

## **El TSJ de Madrid declara que no cabe solicitar fraudulentamente la adaptación de la jornada para blindarse ante un posible despido**

**Desestima la Sala el recurso interpuesto contra sentencia que declaró improcedente y no nulo el despido disciplinario del actor, por no apreciar indicio de vulneración a la no discriminación alegada ante la solicitud de la reducción de jornada por guarda de su hijo menor.**

En el presente caso se considera que el actor conocía que en la reunión a la que había sido convocado en las oficinas de la empresa, se le iba a comunicar el despido disciplinario, lo que le llevó a preparar y seguir la estrategia de evitar la notificación del cese solicitando una reducción de jornada por guarda de su hijo menor. A juicio de la Sala cuando la extinción tuvo lugar no podía considerarse que el trabajador hubiera solicitado el permiso prevenido en el art. 37.5 del ET, que llegó a la empresa después de la hora de la reunión, solicitud que fue cursada por el actor de forma absolutamente forzada por burofax enviado en la tarde del día anterior al que debía estar de forma presencial en la sede de la empresa, lo que carece de toda lógica y avala la apreciación del magistrado de instancia de que fue exclusivamente solicitado para blindarse frente al despido, no habiendo aportado dato alguno del que colegir que el cuidado de su hijo requiriese en ese momento de más dedicación que la que ya le dispensaba teletrabajando tres días a la semana.

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 6

Fecha: 25/01/2021

Nº de Recurso: 489/2020

Nº de Resolución: 39/2021

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON

Tipo de Resolución: Sentencia

### **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

#### **Sala de lo Social**

#### **SENTENCIA**

En Madrid, a 25 de enero de 2021, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Sexta de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por el/las Ilmo/as. Sr/as. Citado/ 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

## SENTENCIA N.º 39

En el Recurso de Suplicación número 489/2020 formalizado por el letrado DON GONZALO VELASCO RECIO en nombre y representación de DON Jose Pedro, contra la sentencia número 144/2020 de fecha 10 de julio, dictada por el Juzgado de lo Social número 23 de los de Madrid, en sus autos número 361/2020, seguidos a instancia del recurrente frente a DIRECCION000., siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por despido y tutela de derechos fundamentales, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. Virginia García Alarcón, 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.- Que el actor viene prestando sus servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de consultoría informática, con antigüedad de 26 de marzo de 2019, con la categoría profesional de Arquitecto, percibiendo un salario mensual, de 3.300 €, con prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- Que el 30 de septiembre de 2019, el actor llegó a un acuerdo con la demandada por el cual la empresa le incrementaba en 3.600 € el salario base y le abonaría un salario variable de 6.000 €, concediéndole teletrabajo los martes, miércoles y jueves.

TERCERO.- Que desde el 1 de octubre de 2019, el actor realiza la prestación de servicios teletrabajando desde su domicilio en DIRECCION001 (Segovia), los martes, miércoles y jueves, con absoluta libertad, autonomía de horario y dedicación, sin fichar los periodos de conexión informática, y acudiendo al centro de trabajo de la empresa en Madrid, los lunes, por la mañana, con salida a primera hora de la tarde, y los viernes por la mañana, con flexibilidad de horario esos dos días.

CUARTO.- Que Dña. Joaquina, Directora de Administración (Accounting & Administration) de la demandada remitió un correo electrónico a dos empleados de la empresa, el 3 de febrero de 2020, a las 16:40 horas, para que prepararan la baja del actor por despido disciplinario, que había decidido la Dirección de la empresa ese mismo día.

QUINTO.- Que el actor fue convocado por D. Anselmo, Director del Departamento Tecnología, Infraestructuras y Servicios, por correo electrónico remitido el 3 de febrero de 2020, a las 16:24 horas, a una reunión en el centro de trabajo de Madrid, el 5 de febrero de 2020, con la responsable del Departamento de Infraestructuras y Servicios, inmediata superior suya, Dña. Loreto, con objeto de comunicarle la decisión que se había adoptado dos días antes, de despedirle, correo con el siguiente contenido: "Me gustaría que nos viésemos el miércoles 5, a las 9 en la Oficina de Madrid", que fue contestado ese día, a las 4:53 pm, "Sin problema Anselmo. ¿Hay que preparar algo? Preventas hechas o que se yo...", correo que a su vez fue contestado con evasivas.

