

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 775/2018 de 17  
Jul. 2018, Rec. 2474/2017**

**Ponente: Castro Fernández, Luis Fernando de.**

**A Favor: EMPRESA.**

**En Contra: TRABAJADOR POR CUENTA AJENA.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2474/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 775/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 17 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup>. Modesta , representada y asistida por la letrada D<sup>a</sup>. Beatriz Pérez García, contra la sentencia dictada el 23 de enero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 946/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid , en autos nº 656/2015, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Modesta contra Omnisoft Informática, S.A., sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de abril de 2016, el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando íntegramente la demanda de despido interpuesta por D<sup>ña</sup>. Modesta contra la empresa OMNISOFIT INFORMÁTICA S.A., actualmente en concurso, siendo administrador concursal la empresa COMPÁS CONCURSA S.L.P., debo declarar y declaro procedente el despido de la actora, de efectos de 8 mayo 2015, convalidando la decisión extintiva que con el se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones formalizadas en su contra».

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO.- La demandante D<sup>ña</sup>. Modesta , con D.N.I. nº NUM000 , ha venido prestado servicios para la demandada OMNISOFIT INFORMÁTICA S.A., actualmente en concurso, siendo

administrador concursal la empresa COMPÁS CONCURSA S.L.P., con antigüedad de 1 de agosto de 2001, categoría profesional de 4TMJ y salario mensual de 1.701'6 euros, con prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- En fecha 8 mayo 2015 la demandada remitió a la actora carta de despido, con efectos en esa misma fecha. El contenido de la misma, unida a los folios 14 y 15, se da por reproducido.

**TERCERO.-** El 31 marzo 2015 la empresa demandada remitió carta a la actora en la que le informaba de la reunión que había tenido lugar el día anterior con el comité de empresa, para estudiar la situación de la compañía tras la finalización en esa fecha del contrato de servicios con BBVA.

Y en la misma fecha le comunicó que desde el día uno de abril de 2015 hasta el 24 abril 2015, ambos incluidos, quedaba liberada de acudir a sus puestos de trabajo. Recordándole que durante ese periodo no podía prestar servicios directa o indirectamente para BBVA.

**CUARTO.-** La demandada comunicó posteriormente a la actora que el día 27 abril 2015 debía acudir a las oficinas de la empresa en la Avenida de Brasilia en Madrid.

**QUINTO.-** El 1 de abril de 2015 concluyó el contrato de prestación de servicios que vinculada a OMNISOFIT INFORMÁTICA S.A. y al BBVA, en el que prestaba servicios la demandante.

No obstante lo anterior, en las instalaciones de la empresa demandada sitas en la Avenida de Brasilia en Madrid se mantuvo la actividad tras el 27 de abril de 2015 en la prestación de servicios contratados con otras empresas.

**SEXTO.-** Desde el 1 de abril de 2015 la actora presta servicios para la empresa ABALIA CONSULTING S.L., con contrato indefinido a tiempo completo, en horario de 8:00 a 17:00 horas.

**SÉPTIMO.-** La demandante no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical de los trabajadores.

**OCTAVO.-** El día 17 junio 2015 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación de Madrid, que concluyó como intentado sin efecto».

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, por la representación de D<sup>a</sup>. Modesta , se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 23 de enero de 2017 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Modesta contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de los de MADRID, de fecha QUINCE DE ABRIL DE DOS MIL DIECISÉIS , en virtud de demanda formulada por DOÑA Modesta contra OMNISOFIT INFORMÁTICA S.A. en reclamación de DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia».

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la representación de D<sup>a</sup>. Modesta , se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28 de noviembre de 2016 (rec. 625/2016 ).

**QUINTO.-** No habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente. Se señaló para la votación y fallo el día 17 de julio de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** 1. En 23/01/17, el TSJ Madrid dicta sentencia en el recurso de suplicación nº 946/16, confirmando la que en 15/04/16 había pronunciado el J/S nº 25 de Madrid [autos 656/15],

declarando procedente el despido de que a fecha 08/05/15 había sido objeto la trabajadora accionante.

