que se celebró el 28-04-09 con la asistencia de ambas partes, no lográndose un acuerdo entre ellos, por lo que finalizó Sin Avenencia.

8º) La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical ni representativo alguno.

9º) En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación de la parte demandante, siendo impugnado de contrario.

Elevados los autos a esta Sala, se dispuso el pase a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora recurre en suplicación contra la sentencia de instancia que declara procedente su despido, solicitando en un primer motivo, amparado en el Art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la supresión de los dos últimos párrafos del hecho probado quinto, con el argumento de que no existe prueba objetiva que los avale ya que los testigos aportados por la parte demandada son totalmente parciales.

Planteado el motivo en estos términos, su rechazo resulta forzoso pues olvida por completo que la valoración de la prueba incumbe en exclusiva al Magistrado de Instancia, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 97.2 de la LPL , y que, a tenor de lo establecido en el propio precepto en que se ampara, la revisión de los hechos que haya declarados probados sólo pueden hacerse con base en prueba documental o pericial no contradicha por ningún otro medio de prueba que acredite su error o equivocación.

Como la propia recurrente reconoce, la convicción judicial cuestionada se funda en la testifical practicada en el acto del juicio, por lo que carece de posibilidad alguna de éxito la pretensión de suprimir los hechos que se declaran probados con base en dicha prueba y sustituir al Juzgador a quo en su valoración.

SEGUNDO.- Inalterado el relato fáctico de la sentencia, resulta inevitable el fracaso de la censura jurídica que el recurso formula al amparo del Art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral .

No existe, de partida, la denunciada infracción del Art. 53 del Convenio Colectivo aplicable, pues basta la simple lectura de la carta de despido, transcrita en el hecho probado sexto, para comprobar que tal comunicación cumple los requisitos exigidos por el precepto, al constar, con toda claridad, la fecha del despido y los hechos que lo motivan.

Es cierto que la reducción de jornada por cuidado de un menor es un derecho de titularidad individual del trabajador, cuya concreción horaria le corresponde "dentro de la jornada ordinaria", según dispone el Art. 37.6 del ET , pero si surgen discrepancias con el empresario sobre la concreción horaria, el propio precepto



establece que han de ser resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el Art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral , que concede al trabajador un plazo de 20 días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

Acreditado en el caso: a) que la jornada ordinaria de la recurrente es de 8 a 13,30 y de 16 a 18,30 horas, de lunes a viernes, b) que solicitó la reducción en una hora de su jornada, por motivo de custodia de su hijo, con horario de mañana de 8 a 15 horas, c) que la empresa accedió a la reducción de jornada en una hora, pero no al horario propuesto, d) que no se llegó a ningún acuerdo en las diversas conversaciones mantenidas por las partes, e) que para solventar esa discrepancia, la recurrente no acudió al procedimiento establecido en el Art. 138 bis de la LPL , decidiendo, por propia iniciativa, realizar un horario de 8 a 15 horas a partir del día 3 de febrero de 2009, f) que tal horario no se adaptaba a las necesidades de la empresa, ya que era por la tarde cuando la recurrente -jefe administrativo de 1ª- despachaba los asuntos con el Jefe de Almacén, que solamente tiene horario de tarde, y con el Gerente de la empresa, que se encuentra habitualmente realizando gestiones fuera de la misma durante las mañanas, y g) que, pese a haber sido requerida varias veces para que se reintegrara a su horario habitual, continuó realizando jornada en horario sólo de mañana, resulta forzoso concluir que la decisión de instancia es plenamente ajustada a derecho.

En efecto, la recurrente no efectuó la concreción horaria "dentro de su jornada ordinaria", que es la jornada partida, ni acudió al procedimiento legalmente establecido para solventar el conflicto surgido con su empresa, sino que, atribuyéndose un poder que la ley no le otorga, decidió realizar, a partir del 3 de febrero de 2009 , una jornada continuada de 8 a 15 horas y hacer caso omiso de los requerimientos empresariales que se le hicieron para que se reintegrara a su jornada habitual.

Tal conducta es constitutiva de los incumplimientos contractuales que tipifican los apartados a) y b) del Art. 54 del Et como justa causa de despido, y de las faltas muy graves tipificadas en los Arts. 51 E y 52 B del Convenio Colectivo, pues supone una reiterada desobediencia con quebranto manifiesto de la disciplina e injustificadas ausencias al trabajo durante la jornada de tarde, siendo merecedora, por su gravedad y culpabilidad, del despido acordado, máxime cuando la empresa ha acreditado la existencia de razones para oponerse al nuevo horario, y la recurrente, en cambio, no ha aportado prueba alguna que legitime su posición.

Por cuanto antecede;

## FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Pilar contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a su instancia contra TECNICA ELECTROACUSTICA TECESA S.L. y FOGASA, sobre Despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Adviértase a las partes que contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el plazo de diez días. Incorpórese el original al correspondiente Libro de Sentencias. Líbrese certificación para su unión al rollo de su razón. Notifíquese a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de procedencia, con certificación de la presente.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.