



Roj: **STS 3018/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3018**

Id Cendoj: **28079140012018100675**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2018**

Nº de Recurso: **962/2017**

Nº de Resolución: **683/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 13034/2016,**
STS 3018/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **962/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 683/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 27 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Aurelio , representado y asistido por la letrada D^a. Beatriz Pérez García, contra la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 797/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de los de Madrid , en autos núm. 661/2015, seguidos a instancia del ahora recurrente contra Omnisoft Informática SA.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de abril de 2016 el Juzgado de lo Social nº 25 de los de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El demandante D. Aurelio , con DNI nº NUM000 , ha venido prestando servicios para la demandada Omnisoft Informática SA, actualmente en concurso, siendo administrador concursal la empresa Compas Concurra SLP, con antigüedad de 28 de mayo de 2003, categoría profesional de informático titulado medio y salario mensual de 2230,67 euros, con prorrata de pagas extras.



SEGUNDO.- En fecha 8 mayo 2015 la demandada remitió al actor carta de despido, con efectos en esa misma fecha. El contenido de la misma, unida a los folios 22 y 23, se da por reproducido.

TERCERO.- El 31 marzo 2015 la empresa demandada remitió carta al actor 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 liberado de acudir a sus puestos de trabajo. Recordándole que durante ese periodo no podía prestar servicios directa o indirectamente para BBVA (folio 25).

CUARTO.- El 24 abril 2015 la demandada comunicó al actor que el día 27 abril 2015 debía acudir a las oficinas de la empresa en la Avenida de Brasilia en Madrid a las 9 horas.

QUINTO.- El 1 de abril de 2015 concluyó el contrato de prestación de servicios que vinculada a Omnisoft Informática SA y al BBVA, en el que prestaba servicios el demandante.

SEXTO.- Desde el 9 de abril de 2015 el actor presta servicios para la empresa Abalia Consulting SL, con contrato indefinido a tiempo completo.

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

OCTAVO.- El día 12 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.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando íntegramente la demanda de despido interpuesta por D. Aurelio contra la empresa Omnisoft Informática SA, actualmente en concurso, siendo administrador concursal la empresa Compas Concurra SLP, debo declarar y declaro procedente el despido del actor con efectos de 8 mayo 2015, convalidando la decisión extintiva que con él se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones formalizadas en su contra.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Aurelio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 2 de diciembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

«Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Aurelio , contra la sentencia de fecha 18/04/2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 25 de Madrid , en sus autos número 661/2015, seguidos a instancia del recurrente frente a la empresa Omnisoft Informática SA, en reclamación sobre despido. Sin costas.».

TERCERO.- Por la representación de D. Aurelio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2016, (rollo 625/2016).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 1 de junio de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de junio de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El demandante inicial recurre en casación para unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que confirmó la dictada en la instancia que había declarado procedente el despido disciplinario del trabajador.

El único motivo del recurso contiene dos denuncias jurídicas, que, aun siendo distintas, están íntimamente entrelazadas: a) vulneración del art. 193 c) LRJS , alegando, en esencia, que la Sala de suplicación debió de



acceder a la modificación de hechos probados que había propuesto en su recurso y, b) infracción de los arts. 54.2 a) y d) del Estatuto de los trabajadores (ET), razonando sobre la improcedencia del despido.

2. El recurso aporta como única sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de Madrid en 28 noviembre 2016 (rollo 625/2016), en un supuesto de otro trabajador de la misma empresa, en el que se dan las mismas circunstancias. En ella se acogió favorablemente la petición de que se incorporaran al relato fáctico los mismos hechos cuya inclusión fue objeto de idéntico motivo de suplicación en el presente caso. Tras ello, la sentencia de contraste estima la pretensión del trabajador -y declara improcedente el despido de 8 de mayo de 2015 - porque no constaba pacto de no concurrencia con la empresa, porque entendía comprensible que el trabajador se procurara ocupación tras conocer que la empresa iba a tramitar un ERE, y porque era lógico que no acudiera al centro de trabajo dado que, de otro modo, perdería el empleo que se había procurado. Además, entiende la sentencia de contraste que carecía de sentido obligar al trabajador a comparecer en la empresa si ya se sabía que la contrata iba a finalizar. Finalmente, declara dicha sentencia referencial que no se acredita competencia desleal.

3. Es cierto que esta Sala IV del Tribunal Supremo viene sosteniendo que no constituye objeto de la unificación doctrinal, a la que sirve el recurso de casación, la revisión de los hechos probados. Mas no cabe duda de que, en un caso como el presente, en que el rechazo de la incorporación de tales elementos fácticos por parte de la Sala de instancia no se fundamenta en su falta de acreditación, sino en la valoración de su irrelevancia, cabe partir de esa realidad a los efectos del análisis de la contradicción, ya que, precisamente, en lo que las sentencias comparadas discrepan es en la calificación que merecen unos mismos hechos.

