



Roj: **STSJ M 5268/2020 - ECLI: ES:TSJM:2020:5268**

Id Cendoj: **28079340042020100376**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/05/2020**

Nº de Recurso: **1021/2019**

Nº de Resolución: **352/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG: 28.079.00.4-2019/0018600

Procedimiento Recurso de Suplicación 1021/2019

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid Despidos / Ceses en general 408/2019

Materia: Despido

Sentencia número: 352/2020

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D. ENRIQUE JUANES FRAGA

Dña. MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME

En Madrid a veintiuno de mayo de dos mil veinte habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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

En el Recurso de Suplicación 1021/2019, formalizado por el LETRADO D. SANTIAGO VALENTIN-GAMAZO GOMEZ-ALONSO en nombre y representación de DIRECCION000 , contra la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 408/2019, seguidos a instancia de Dña. Begoña contra la recurrente y FISCALÍA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME, 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.- Begoña prestaba sus servicios para DIRECCION000 desde el 4 de marzo de 1999, con la categoría 5SR.SPC y con un salario bruto mensual de 4.731 euros mensuales (folios 75 a 90).

*SEGUNDO.- La demandante lleva disfrutando de dos días de **teletrabajo** a la semana (martes y miércoles) desde el 14 de septiembre de 2009 (folios 71 a 73 bis).*

TERCERO.- El 14 de enero de 2019, se incorporó a la empresa D. Victoriano como jefe directo de la actora (hecho reconocido).

*CUARTO.- El 17 de enero de 2019, la actora causó baja, solicitando el alta el 4 de febrero de 2019. A los pocos días, la actora mantiene una conversación con el Sr. Victoriano en la que este le comunicó que debía reducir su **teletrabajo** de uno a dos días.*

QUINTO.- El día 21 febrero, la demandante remitió un correo electrónico a su superior jerárquico, Sr. Victoriano, del siguiente tenor: "hola, Victoriano : de acuerdo con la conversación que acabamos de mantener, resumo lo hablado sobre mi futuro papel en el nuevo equipo de DIRECCION001 :

*"Me sugieres que pierda una jornada de **teletrabajo** y que trabaje de manera presencial, para así estar más cerca del equipo y aprender más sobre DIRECCION001 ;*

*"Para mí, el trabajo no es "algo agradable", sino una "necesidad", dada mi situación **familiar** (madre soltera con tres niños pequeños);*

*"Para lograr un equilibrio entre la vida personal y el trabajo, necesito tener dos días de **teletrabajo**. Necesito estar en casa pronto para poder cuidar de mi familia;*

*"Me ofrecí a dejar el **teletrabajo** durante periodos especiales, reuniones, etc., como he estado haciendo hasta ahora, pero manteniendo siempre esos dos días de **teletrabajo**;*

*"He trabajado de esta manera durante dos años, con dos días de **teletrabajo** y viniendo la oficina cuando era necesario y, hasta ahora, no había tenido ningún problema. En mi opinión, puedo seguir haciéndolo del mismo modo;*

*"Muchos compañeros en DIRECCION001 y en la familia DIRECCION000 tienen dos o más días de **teletrabajo** y nunca ha habido ningún problema;*

*"Si tengo que reducir mis jornadas de **teletrabajo** a solo día, tendría que solicitar una reducción "de jornada" para asegurarme de que los martes y miércoles salgo de la oficina a las 16:30 y de que llego a casa a tiempo para cuidar de mis hijos. Esto también tendrá consecuencias negativas que repercutirán en mi salario y podría necesitar acudir a los tribunales españoles para modificar las condiciones de la custodia de mis hijos.*

*"Resumen: durante mi jornada **laboral**, estoy completamente centrada en mi trabajo. Me esfuerzo todo lo posible para poder mantener un equilibrio entre la vida personal y el trabajo y utilizo todas las herramientas que DIRECCION000 me ofrece para poder lograrlo. Espero que podamos llegar a una solución que nos beneficie a DIRECCION000, DIRECCION001 de mí misma. Un cordial saludo". (folios 121 a 123).*

SEXTO.- El día 1 de marzo de 2019, la demandante recibió una carta de despido del siguiente tenor literal "estimada Sra Begoña : lamentamos comunicarle que la dirección de la empresa ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su contrato debido a que la calidad de su trabajo no ha cumplido con los estándares de su posición y las expectativas de la compañía. En los últimos años su rendimiento ha sido insatisfactorio a la vez que irregular, generando incluso una presión innecesaria para el resto de los miembros de su departamento. Esta situación constituye, a nuestro juicio, causa de despido disciplinario de conformidad con el artículo 54.2.e del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores . La extinción del contrato de trabajo tendrá efectos al día 1 de marzo de 2019. Rogamos acuse recibo de este escrito, a efectos de notificación" (folio 124).