SEXTO.- Que el 4 de febrero de 2020, a las 17:53 horas, el actor cursó un burofax dirigido a Dña. Matilde de DIRECCION000, a la oficina central de esa empresa en DIRECCION002 (Asturias) - que resultó notificado el 5 de febrero de 2020, a las 11:47 horas - solicitando una reducción de jornada, "como consecuencia de tener bajo mi guardia y custodia a mi hijo Ceferino nacido el NUM000 de 2017, menor de doce años", de un octavo diario (1/8) con efectos de 2 de marzo de 2020, exponiendo que teniendo en cuenta que su horario actual es: jornada partida (de enero a mitad de junio y, de

mitad de septiembre a diciembre) de lunes a jueves de 8 a 13:30 h y de 14 h a 17:30 h y jornada intensiva (los viernes y todos los laborables de mitad de junio a mitad de septiembre) de 9 a 14 h; y teletrabajo de martes a jueves (ambos inclusive), el "horario de la reducción de jornada será el siguiente (salvo error de cálculo):

-jornada partida (de enero a mitad de junio y, de mitad de septiembre a diciembre) de lunes a jueves de 8 a 13:30 y de 14 h a 16:22 h.

-Jornada intensiva (los viernes y todos los laborables de mitad de junio a mitad de septiembre) de 9 a 13:23 horas.

- Teletrabajo de martes a jueves (ambos inclusive).

SEPTIMO.- Que el actor no asistió a la reunión a la que había sido convocado, el 5 de febrero de 2020, y mediante posterior correo electrónico, de ese mismo día, remitido cuatro horas y medio más tarde, a las 13:32 horas, éste comunicaba: "Me he puesto enfermo y pasé muy mala noche. Siento no habernos podido ver. A ver si a partir del lunes estoy mejor y ya quedamos". Asimismo, a las 13:38 horas, de ese mismo día, remitió un correo electrónico a Rosalia y Sandra, adjuntando parte de baja para su tramitación, parte médico de baja de incapacidad temporal por contingencias comunes, expedido en DIRECCION001, el 4 de febrero de 2020.

OCTAVO.- Que al no haber asistido el actor a la reunión a la que había sido convocado, la demandada recabó la firma de dos trabajadores, en calidad de testigos, en la carta de despido dirigida al actor fechada, el 5 de febrero de 2020, quienes la firmaron a las 9:30 horas (documento n.º 3 del ramo de la demandada que se tiene por reproducido).

NOVENO.- Que la empresa comunicó al actor el despido disciplinario mediante carta, de 5 de febrero de 2020, con efectos desde ese mismo día, remitida a su domicilio por burofax, a las 20:06 horas, de ese mismo día (documento n.º 4 del ramo de la demandada que se tiene por reproducida) que resultó notificada, el 8 de febrero de 2020, a las 12:45 horas, destacando que se expone, entre otras cuestiones, que "la dirección de la empresa ha tenido conocimiento, como en los dos últimos meses (periodo comprendido entre diciembre de 2019 a enero de 2020) su rendimiento habitual en el trabajo ha evidenciado una reducción voluntaria y palmaria tanto puesto en relación con su rendimiento habitual como frente al rendimiento común de sus compañeros de trabajo de su misma categoría/grupo profesional de Arquitecto/Analista de Sistemas...2 DECIMO.- Que el demandante cursó, el 6 de febrero de 2020, a las 22:36 horas, por burofax una carta dirigida a la oficina central de la empresa en DIRECCION002 (Asturias), a nombre de Dña. Matilde, comunicando que remitía "nuevamente el parte de incapacidad temporal, así como correo electrónico que les envié el día 5 de enero de 2020, puesto que no he recibido confirmación de la tramitación de éste por su parte" remitió mediante burofax", que fue notificado, el 7 de febrero de 2020, a las 11:22 horas.

UNDECIMO.- Que el demandante disfrutó vacaciones del 13 de diciembre de 2020 al 30 de diciembre de 2020.

DUODECIMO.- Que la posibilidad de que se despidiera al actor fue tratada en el mes de noviembre de 2019 en reunión de su responsable directa, Dña. Loreto y el director del Departamento, D. Anselmo, en función de su rendimiento en los dos meses siguiente.

DECIMO TERCERO.- Que D. Hernan, Arquitecto/Analista de Sistemas, que presta servicios en el mismo Departamento que el actor, a cuyo número de preventas se refiere comparativamente con las del actor la carta de despido, es un trabajador con más de cinco años de antigüedad que ejerce funciones de líder del equipo.