4. Es doctrina constante y reiterada de esta Sala la que sostiene que, dado que el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre infracción y sanción, aplicando un criterio individualizador en función de las singulares peculiaridades del caso, resulta imposible aceptar que la calificación de las conductas pueda ser materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico (así, por todas, STS/4ª de 26 diciembre 2007 -rcud. 302/2007 -, 24 mayo 2011 -rcud. 1978/2010-, 17 septiembre 2013 -rcud. 4021/2010- y 4 febrero 2016 -rcud. 1630/2014-).

Ahora bien, al rechazar la posibilidad de unificación de doctrina en estos casos lo hemos hecho atendiendo a la necesaria discrecionalidad que implica la decisión judicial que se basa precisamente en valorar la gravedad de una determinada conducta, en razón de las diferentes variables que puedan concurrir en cada concreto supuesto que hacen prácticamente imposible la existencia de una identidad tan relevante como la exigida para apreciar la existencia de contradicción que habilite el acceso al recurso. Este planteamiento no sirve en el presente supuesto porque se da entre ambas sentencias comparadas la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS, ya que, aun sin necesidad de incorporar nuevos elementos de carácter fáctico, la identidad de hechos, pretensiones y fundamentos no puede ser más completa.

SEGUNDO.- 1. Hemos de partir de los datos incuestionables sobre los que, con independencia de su incorporación expresa a los hechos probados, constituyen el sustrato sobre el que, sin género de dudas, se asienta la controversia litigiosa, con independencia de la valoración que, de esos mismos hechos, hagan las sentencias comparadas.

Desde esa óptica, lo que cabe decidir es cuál debe ser la calificación jurídica que merece la decisión extintiva de la empresa, adoptada como medida de carácter disciplinario.

2. Hemos de partir de la base de que el despido se produce el 8 de mayo de 2015 imputando al trabajador la transgresión de la buena fe contractual por venir prestando servicios para la misma empresa cliente a través de otra empleadora, mientras el mismo se hallaba dispensado de acudir a trabajar con derecho a la percepción del salario, así como no haber acudido al puesto de trabajo desde la fecha en la que fue requerido a ello (27 de abril), sin explicación ni justificación alguna.

3. Ante ese escenario, se sostiene por el recurrente que cabe encontrar justificación a su conducta en el hecho de que la empresa le hubiera comunicado el 31 de marzo que finalizaba la contrata a la que estaba adscrito y que se planteaba la posibilidad de tramitar un ERE. No obstante, debemos recordar que la relación contractual entre las partes se mantenía viva, hasta el extremo de que la empresa había librado al trabajador de prestar servicios con abono del salario, y le advertía que no debía seguir llevando a cabo trabajos para la empresa principal, con la que había finalizado la contrata.

La conducta del trabajador no se define tanto por el hecho de que, efectivamente desatendía esta última advertencia y continuaba con la prestación efectiva de servicios para dicha empresa principal, sino por dos



circunstancias cuya gravedad no puede negarse: a) de un lado, pese a seguir disfrutando del percibo del salario, celebra un contrato de trabajo a tiempo completo para otra empleadora sin comunicación alguna a la empresa, simultaneando, por tanto, dos relaciones laborales que se solapan; b) de otro, no sólo oculta esa situación y elude llevar a cabo su dimisión, sino que, terminada la licencia retribuida, deja de asistir a las instalaciones de la empresa, sin poner de manifiesto justificación alguna.

4. El deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe que el art. 5. letra a) ET, impone a los trabajadores como uno de los deberes laborales básicos a los que deben ajustar su actuación -y reitera el art. 20.2º ET al disponer que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a la exigencias de la buena fe-, es uno de los pilares sobre el que descansa la prestación laboral y de ahí que el legislador la configure en el art. 54.2 letra d) ET como incumplimiento contractual que pueden ser objeto de sanción disciplinaria por el empresario.

5. Dicho deber fue incumplido de modo evidente por el trabajador demandante, sin que pueda entenderse que le ampara un derecho a mantener vivas y en paralelo dos relaciones laborales superpuestas y de características análogas cuando una de ellas es ignorada -por la ocultación del propio trabajador- por la empresa. No estamos aquí ante la necesidad de delimitar la existencia de una obligación de no concurrencia, sino ante la manifestación de la ruptura de la barrera de una mínima y esencial lealtad hacia la empresa.

TERCERO.- 1. Es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina ajustada a derecho y, por ello, el recurso debe ser desestimado.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la condena en 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 unificación de doctrina interpuesto por D. Aurelio contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 2 de diciembre de 2016 (rollo 797/2016) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 25 de los de Madrid de fecha 18 de abril de 2016 en los autos núm. 661/2015 seguidos a instancia del ahora recurrente contra Omnisoft Informática SA. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.