SÉPTIMO.- El día 21 de febrero de 2019, el Sr. Victoriano remitió el correo del 21 de febrero de la actora a Candido , superior jerárquico de este para solicitar aprobación en la decisión que tomara respecto de la actora (folios 158 a 164).

OCTAVO.- El 28 de febrero de 2019, Candido remitió un correo a Africa y al Sr. Victoriano recomendando su despido basándose en motivos de rendimiento deficiente (folios 167 a 169).

NOVENO.- El 14 de marzo de 2019 la actora presentó papeleta de **conciliación** ante el SMAC celebrándose el 3 de abril de 2019 sin avenencia."

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

"ESTIMO la demanda de despido formulada por D^a. Begoña contra la mercantil DIRECCION000 y declaro la nulidad del despido efectuado por la empresa con efectos de esta sentencia, condenando a ésta a que readmita a la trabajadora, con abono de los salarios de tramitación a razón de 155,54 euros diarios. "

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada DIRECCION000 , formalizándolo posteriormente; 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 21/11/2019, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: 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. - La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid de fecha 10 de septiembre de 2019 estima la demanda calificando el despido de nulo, por vulneración de derechos fundamentales, concretamente, del art. 24 de la Constitución Española, sobre tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad.

Frente al fallo, se interpone el presente Recurso de Suplicación por la representación Letrada de la empresa demandada DIRECCION000 ., habiéndose presentado escritos de impugnación por la trabajadora demandante DOÑA Begoña , así como por el MINISTERIO FISCAL.

SEGUNDO. - Se formulan como motivos del Recurso de Suplicación los que se indican seguidamente:

MOTIVOS PRIMERO y SEGUNDO. - Se formulan al amparo del apartado a) del art. 193 de la LRJS, relativo a la reposición de actuaciones al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas y garantías del procedimiento que hayan producido indefensión.

A tal fin se denuncia la vulneración de los artos 24. 1º y 2º y art. 25. 1º ambos de la CE y arts. 75. 1º y 90. 1º de la LRJS.

Con carácter general, cabe indicar que para que pueda estimarse el recurso de suplicación sobre la base del art. 193.a) LRJS, han de concurrir una serie de requisitos como son:

- . En primer lugar, una infracción de normas o garantías del procedimiento;
- . En segundo lugar, la existencia de indefensión; y
- . En tercer lugar, la protesta previa en el momento procesal oportuno, salvo que la entidad de la falta sea tal que comprometa al orden público procesal en cuyo caso no es necesario que haya sido denunciada por las partes pudiéndose estimar de oficio, o que la infracción se produzca en la sentencia en cuyo caso es evidente que no resulta factible efectuar la protesta en momento distinto al de la formalización del recurso.

La finalidad de la denuncia por el apartado a) del citado art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es que pueda declararse la nulidad de actuaciones y, además, no toda infracción de una norma procesal dará lugar a la nulidad por quebrantamiento de forma siendo preciso que la misma haya provocado a la parte consecuencias negativas limitando sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, siendo la indefensión el alma de la nulidad.

Por otro lado, la indefensión no ha de ser meramente formal sino también material incumbiendo al recurrente demostrar que el error judicial anuló o limitó sustancialmente los derechos inherentes a su calidad de parte en



el proceso (sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1985 -RTC 1985\161-; 5 de octubre de 1989 -RTC 1989\158; y 25 de abril de 1994 -RTC 1994\12-).

A través de estos motivos primero y segundo, la solicitud de la parte es la declaración de nulidad de la sentencia recurrida con reposición de las actuaciones al momento en que se vulneraron sus derechos de defensa y de presunción de inocencia (acto de la vista), por no haber accedido la Magistrada de instancia a la práctica de la prueba testifical, propuesta por la empresa, habiéndose prejuzgado el resultado del litigio en el curso de la celebración del juicio.