DECIMO CUARTO.- Que desde el equipo comercial se solicita al equipo técnico de preventas en que trabaja el actor, integrado por 10/12 personas, que realicen una evaluación de viabilidad y

oportunidad de negocio de proyectos, los cuales le son asignados en función de su carga de trabajo y conocimientos técnicos concretos, dependiendo que un proyecto prospere de muchos factores independientes de la voluntad del demandante.

DECIMO QUINTO.- Que la demandada con una plantilla de 253 trabajadores en alta en la Seguridad Social por cuenta ajena, cuenta con unos 9 de ellos en situación de reducción de jornada, conociendo en la fecha en que contrató al actor que éste era padre de un menor nacido en 2017.

DECIMO SEXTO.- Que registró, el 24 de febrero de 2020, la preceptiva papeleta instando el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación que se celebró sin avenencia, el 12 de marzo de 2020.

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Que estimando la pretensión subsidiariamente deducida en la demanda promovida por D. Jose Pedro, frente a la empresa DIRECCION000, declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el demandante y condeno a la empresa demandada a que a su libre opción proceda a readmitirle en su puesto de trabajo o alternativamente abonarle la cantidad de 3.281,92 €, en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado, con la advertencia que de no optar expresamente dentro de ese plazo se entenderá que procede obligatoriamente la readmisión, con abono en este caso de los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de notificación de la sentencia. Desestimo el resto de las pretensiones deducidas en la demanda, absolviendo de las mismas a la empresa demandada." CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por el procurador DON SANTOS CARRASCO GÓMEZ en representación de la demandada, con asistencia del letrado DON JAVIER RODRÍGUEZ MOZAS.

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 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 21 de enero de 2021 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.- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita el recurrente la modificación del hecho probado quinto en la siguiente forma:

"Que el actor fue convocado por D. Anselmo, Director del Departamento Tecnología, Infraestructuras y Servicios, por correo electrónico remitido el 3 de febrero de 2020, a las 16:24 horas, a una reunión en el centro de trabajo de Madrid, el 5 de febrero de 2020, con la responsable del Departamento de Infraestructuras y Servicios, inmediata superior suya, Dña. Loreto, con objeto de comunicarle la decisión que se había adoptado dos días antes, de despedirle, correo con el siguiente contenido: "Me gustaría que nos viésemos el miércoles 5, a las 9 en la Oficina de Madrid", que fue contestado ese día, a las 4:53 pm, "Sin problema Anselmo. ¿Hay que preparar algo? Preventas hechas o que se yo...", correo que a su vez fue contestado por el Sr. Anselmo el 3 de febrero de 2020, a las 16:55 horas, con el siguiente texto: "Unas tostadas para desayunar... (tres iconos señalando risa) -. El estado de las oportunidades que estás moviendo, a ver si podemos empujar algo" Revisión totalmente irrelevante para el resultado del pleito que se inadmite.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia el actor la vulneración del artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 37.6 del mismo cuerpo legal y el 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil, alegando que el despido ha sido declarado improcedente, no habiendo sido recurrido por la empresa y habiendo desistido por su parte a la solicitud relativa a la vulneración de derechos fundamentales e indemnización adicional, manteniendo la nulidad del despido ex lege ya que desconocía hasta que recibió la carta de despido, que dicha decisión estaba tomada el 3 de febrero de 2020, habiendo considerado el magistrado a quo, pese a que la testigo compareciente es trabajadora de la empresa y tiene, a su juicio, interés en el litigio, que tal decisión existía cuando solicitó la reducción de jornada el día 4 de febrero de 2020, por lo que la sentencia entiende desactivado el indicio de vulneración del derecho a la no discriminación, pero, a juicio del recurrente, es de aplicación en todo caso los preceptos estatutarios citados, exponiendo que el día 3 de febrero fue citado a una reunión para el día 5 de febrero, cursando el burofax de reducción de jornada el día 4 de febrero, que fue notificado a la empresa el siguiente día a las 11:47 horas, siéndole remitida la carta de despido ese mismo días a las 20:06 horas, por lo que concluye que no hay indicio alguno de que conociera previamente su cese ni la reducción de jornada solicitada guarda relación con ello y por tanto la conclusión alcanzada en la instancia sobre su mala fe no se basa en ningún enlace preciso y directo entre el hecho acreditado y el presunto, poniendo de relieve que obtuvo en septiembre una subida salarial, no había sido sancionado y no ha quedado acreditado que su trabajo hubiera disminuido por su voluntad, haciendo hincapié en que el correo que recibió convocándole a la reunión del día 5 de febrero no hacía suponer que se le fuera a comunicar su despido, y la contestación del Sr. Anselmo indica todo lo contrario. Finalmente señala que la jornada reducida solicitada lo fue sobre una jornada semanal de 41 horas durante el periodo anual ordinario en contraposición con la intensiva de verano, siendo errónea la valoración del magistrado de instancia que considera que solicita una reducción ocho minutos, cuando es de 1 hora y 8 minutos de lunes a jueves y de 37 minutos los viernes, por tanto de 1/8.

