

Roj: **STS 317/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:317**Id Cendoj: **28079140012011100040**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/01/2011**Nº de Recurso: **2018/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS RAMON MARTINEZ GARRIDO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Enero de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Sr. Marcos Ramos en nombre y representación de OPTIMI SPAIN, S.L.U. contra la sentencia dictada el 26 de marzo de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en recurso de suplicación núm. 91/10, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Albacete, en autos núm. 689/2009, seguidos a instancia de D. Torcuato, contra Optimi Spain S.L.U., sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Ramon Martinez Garrido,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de octubre de 2.009 el Juzgado de lo Social de Albacete nº 2 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Torcuato, contra la empresa Optimi Spain S.L.U. declarando convalidada la extinción del contrato de trabajo que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación".

**SEGUNDO.-** Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos: "PRIMERO: D. Torcuato, mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000, vecino de Albacete, ha venido prestando sus servicios para la empresa Optimi Spain S.L.U. desde el 5 de julio de 2004, como Ingeniero de Telecomunicaciones, con la categoría profesional de Titulado superior, y salario de 3.041,67 euros mensuales.- SEGUNDO: El 28 de junio de 2009 el trabajador recibe comunicación de la empresa informándole de su despido con efectos del día 23 de junio de 2009. El 1 de julio de 2009 la empresa remite al trabajador "ampliación de la carta de despido". (Documentos que obran en los ramos de prueba de los litigantes y que en este momento se da por reproducida).- TERCERO: Disconforme la decisión extintiva el trabajador ha intentado la preceptiva conciliación ante la SMAC de Albacete el 22 de julio de 2009, sin avenencia, habiendo presentado papeleta de conciliación el día 9 de julio de 2009.- CUARTO: La demanda ha sido presentada ante el Juzgado Decano de los de lo Social de Albacete el 28 de julio de 2009.- QUINTO: La empresa que se dedica a la realización de proyectos y desarrollos de telefonía, requiere en la última fase de estos que el personal asignado a dichos trabajos se desplace al país en el que se ha diseñado su implantación.- SEXTO: Desde el inicio de la relación laboral el trabajador se ha desplazado para ultimar proyectos en no menos de 30 ocasiones, realizando viajes a distintos países de Asia, América y Europa.- SEPTIMO: El actor ha participado activamente en la preparación de un proyecto a desarrollar en Iran para el cliente MTNI Rancell (JSP - 0098 MNTBBechamarking).- OCTAVO: En marzo de 2009 ante una solicitud de vacaciones del hoy actor (documento nº 10 de los aportados por la demandada) la empresa le indica que antes debe comunicar cual es la situación del proyecto en Iran en el que esta trabajando. A primeros de abril la empresa interesa del trabajador facilite su pasaporte para preparar su visado para viajar a Iran.- NOVENO: Ante la negativa de desplazarse la empresa entrega comunicación al trabajador el 20 de abril de 2009 (documento 14 de la prueba documental de la demandada, que en este momento se da por reproducido), informándole que el desplazamiento a Iran se iniciara el día 4 de mayo de 2009, con una duración de 1 mes, interesándole informe