Partiéndose de que la parte tiene la posibilidad de interesar la revisión de los hechos probados, y en su caso justificar la denuncia jurídica del fallo en Suplicación, el remedio de la nulidad está considerado por la Doctrina Jurisprudencial como excepcional y último, dada la extraordinaria incidencia que tiene sobre el curso del proceso y la dilación que ello supone.

Por lo que respecta al tema de la prueba testifical, la indefensión que se alega solamente se podría tener por acreditada y ser relevante para la prosperabilidad del motivo si su ausencia causase efectiva indefensión a la parte, previa oportuna protesta en tiempo y forma, y esto, solo puede ocurrir sin la citada prueba fuera decisiva para su defensa es decir, en los términos que se ha manifestado la Doctrina Constitucional " *cuando la resolución judicial final del proceso podría haber sido favorable a los intereses del justiciable de haberse admitido y practicado la prueba en cuestión*".

En relación con la denegación / con la no práctica de pruebas en la instancia , esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 13 julio de 2015, mantiene la siguiente doctrina:

"CUARTO.- - El Tribunal Constitucional en Sentencia 82/2009, de 23 de marzo , declara que para... que pudiera apreciarse que efectivamente ha existido en el procedimiento (...) la lesión de los derechos a la defensa y a utilizar los medios de prueba (art. 24.2 CE)... sería preciso que ésta hubiera alegado y fundamentado adecuadamente en esta jurisdicción de amparo que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del procedimiento... el recurrente ha de razonar... respecto de la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; de otro, argumentando que la resolución final del proceso judicial podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien, por este motivo, busca amparo (por todas, SSTC 149/1987, de 30 de septiembre ; 131/1995, de 11 de septiembre , 165/2001, de 16 de julio ; 79/2002, de 8 de abril ; 147/2002, de 15 de julio ; 1/2004, de 14 de enero ; y 129/2005, de 23 de mayo ...".

En Sentencias del Tribunal Constitucional 247/2004 de 20 de diciembre y 4/2005, de 17 de enero , se señala que "... corresponde al recurrente justificar la indefensión sufrida, en un doble aspecto: por un lado, ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones."....

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 2004, 121/2004, matiza, con cita de su previa sentencia de 16 de julio de 2001, nº 165/2001 que: ...

a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio ; 211/1991, de 11 de noviembre ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 351/1993, de 29 de noviembre ; 131/1995, de 11 de septiembre ; 1/1996, de 15 de enero ; 116/1997, de 23 de junio ; 190/1997, de 10 de noviembre ; 198/1997, de 24 de noviembre ; 205/1998, de 26 de octubre ; 232/1998, de 1 de diciembre ; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi (STC 26/2000, de 31 de enero , FJ 2.

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre ; 212/1990, de 20 de diciembre ; 87/1992, de 8 de junio ; 94/1992, de 11 de junio ; 1/1996 ; 190/1997 ; 52/1998, de 3 de marzo ; 26/2000 , FJ 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 89/1995, de 6 de junio ; 131/1995, de 11 de septiembre ; 164/1996, de 28 de octubre ; 189/1996, de 25 de noviembre ; 89/1997, de 10 de noviembre ; 190/1997, de 10 de noviembre ; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2).



c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase...

d) *Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2 ; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3 ; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5 ; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2 ; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2) ...*

e) *La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3 ; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3 ; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2 ; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3 ; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero ; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3 ; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2 ; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2 ; 45/2000, FJ 2 ; 69/2000 de 17 de marzo, FJ 28" (FJ 2)....*

Y finalmente, como dice la Sentencia del TC 4/2005 ... el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar (por todas, SSTC 37/2000, de 14 de febrero, FJ 4; y 73/2001, de 26 de marzo, FJ 4). En tales supuestos, lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación "sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia" (STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 2; y, reproduciéndola, STC 208/2001, de 22 de octubre, FJ 3)".

En conclusión, la vulneración de este derecho fundamental exige el concurso de dos circunstancias: la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable o que la inejecución sea imputable al órgano judicial, y que la prueba denegada o no practicada sea decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente la indefensión sufrida.