2. Decisión que la demandante recurre en unificación de doctrina, aduciendo la infracción de los arts. 54 [apartados 2 a ) y 2d )] y 17 ET , y presentando como contradictoria la STSJ Madrid 28/11/16 [rec. 625/16 ]. Resolución ésta que, revocando la pronunciada por el mencionado Juzgado en igual data, califica de improcedente el despido de otro trabajador cesado el mismo día por la empresa demandada con base en idénticos motivos.

**SEGUNDO.-** 1. Con carácter previo a cualquier otra consideración, es preciso poner de manifiesto que el planteamiento del recurso incide en un error patente, que probablemente deriva del cometido por la sentencia impugnada, y que se proyecta no sólo sobre el núcleo de la contradicción sino también sobre el fondo del asunto.

Tal error consiste en entender que la resolución recurrida declara la procedencia del despido con fundamento en los párrafos a ) y d) del art. 54.2 ET cuando lo cierto es que de la lectura de los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia a la que remite se desprende que la afirmación que hace la combatida acerca de que ninguno de los motivos de censura jurídica articulados por la trabajadora merece favorable acogida es fruto de una equivocación, ya que la misma va seguida de la transcripción literal de los fundamentos segundo y tercero de una sentencia emitida en un asunto similar, en el primero de los cuales se estima el motivo en el que el allí demandante acusaba la infracción de los arts. 54.2. d ) y 17 ET , con una extensa y detallada argumentación mientras que en el segundo se rechaza aquél en que se denunciaba la vulneración del art. 54.2.a) ET .

En definitiva, la aparente contradicción interna entre la aseveración apodíctica, no fundada ni razonada, formulada en las líneas iniciales del cuarto fundamento de derecho de la sentencia impugnada y el resto de su contenido, es mera consecuencia de un error como resulta de los razonamientos desplegados en la sentencia de reenvío, que la recurrida hace suyos, de los que se desprende que la declaración de procedencia del despido efectuada por la Sala de suplicación encuentra sustento exclusivo en la relevancia disciplinaria de la inasistencia al trabajo, sin que dicho órgano considere merecedora de sanción la otra conducta alegada por la empresa como causa de despido, referida a la transgresión de la buena fe contractual. Respecto de esta última la sentencia aquí cuestionada acogió el motivo de suplicación planteado por la trabajadora, decisión que quedó firme y sobre cuyo acierto no corresponde manifestarse en esta sede al gozar de la autoridad de cosa juzgada cuyo desconocimiento atentaría contra el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica.

2. Cuanto se deja razonado obliga a reconducir el recurso entablado por la demandante a los límites marcados por el pronunciamiento impugnado, que no son otros que la disconformidad con la aplicación por la sentencia impugnada del art. 54.2 a) ET , y a situar el núcleo de la contradicción en la distinta valoración que de las faltas de asistencias al trabajo que declaran acreditadas efectúan las sentencias a contrastar, dejando al margen de nuestro análisis el otro incumplimiento alegado por la empresa en la carta de despido.

En consecuencia, tanto el juicio de comparación como el eventual examen de fondo ha de ceñirse a la inasistencia al trabajo como causa de despido disciplinario.

**TERCERO.-** 1. Así delimitado el ámbito de conocimiento y decisión de la Sala en el caso de autos, y antes de entrar en el análisis del presupuesto de la contradicción que abre la puerta al estudio de la cuestión suscitada en el recurso, se impone recordar que según jurisprudencia reiterada la calificación de conductas a los efectos de su subsunción en el art. 54 ET no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la formulación de criterios generales, aplicables fuera del ámbito en que se ha producido ( SSTS 04/02/2016, rcud 1630/2014 y 24/04/2018, rcud 2218/2016 , entre otras).

Tales resoluciones evidencian también algo que afecta, de manera más profunda, a la propia función de este recurso como mecanismo de unificación jurisprudencial. Instrumento que no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, cuando se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas, la solución depende de las apreciaciones que en cada caso se hagan teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, lo que introduce un elemento de singularidad que no es susceptible de unificación doctrinal, tarea, que estaría condenada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable.