de los motivos de su negativa a desplazarse.- DECIMO: El 23 de abril de 2009 el actor presenta comunicación a la empresa (Doc 16 de la prueba documental de la demandada) aceptando la decisión de desplazamiento a Iran, mostrando su disconformidad con la decisión adoptada y las causas que la motivan. Interesando le concreten las condiciones en que se va a efectuar el desplazamiento.- UNDECIMO: Mediante correo electrónico de 24 de abril de 2009 el trabajador remite escaneado el pasaporte, confirmando telefónicamente este mismo día que acepta la realización del viaje.- DUODECIMO: El 27 de abril de 2009 la empresa remite comunicación al trabajador mediante burofax la información solicitada (Doc 17 de la prueba documental de la demandada) indicando al trabajador los motivos de su desplazamiento y las condiciones del mismo, que coinciden con las que ha venido disfrutando en sus reiterados desplazamientos. Indicando como posdata: "esperemos que su comportamiento en este caso concreto, tras manifestar de forma vehemente su negativa a aceptar la situación, no responda a estrategia alguna y se limite a un simple malentendido".- DECIMO TERCERO: El 27 de abril de 2009 el trabajador comunica telefónicamente a la empresa que no se encuentra bien, y remite parte de baja de incapacidad temporal por contingencias comunes. La empresa tiene concertado con Mutua Intercomacal la cobertura de los riesgos derivados de contingencias comunes y profesionales.- DECIMO CUARTO: En mayo de 2008 el trabajador solicitó de la empresa certificado del Departamento de Recursos Humanos para poder inscribirse en un Master (MBA de alta exigencia y con asistencia obligatoria, impartido en Madrid por el Instituto de Empresa), a fin de acreditar que trabaja en una empresa, y así poder cursarlo en la modalidad a tiempo parcial (Viernes tarde y sábados mañana); indicándole que el certificado lo debía interesar de su superior. En enero de 2009 el trabajador interesa nuevamente la carta de empresa en relación con el curso; informándole su superior que: "cualquier master presencial va a ser incompatible con los proyectos que tenemos en estos momentos y que vamos a tener a lo largo del año".- DECIMO QUINTO: En numerosas ocasiones el trabajador ha faltado a los controles y citas médicos fijados por Mutua Intercomarcal en concreto 19 de mayo, 19, 25 y 29 de junio. Por la Mutua se ha iniciado procedimiento de extinción de la prestación económica, al amparo de lo dispuesto en el art. 131 bis de la L.G.S.A., al entender no justificadas las diversas ausencias. (documento 21 de la demandada).- DECIMO SEXTO: Según informe emitido por los servicios médicos de la Mutua Intercomarcal el 26 de junio de 2009 "El cuadro clínico que presentaba el 19 de junio de 2009 Torcuato, es incompatible con la realización de viajes a diferentes localidades por los efectos secundarios de los fármacos pautados, así como la asistencia a actividades que requieran atención y concentración, siendo aconsejable, por lo contrario la asistencia por especialistas.- DECIMO SEPTIMO: En escrito suscrito el 24 de septiembre de 2009, por el facultativo que extendió los partes de baja del actor indica que en su historia clínica consta: Inicio I.L. T. Con fecha 27/4/2009 por un trastorno de ansiedad excesiva. Siguió tratamiento con Benzodiazepinas y se recomendó asistencia un master por ser beneficioso para superar dicho proceso. Con evolución favorable fue alta el 9/07/2009".- DECIMO OCTAVO: La benzodiazepina como el resto de ansiolíticos sus principales efectos adversos consisten en somnolencia y confusión. Y entre sus contraindicaciones figura que no se debe consumir conjuntamente con bebidas alcohólicas ni conducir vehículos a motor.- DECIMO NOVENO: Según consta en los informes emitidos por los detectives Metodo 3 S.A. contratados por la empresa el trabajador ha venido asistiendo al Master impartido por el Instituto de Empresa en Madrid, constando fotográficamente su presencia en la salida de dicha institución los días 9 y 22 de mayo y el 19 de junio de 2009, el día 22 en un "descanso" ha acudido a un bar de las inmediaciones del Instituto junto con tres compañeros, consumiendo una caña de cerveza, y manteniendo "actitud dicharachera y participativa en la conversación, preferentemente con la chica". El 19 de junio al abandonar el Instituto el actor y cinco compañeros de trabajo entran en un bar de las inmediaciones en el que permanecen unos 25 minutos, periodo en que el demandante consume tres cervezas de barril; observando que "al investigado se le ve contento y participativo".- VIGESIMO: El actor no ostenta ni ha ostentado cargo alguno de representación colectiva o sindical".