Por lo que respecta al tema de la conducta llevada a cabo por la Magistrada de instancia en el transcurso de la vista, imputando a la misma que había incurrido en el vicio procesal de prejuzgar el resultado del procedimiento, orientando el resultado de la futura resolución, se estaría aludiendo a una posible pérdida de su imparcialidad.

Ha de distinguirse dos clases de imparcialidad:

-la objetiva, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez se acerca al tema decidendi sin haber tomado postura en relación con él (así, sentencias del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2009 o de 18 de julio de 2011).

-la subjetiva, que garantiza que el juez no haya mantenido relaciones indebidas con las partes, en las que se integran todas las dudas que derivan de las relaciones del juez con aquellas o que no actúe por vinculaciones con actividades anteriores o temas de posición ideológicas o personales que comprometan su labor.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en Auto de 07.07.2000, al que alude expresamente el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) (Sala de lo Social en sentencia de 08-07-2002, nº 2755/2002, declara que "la imparcialidad del Juez constituye el antecedente preciso para la función judicial, y antecedente necesario para la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución y, por ello viene garantizada en el art. 117.1 de la Constitución, como igualmente por diversos Tratados internacionales suscritos por España (art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, art. 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos) y, constituyendo un presupuesto del derecho a un proceso con todas las garantías, de conformidad con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional contenida entre otras en las SSTC 199/1991, de 20 de junio (RTC 1991199), 151/1991, de 8 de julio (RTC 1991151), 206/1994, de 11 de julio (RTC 1994206), 60/1995, de 17 de marzo (RTC 199560), 64/1997, de 7 de abril (RTC 199764), o 98/1997, de 20 de junio (RTC 199798), o 14/1999, de 22 de febrero (RTC 199914), entre otras. La falta de imparcialidad necesaria puede derivar de la relación del Juez con las partes (imparcialidad subjetiva) o de su relación con el objeto del proceso (imparcialidad objetiva), siendo suficiente para apreciarla que la relación existente con las partes o con el objeto del proceso sea sospechosa de falta de imparcialidad, excluyendo con ello toda duda legítima, pues, como señaló la sentencia del Tribunal Europeo



de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 (Asunto De Cubber) "en esta materia incluso las apariencias pueden revestir importancia, según un adagio inglés citado particularmente en la sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970: "justice must not only be done; it must also be seen be done..." (en traducción libre: "la justicia no solo ha de darse sino que también debe parecer que se da"..."; también hace alusión al auto de la Sala Cuarta de fecha 10.11.1999 en el que se recoge que "el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, proclamado en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, se encuentra incluido, según una constante doctrina constitucional, en el derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española y; en tal sentido se han pronunciado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/1987 (RTC 1987148), 106/1989 (RTC 1989106), 138 y 151/1991 (RTC 1991138 y RTC 1991151), 206/1994 (RTC 1994206), 60/1995 (RTC 199560) y 64 y 98/1997 (RTC 199764 y RTC 199798). De acuerdo con dicho mandato, han de estar suficientemente garantizadas en el ordenamiento jurídico, tanto la imparcialidad real u objetiva de los Jueces, como la confianza de los ciudadanos en su imparcialidad, por ser aquélla una convicción especialmente necesaria en una sociedad democrática que descansa, por su propia naturaleza, en el consentimiento otorgado por los ciudadanos a los poderes públicos..."

Para la correcta resolución de estos dos primeros motivos de suplicación, se ha de partir, tras el visionado de la grabación del acto de la vista a partir del momento temporal que la parte recurrente ha indicado como revelador de la concurrencia de causas de nulidad, de las decisiones adoptadas por la Magistrada que presidió el acto del juicio desde el minuto 45, que fueron las siguientes:

"...En relación a la prueba testifical solicitada, se admite la testifical del Sr. Victoriano , que es el jefe directo de la parte demandante y cuyo testimonio es a los efectos como digo voy a practicar la prueba únicamente pensando en la nulidad como les he dicho ya que la carta no cumple ab initio ninguno de los requisitos establecidos por la Jurisprudencia para acceder a la consideración del despido como procedente, puesto que no valora de manera pormenorizada y dando opción a la parte actora de poder defenderse de los hechos que se imputan por tanto la improcedencia del despido es algo que sin entrar en mayores consideraciones esta Juzgadora va a tener que aceptar. Por tanto, inicialmente voy a admitir prueba en relación a la posible nulidad ya que no veo necesidad de practicar una prueba más allá de la que se ha aportado documentalmente puesto que el TSJ en este sentido lo puede volver a examinar..."