2. Sin embargo, la doctrina expuesta se formula como un axioma general que admite excepciones, como hemos señalado recientemente - SSTS 27/06/18 (dos) [rcud. 962/17 y rcud. 1293/17 ]- conociendo de litigios promovidos por otros trabajadores de la empresa demandada cesados por razones análogas en los que se aportaba la misma sentencia de referencia.

También en este caso el examen de las sentencias comparadas evidencia que contienen pronunciamientos opuestos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales tal como requiere el art. 219 LRJS para la admisión del recurso de casación unificadora. Las peticiones formuladas en las demandas son idénticas al igual que el sustrato fáctico de las sentencias contrastadas. En efecto, en los dos procedimientos los trabajadores prestaban servicios para la empresa Omnisoft Informática SL, en concurso, con la categoría profesional de 4TMJ, en la contrata del BBVA. En 31/03/15 su empleadora les remite escrito en el que les informa de la reunión mantenida con el Comité de Empresa para estudiar la situación de la compañía tras la finalización en esa misma fecha del contrato de prestación de servicios suscrito con la referida entidad bancaria y les libera de la obligación de acudir a su puesto de trabajo hasta el 24 de abril inclusive con la advertencia de que durante ese período no podrán prestar servicios directa o indirectamente para el BBVA. Posteriormente, la demandada les comunica que el 27/04/15 se deberán presentar en las oficinas de la empresa y el 06/05/15 les entrega carta de despido disciplinario en la que es imputa un doble incumplimiento contractual: de un lado, haber seguido desempeñando las mismas funciones para BBVA por cuenta de Abalia Consulting S.L.; de otro, haber faltado injustificadamente a su puesto de trabajo los días 28 a 30 de abril y 4 a 8 de mayo de 2015. En ambos supuestos consta acreditado que desde el 01/04/15 los demandantes trabajan para la nueva contratista del servicio, a tiempo completo, en horario de 8 a 17 horas, en virtud de contratos de duración indefinida, así como que ni el 27/04/15 ni los días posteriores se personaron en las oficinas de la empresa demandada.

Pese a tales identidades, la decisión recurrida declara la procedencia del despido argumentando que la actora incurrió en la causa de despido prevista en el art. 54.2.a) ET al dejar de acudir al puesto de trabajo, una vez concluida la suspensión del contrato, desde el 27/04/15, y hasta la fecha del despido. La sentencia razona que tal conducta no puede ampararse ni justificarse en la convicción de que la empresa carecía de puestos de trabajo y de actividad vista su situación y perspectivas, por cuanto que fue la trabajadora quien decidió, por propia iniciativa, no presentarse.

Por su parte, la sentencia de contraste califica el despido de improcedente. En lo que a este recurso de casación para la unificación de doctrina interesa considera comprensible que el trabajador, a la vista de la intención empresarial expresada en la carta de 31/03/15 de iniciar un ERE extintivo y de alcanzar un acuerdo lo más pronto posible para no dilatar el acceso a las prestaciones por desempleo, agotara las posibilidades para procurarse una pronta recolocación, y estima lógico que, una vez conseguido el nuevo empleo, decidiese no acudir a las instalaciones de la demandada a fin de no perderlo teniendo en cuenta que el contenido de la referida comunicación entraba en contradicción con la continuidad de la actividad empresarial como consecuencia de los trabajos realizados para otros clientes. Por otra parte, la Sala sostiene que debe admitirse como razonable que el trabajador pensase que la relación laboral se extinguiría una vez culminada la negociación del ERE, dada su adscripción a la contrata rescindida, por lo que

carecía de sentido obligarle a comparecer en la empresa para ejecutar un trabajo ya finalizado, sin que de los términos del escrito de 31/03/15 se desprendiese la voluntad empresarial de asignarle trabajos contratados por otros clientes.