**TERCERO.**- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Torcuato ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual dictó sentencia en fecha 26 de marzo de 2010, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de D. Torcuato contra la Sentencia de fecha 7 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Albacete, en autos 689/09 sobre despido, siendo parte recurrida OPTIMI SPAIN, SLU, debemos revocar y revocamos la citada resolución, dictando otra en su lugar, por la que estimando la demanda formulada por D. Torcuato contra la empresa "Optimi Spain, SLU", debemos declarar y declaramos improcedente del despido del que fue objeto aquél, condenando a la empresa a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión del trabajador al mismo puesto de trabajo y mismas condiciones que regían antes del despido, o el abono de una indemnización de 22.810,50 euros (s.e.u.o.), y en todo caso, el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha que tuvo efectos el despido (23 de junio de 2009) hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 101,38 euros día, sin perjuicio de las deducciones que procedan por las cantidades percibidas en concepto de incapacidad temporal, o por salarios, si el actor hubiera encontrado otro empleo".



**CUATRO.-** Por la representación de OPTIMI SPAIN, S.L.U. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 2 de junio de 2010. Se aportan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 17 de noviembre de 2.003 y 13 de noviembre de 2.007 y por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo e, 30 de junio de 2.008 .

**QUINTO.-** Por providencia de fecha 21 de octubre de 2010 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, habiéndose impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerar procedente la estimación parcial del recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de enero de 2010, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** La sentencia recurrida de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 26 de marzo de 2010 , estimando el recurso de suplicación interpuesto por el demandante, declaró improcedente su despido, efectuando el correspondiente Pronunciamiento de condena frente a la empresa demandada.

Los hechos básicos para la solución del litigio -literalmente más arriba transcritos- son los siguientes: El demandante es Ingeniero de Telecomunicación y, al servicio de la empresa Optimi Spain S.L.U., ha realizado numerosos viajes al extranjero por cuenta de la empresa. Se le ordenó un viaje a Irán, que el demandante rechazó en principio y acabó aceptando más tarde, pero, días antes de la fecha fijada para el desplazamiento, inició un proceso de incapacidad temporal por trastorno de ansiedad excesiva para el que le fue impuesto tratamiento con benzodiazepina.

La carta de despido la empresa le imputa la asistencia a un Master para el que había de desplazarse a Madrid los viernes por la tarde y sábados por la mañana sin estar autorizado por la empresa.

La demandada ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que estructura en tres motivos. Los dos primeros pretenden la obtención de un pronunciamiento de procedencia del despido y, el tercero, postula la rebaja del salario que la sentencia ha tomado como módulo para el cálculo de las indemnizaciones. Propone para cada uno de esos motivos la correspondiente sentencia de contraste cuya procedencia examinaremos por separado.

**SEGUNDO .-** Para el primer motivo en el que se alega la fraudulencia de la asistencia al master, se propone la sentencia de la Sala de Cataluña de 13 de noviembre de 2007. Resuelve esta sentencia acerca de una trabajadora, responsable regional de captación de socios para el Real Automóvil Club de Cataluña que, hallándose en baja por incapacidad temporal, a causa de un trastorno ansioso depresivo, asistía a un curso de ciclo superior de educación infantil durante seis horas y cuarto cada día, con asistencia obligatoria y dos años de duración, con los correspondientes trabajos y exámenes. Afirma la sentencia, que declaró procedente el despido, que la trabajadora estaba capacitada para el trabajo cuyas exigencias era menores que las del trabajo que venía realizando.

No cabe duda que no existe identidad sustancial de los hechos enjuiciados en la sentencia recurrida y la invocada de contradicción. Ni la asistencia necesaria a los cursos contemplados en uno y otro caso, ni la dedicación que requerían guarda ni siquiera parecido. Máxime cuando obra en los autos recomendación del mismo facultativo que extendía los partes, para que el actor asistiera al master de referencia por considerar que sería beneficioso para superar el trastorno de ansiedad (hecho probado décimo séptimo). Existe causa de inadmisión que, en este trámite, deviene causa de desestimación.