Y a estos efectos, procede a la admisión del testigo Sr. Victoriano para que se le pueda interrogar respecto de una posible indemnidad, indicándose respecto de la testifical de D^a Africa el desconocer qué interés tiene en este pleito, no aparecer en la demanda ni saber siquiera quien es, dando la posibilidad a la parte demandada y ahora recurrente para que alegara su vinculación con el procedimiento, concluyendo que su manifestación en ese momento -al menos, y sin perjuicio de su práctica como diligencia final-, no era necesaria.

Igual pregunta efectuó la Juez a quo sobre a qué efectos interesaban las dos partes la declaración del Comité de Empresa, admitiendo de los dos integrantes propuestos únicamente a uno de ellos, en concreto la testigo de la parte actora Sra. Leticia , no así la propuesta por la parte demandada Sra. Macarena .

Ante todo, en nada se vulneró el principio de igualdad de partes en el proceso, pues la empresa contó con las posibilidades de alegación y prueba que la Ley prevé, sin que el principio indicado pueda relacionarse con el hecho de que finalmente la sentencia fue condenatoria, como tampoco hay merma de la imparcialidad porque el órgano judicial decida en favor de las tesis de una sola de las partes y con base en este criterio, ha de considerarse que no procede acceder a la nulidad interesada.

En el acto del juicio se procedió a razonar de manera suficiente los motivos de la denegación de la práctica de la testifical de las Sras. Melisa y Macarena , criterio que esta Sección comparte puesto que si la primera únicamente tenía vinculación con ser la destinataria de un correo en el que se solicitaba el despido de la actora, realmente se limitó a cumplir, como responsable de recursos humanos con una instrucción que le era dada por su superior, sin capacidad, por tanto para decidir si existían o no motivos para imponer tal sanción y cuales eran esos motivos. Y respecto de la segunda, su declaración iba dirigida a la conducta de la trabajadora en el momento de recibir la carta de despido, cuando lo que se está debatiendo en el procedimiento es si ha existido un incumplimiento por la empleada que le haga merecedora de una sanción disciplinaria consistente en la extinción de su contrato, es decir, qué ha hecho con anterioridad a que se adoptara la decisión empresarial de despedirle, resultando indiferente a estos efectos su actuación posterior.

Y por lo que respecta a la pérdida de la imparcialidad por parte de la jugadora de instancia al prejuzgar el resultado del juicio, ha de entenderse su actuación comprendida en las facultades del art. 85 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, puesto que acompañándose con el escrito de demanda la carta de despido, y conocido su contenido por la Magistrada que celebraba la vista, ésta únicamente advirtió a las partes



de que detectaba ciertos defectos formales en su redacción, cuya consecuencia jurídica era la calificación como de improcedente del despido, cuestión ésta, sobre la que ninguna infracción normativa se imputa a la resolución judicial en el recurso. Y en su actuación frente al Sr. Victoriano, nuevamente del visionado de la grabación a partir del minuto 52, se aprecia que se permite a ambos letrados el interrogar a dicho testigo, interviniendo ocasionalmente la juzgadora para efectuar alguna aclaración/concreción a las preguntas (la declaración fue prestada a través de una intérprete) e incluso con alguna advertencia al testigo, cuestiones más o menos acertadas, e incluso opinables, pero ello no es parcialidad, no habiendo asumido función procesal de parte alguna y sí ejercicio de las facultades de dirección del debate procesal por quien va a enjuiciar el despido planteado.

MOTIVO TERCERO. - Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del art. 193 de la LRJ relativo al examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

En este sentido, se alude a la infracción, por inaplicación indebida del art. 55. 5º del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia sobre la garantía de indemnidad, con cita de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Sala de lo Social- sede Sevilla de 8-11-2017 en la que se recogen diversas resoluciones tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

Básicamente, se mantienen tres argumentos:

-Realmente existía un proceso de negociación entre las partes, siendo más bien la "reducción de jornada" una reacción de la trabajadora ante la propuesta de la empresa, pudiendo estar ante un abuso de derecho por parte de la empleada.