La circunstancia de que la decisión adoptada por la sentencia impugnada de calificar como procedente el despido del ahora recurrente encuentre fundamento exclusivo en uno de los dos incumplimientos que le fueron imputados en la comunicación extintiva a no enerva la contradicción, en tanto que la sentencia de contraste ha llegado a conclusión opuesta analizando ambas causas.

**CUARTO.-** 1. Acreditada la contradicción hay que reiterar que la cuestión de fondo que nos corresponde enjuiciar se contrae a determinar si la incomparecencia de la actora a la empresa en los nueve días laborables siguientes a la finalización del permiso retribuido concedido, no obstante el requerimiento formulado por su empleadora para que acudiese el 27/04/15, puede calificarse de injustificada y de causa fundada para la declaración de procedencia del despido impuesto el 08/05/2015.

2. Tal cuestión no ha sido examinada y resuelta de manera específica por la STS 27/06/2018 [rcud 962/17 ]. Esta sentencia tiene en cuenta los dos incumplimientos que la sentencia de suplicación consideró justa causa de despido -similares a los que la sentencia dictada en estas actuaciones en instancia estimó acreditados -pero los razonamientos desarrollados para justificar el pronunciamiento confirmatorio se circunscriben al referido a los que se consideran constitutivos de transgresión de la buena fe contractual, que considera suficientes para justificar la medida disciplinaria adoptada por la empresa, sin perjuicio de realizar determinadas alusiones a la otra conducta, como cuando señala que la relación contractual entre las partes se mantenía viva, y que la demandante, terminada la licencia retribuida, dejó de asistir a las instalaciones de la empresa sin justificación alguna.

3. El art. 54.2. a) ET , reputa incumplimiento contractual determinante de despido las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo. En el presente caso, de los dos elementos que conforman el supuesto normativo no se discute el relativo a la reiteración de la conducta, condicionante de la gravedad requerida por el apartado 1 del mencionado precepto, que en todo caso concurre de manera manifiesta, dado que la inasistencia de la actora a la empresa se prolongó durante nueve días laborables consecutivos, y el debate se centra en el elemento referido a la inexistencia de una causa legítima que justifique las faltas, vinculado a la exigencia de culpabilidad.

Pues bien, en el relato histórico de la sentencia recurrida no figura circunstancia alguna que permita dispensar a la demandante de su obligación de comparecer en la empresa el 27/04/15 , como se le había indicado de manera expresa, y en los días sucesivos. Es más, tal narración pone de manifiesto que la verdadera causa de su proceder fue que en esas mismas fechas se encontraba prestando servicios laborales para otra empresa cumpliendo un horario de 9 a 17 horas, lo que hacía inviable su incorporación a la demandada. Frente a ello la justificación no puede consistir en la percepción subjetiva de la actora de que no estaba obligada a acudir a la empresa en razón de la crisis por la que atravesaba, máxime si se tiene en cuenta que su actividad comercial no se limitaba a la realizada para el BBVA. La razón por la que la demandante no acudió a la empresa no radicó en un hecho o acontecimiento independiente de su voluntad sino en su decisión libre y consciente que, además, no puso en conocimiento de la empresa en ningún momento, sin que existiese causa alguna que justificase la falta de notificación, lo que explica que su empleadora, una vez transcurrido un plazo dilatado sin tener noticias suyas, procediese a su despido, decisión que no se puede revertir con base en meras especulaciones carentes de cualquier sustento sobre los motivos por los que la actora pudo decidir no personarse en la empresa.

En definitiva, al no acudir a la empresa a partir del día 27/04/15, la trabajadora demandante incurrió en un incumplimiento grave y culpable de su deber laboral básico, lo que constituye la justa causa de despido tipificada en el art. 54.2.a) ET . Al declararlo así la sentencia impugnada

no incurrió en la infracción que se le achaca, por lo que procede su confirmación y la desestimación del recurso, lo que se resuelve sin imposición de costas.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D<sup>a</sup>. Modesta , contra la sentencia dictada el 23 de enero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 946/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid , en autos nº 656/2015, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Modesta contra Omnisoft Informática, S.A., sobre despido, sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