**TERCERO .-** Invoca la empresa la vulneración por el actor de la buena fe contractual por la realización de actos incompatibles con el tratamiento prescrito. Basa la alegación en que consta en la sentencia recurrida que, en dos ocasiones, en un descanso y al acabar las clases, el actor estuvo con otros compañeros en un bar y tomó una cerveza, en un caso, y tres cervezas de barril, en otro. Se propone como sentencia contradictoria la de la Sala de Cataluña de 17 de noviembre de 2003, resolución que confirmó el pronunciamiento de procedencia de un despido de trabajador, que hallándose de baja por un proceso de incapacidad temporal por síndrome de ansiedad, en la madrugada del 6 de diciembre se encontraba en una discoteca donde permaneció desde las cuatro a las cinco horas treinta, e ingiriendo al menos dos bebidas, siendo así que tenía prescrito un tratamiento con ansiolíticos con la finalidad de descansar entre 6 y 8 horas diarias.

Tampoco concurre una identidad sustancial de los hechos enjuiciados en ambas resoluciones. La inocuidad de la conducta en el supuesto hoy enjuiciado -en el que, por otra parte, no se incluye el hecho en la carta de despido- y la más grave conducta del supuesto enjuiciado en la sentencia invocada de contradicción difieren



de modo que no son susceptibles de ser equiparadas como posibles causantes de igual pronunciamiento. Concorre causa de inadmisión que deviene de desestimación del motivo.

**CUARTO** .- Por último plantea el recurrente una tercera materia del recurso. Los hechos probados señalan como salario del actor la suma de 3.041,67 euros mensuales y, sin que la sentencia contenga razonamiento alguno al respecto, señala como módulo de los salarios de tramitación la de 101,38 euros diarios. Aún sin razonamiento alguno es evidente que se ha dividido el salario mensual por 30. Procedimiento que impugna el recurrente invocando, como sentencia de contraste, la de esta Sala de 30 de junio de 2008, resolución que dispone el cálculo del salario diario en función de los 365 días del año y no de los artificiales 30 días del mes. Ciertamente es que la sentencia recurrida no contiene razonamiento al respecto, pero no podemos olvidar que el recurso de suplicación fue interpuesto por el demandante que ninguna alusión tenía que hacer a tal fin. Se admite la contradicción en los términos exigidos por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral debiendo la Sala pronunciarse sobre la doctrina ajustada a Derecho.

**QUINTO** .- La doctrina unificada se halla en la sentencia invocada de contradicción cuya tesis hemos de mantener por razones de seguridad jurídica y ser la adecuada a los términos legales.

Razonábamos allí que " los parámetros que establece el art. 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios [textualmente: «cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio»], y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir -supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los 365 días que al año corresponden [366 para el caso de año bisiesto]; y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados [12x30] y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días [365/12] y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forense con inequívoco apoyo en la redacción originaria -vigente hasta el Decreto 1836/1974, de 31/Mayo- del art. 7 CC [«Si en las leyes se habla de meses ... se entenderá que los meses son de treinta días... Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan»] y que también en ocasiones establece el legislador [así, para la determinación de la base reguladora en las situaciones de IT, conforme al art. 13 Decreto 1646/72 ]".

Con arreglo a esta tesis el salario regulador de los de tramitación será el correspondiente al mensual multiplicado por doce y dividido por 365 días, dando un resultado de 100 euros diarios. Procede, en consecuencia, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la estimación en parte del recurso, reduciendo el importe de los salarios de tramitación a 100 euros diarios y manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Sr. Marcos Ramos en nombre y representación de OPTIMI SPAIN, S.L.U. contra la sentencia dictada el 26 de marzo de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha; casamos y anulamos sentencia recurrida cuyos pronunciamientos mantenemos salvo el referido al importe de los salarios de tramitación que reducimos a la suma de 100 euros diario. Sin costas

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Ramon Martinez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.