-Es el área de Recursos Humanos la que tiene la facultad de despedir, desconociéndose la medida que pretendía adoptar la actora si se le tocaban sus días de **teletrabajo**.

-Hay hechos objetivos que justifican la adopción de la medida del despido y cuya prueba no fue posible por impedirlo la magistrada al no practicarse la testifical.

El fallo de la sentencia de instancia procede a calificar de nulo el despido acordado por la empresa recurrente, en aplicación del art. 55. 5º del Estatuto de los Trabajadores por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad.

Ha de partirse del inmodificado relato de hechos probados, destacando los siguientes:

-La Sra. Begoña desde septiembre de 2009 realiza **teletrabajo** dos días a la semana.

-El 14 de enero de 2019, se incorpora a la empresa como jefe directo suyo D. Victoriano, quien, tras incorporarse la trabajadora después de una baja **laboral** (del 17 de enero de 2019 al 4 de febrero de 2019), mantiene una conversación con ella para indicarle que "debía" reducir su **teletrabajo** de los dos días a uno.

-El 21 de febrero de 2019, envía D^a Begoña un correo electrónico al Sr. Victoriano para indicarle que " *si tengo que reducir mis jornadas de **teletrabajo** a solo día, tendría que solicitar una reducción de jornada para asegurarme de que los martes y miércoles salgo de la oficina a las 16,30 y de que llego a casa a tiempo para cuidar a mis hijos...*"

-Ese correo fue reenviado por D. Victoriano a su superior jerárquico, D. Candido y éste indico por la misma vía, el 28 de febrero de 2019, al Sr. Victoriano y a la Sra. Africa (responsable de recursos humanos), que recomendaba el despido de la ahora recurrida basándose en motivos de rendimiento deficiente.

-En la carta de despido, se comunicaba a la demandante su despido disciplinario alegando como causa " *la calidad de su trabajo no ha cumplido con los estándares de su posición y las expectativas de la compañía. En los últimos años, su rendimiento ha sido insatisfactorio a la vez que irregular, generando incluso una presión innecesaria para el resto de los miembros de su departamento*".

En relación con la denominada garantía de indemnidad, el Tribunal Supremo en sentencia de 21-2-2018, rec. 2609/2015, indica:

*4. Por otra parte, es doctrina constante de esta Sala IV del Tribunal Supremo (STS/4ª de 4 marzo 2013 -rcud. 928/2012 -, 5 julio 2013 (rcud. 1374/2012 y 1683/2012 -), 11 noviembre 2013 -rcud. 3285/2012 -, 14 mayo 2014 -rcud 1330/2013 - y 13 diciembre 2016 -rcud. 2059/2015-, entre otras) la que recuerda que el criterio del Tribunal Constitucional según el cual, "El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones **laborales**, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia*



derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos" (STC 14/1993 , 125/2008 y 92/2009).

De ello hemos de extraer la conclusión de que una actuación empresarial que surge como respuesta a acciones del trabajador tendentes a la defensa y salvaguarda de los derechos que cree ostentar debe ser calificada como "radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, ya que entre los derechos **laborales** básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo según el art. 4.2 apartado g ET " (STC 76/2010 , 6/2011 y 10/2011 , entre otras)".

Sobre esta misma materia, esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 1ª, en la sentencia dictada el 28-06-2019, nº 713/2019, rec. 74/2019, indica:

" La garantía de indemnidad se puede generar por las reclamaciones presentadas ante la propia empresa u órganos internos de la misma, así como por el ejercicio de acciones por las que se promueva un proceso judicial o de preparación del mismo; incluso, no son pocos los casos en que la denuncia de un trabajador ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social ha comportado una acción por parte de la empresa que ha repercutido de forma negativa en el empleado. Todo ello resulta con independencia del órgano administrativo o jurisdiccional al que se acuda, de si se ejerce individual o colectivamente, o bien de que la reclamación del trabajador haya prosperado siempre y cuando ésta tuviera una cierta fundamentación legal.

(...) se ha señalado reiteradamente por la jurisprudencia la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental o libertad pública, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido.