Corresponde al magistrado a quo la valoración de toda la prueba practicada, para lo que es soberano, no pudiéndose revisar los hechos que considera acreditados en fase de suplicación, salvo que de un documento o prueba pericial se desprenda de forma directa y clara la existencia de un error y, en el presente caso, consta en el hecho probado duodécimo que la posibilidad de despedir al actor fue tratada ya en noviembre de 2029, aplazándose para seguir su rendimiento en los dos meses posteriores, considerando dicho juzgador que el actor conocía que en la reunión a la que había sido convocado en las oficinas de la empresa el día 5 de febrero de 2020, se le iba a comunicar el despido disciplinario, que se estaba tramitando por el departamento de personal desde dos días antes, y ello le llevó a preparar y seguir la estrategia de evitar la notificación del cese ese día y lograr notificar antes su carta solicitando una reducción de jornada por guarda de su hijo menor, lo que solicitó por burofax enviado el día anterior por la tarde, que fue notificado el día de la reunión a las 11:47 horas, es decir casi tres horas después de la prevista para la misma, a la que no acudió, por tanto llega a la conclusión de que evitó la notificación a la hora en que se iba a efectuar por la empresa para que llegara su petición de reducción de jornada.

Partiendo de lo anterior, que en absoluto ha resultado desvirtuado, siendo irrelevante lo que se contestara al correo del actor por el director que le había convocado a la reunión en la que se iba a comunicar el despido, a las 9 horas del día 5 de febrero, porque lo trascendente es que la decisión de despedir ya estaba tomada como se declara probado y, consecuentemente cuando la extinción tiene lugar no puede considerarse que el trabajador hubiera solicitado el permiso prevenido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, que llegó a la empresa después de dicha hora y de que la empresa hiciera participe de la carta de despido a dos testigos, solicitud que fue cursada por el actor, de forma absolutamente forzada por burofax enviado en la tarde del día anterior al que debía estar de forma presencial en la sede de la empresa, lo que carece de toda lógica y avala la apreciación del

magistrado de instancia de que fue exclusivamente solicitado para blindarse frente al despido, no habiendo aportado tampoco dato alguno del que colegir que el cuidado de su hijo requiriese en ese momento de más dedicación que la que ya sin duda le dispensaba teletrabajando tres días a la semana, de manera que si hay hechos sólidos de los que colegir que la petición de reducción de jornada obedece exclusivamente a tal finalidad de blindaje frente al despido, no existiendo infracción legal alguna ni siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 55.5.b) del mismo cuerpo legal, por lo que el recurso no puede ser acogido.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 489/2020 formalizado por el letrado DON GONZALO VELASCO RECIO en nombre y representación de DON Jose Pedro, contra la sentencia número 144/2020 de fecha 10 de julio, dictada por el Juzgado de lo Social número 23 de los de Madrid, en sus autos número 361/2020, seguidos a instancia del recurrente frente a DIRECCION000., siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por despido y tutela de derechos fundamentales y confirmamos la resolución impugnada. SIN COSTAS.

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.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo.

Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente n.º 2828- 0000-00- (NÚMERO DE RECURSO) que esta Sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo del General Martínez Campos 35, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:

Clave entidad Clave sucursal D.C.

Número de cuenta 0049 3569 92 I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 2. En el campo ORDENANTE, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.

3. En el campo BENEFICIARIO, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA, se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento. MUY IMPORTANTE: Estos 16 dígitos correspondientes al procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos

este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen. Pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S).

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y de Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/266/2012, de 13 de Diciembre.

A los trabajadores, funcionarios, personal estatuario, beneficiarios del régimen público de la seguridad social y sindicatos, cuando actúen en defensa de un interés colectivo de los trabajadores o beneficiarios de la seguridad social, no les es exigible el abono de la referida tasa.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales 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 por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.