Y sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata, en fin, de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria...".

Como se recoge en la sentencia de instancia y esta Sala de lo Social comparte, existen una serie de indicios que apuntan a que la reacción de la empresa, ante esta posible solicitud, fue la del despido; y así:

. Llevaba la empleada en **teletrabajo** casi 10 años, sin que por la empresa se mostrara oposición a su actuación profesional ni a su rendimiento ni dedicación.

. La coincidencia física entre Dª Begoña y su jefe directo D. Victoriano es de dos días en enero de 2019 y 17 días en febrero de 2019 hasta el envío del correo, período en el que lo que se le plantea es que "debe reducir" sus días de **teletrabajo**.

. La actora muestra por escrito su oposición con los argumentos recogidos en el correo electrónico que remite el 21 de febrero de 2019 en el que anuncia que de reducir a un día sus jornadas de **teletrabajo** tendrá que solicitar una reducción de jornada para asegurarse la atención a sus hijos.

. Ese mismo día, el 21 de febrero de 2019, el Sr. Victoriano remite el correo a su superior D. Candido para solicitar su aprobación en la decisión que tomara respecto de la actora, siendo esta decisión - comunicada por D. Candido al Sr. Victoriano y a Dª Africa el 28 de febrero de 2019- la de su despido basada en rendimiento deficiente, que no se concreta en la carta aludiendo a que el mismo ha sido insatisfactorio e irregular en los últimos años.

Frente a estos datos, incumbía a la empresa el probar que su actuación obedecía a motivos extraños al anuncio por la trabajadora de tener que reducir su jornada para ocuparse de sus hijos menores y esa prueba no se ha practicado, pero no por impedirlo la Magistrada con sus decisiones sobre la prueba, sino por la propia conducta de la parte recurrente quien nada podía acreditar sobre los motivos alegados en la carta de despido cuando en su redacción se habían utilizado expresiones poco concretas en cuanto a los posibles incumplimientos, tanto en su contenido como en su momento temporal, siendo claramente insuficiente la referencia a no haber cumplido los " estándares de su posición y las expectativas de la compañía" o a que su rendimiento " fue insatisfactorio a la vez que irregular", sin aclarar qué tipo de "presión" se estaba ejerciendo sobre "el resto de los miembros de su departamento".

Se alude, por ultimo a que el área de recursos humanos desconocía la intención de la trabajadora de reducir su jornada. Ningún dato consta en el relato de hechos probados sobre qué persona o departamento tenía la



facultad para despedir, ni que la misma residiera en el departamento de recursos humanos, que bien pudo limitarse a ejecutar materialmente el despido que, según la sentencia, fue adoptada por D. Candido ante la propuesta de D. Victoriano de tomar alguna decisión respecto de la Sra. Begoña para la que necesitaba su aprobación, conociendo ambos el contenido del correo electrónico que la trabajadora envió a su jefe directo el 21 de febrero de 2019 y que éste a su vez remitió en esa misma fecha a su superior, por lo que ambos eran plenamente concededores de la decisión de reducción de jornada de D^a Begoña .

No habiendo incurrido la resolución dictada por el Juzgado de lo Social en las infracciones puestas de manifiesto en el recurso, el mismo no va a ser acogido.

TERCERO. - Procede la imposición de costas, debiendo estarse al art. 235.1 LRJS que prevé esta medida respecto a la parte recurrente que resulta vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

CUARTO. - Contra la presente sentencia cabe Recurso de Casación para la unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

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

FALLAMOS

Desestimamos el Recurso de Suplicación 1021/2019, formalizado por el LETRADO D. SANTIAGO VALENTIN-GAMAZO GOMEZ-ALONSO en nombre y representación de DIRECCION000 , contra la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 408/2019, seguidos a instancia de Dña. Begoña contra la recurrente y FISCALÍA, en reclamación por Despido. Confirmamos la sentencia de instancia.

Se imponen las costas causadas a la parte recurrente DIRECCION000 . fijándose los honorarios de la Letrada de la parte recurrida en 800,00 euros.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubieran prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva si procediese la realización de los mismos

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 nº 2829-0000-00-1021-19, que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº 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 IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
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 (2829000000102119), 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).



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.

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 fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