



Roj: **STS 3057/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3057**

Id Cendoj: **28079140012018100697**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2018**

Nº de Recurso: **1293/2017**

Nº de Resolución: **674/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1042/2017,**
STS 3057/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **1293/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 674/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 27 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Efrain , representado y asistido por la letrada D.^a. M.^a Concepción Arranz Perdiguero contra la sentencia dictada el 19 de enero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 765/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid , en autos nº 631/2015, seguidos a instancia de D. Efrain contra la empresa Omnisoft Informática, S.A. (en concurso), así como la empresa Compás Concursal (administrador concursal de la empresa demandada) y Fogasa, sobre despido.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 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. Efrain contra la empresa OMNISOFIT INFORMATICA S.A., actualmente en concurso, siendo administrador concursal la empresa COMPAS CONCURSA S.L.P., debo declarar y declaro procedente el despido del actor comunicado el 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.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO.- El demandante D. Efrain , con D.N.I. nº NUM000 , ha venido prestado servicios para la demandada OMNISOFIT INFORMATICA S.A., actualmente en concurso, siendo administrador concursa la empresa COMPÁS CONCURSA S.L.P., con antigüedad de 22 diciembre 2003, categoría profesional de 50P 1 y salario mensual de 1.773 euros, con prorrata de pagas extras. SEGUNDO.- En fecha 8 mayo 2015 la demandada notificó al actor carta de despido, con efectos en esa misma fecha. El contenido de la misma, unida a los folios 59 y 60, 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 55). 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 16 horas. QUINTO.- El 1 de abril de 2015 concluyó el contrato de prestación de servicios que vinculada a OMNISOFIT INFORMATICA S.A. y al BBVA, en el que prestaba servicios en demandante. SEXTO.- Desde el 1 de abril de 2015 el actor presta servicios para la empresa ABALIA CONSULTING S.L., 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 15 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 legal de D. Efrain , se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 19 de enero de 2017 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Efrain , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid, de fecha cuatro de abril de dos mil dieciséis , en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente a la mercantil OMNISOFIT INFORMATICA S.A., COMPAS CONCURSA SLP y FOGASA, sobre Despido, confirmamos la expresada resolución».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la representación legal de D. Efrain , 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 de Madrid de 28 de noviembre de 2016 (Rec. 625/2016).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado los recurridos, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 12 de junio de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero de 2017 (rec. 765/2016) que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador demandante, confirma la sentencia del Juzgado de lo Social nº 25 de esa capital que declara procedente el despido disciplinario impugnado.

2. Consta acreditado que: a) el actor venía trabajando para la empresa Omnisoft Informática SA, en concurso de acreedores; estando adscrito a la contrata concertada por ésta con BBVA; b) el 31 de marzo de 2015 su empleadora le remite escrito en el que le informa de la reunión mantenida la víspera 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 le libera de la obligación de acudir a su puesto de trabajo hasta el 24 de abril inclusive con la advertencia de durante ese período no podría prestar servicios directa o indirectamente para BBVA; c) el demandante trabaja a tiempo completo para la nueva contratista del servicio desde el 1 de abril de 2015 en virtud de contrato de duración indefinida; d) el día 24 de abril de 2015 la demandada le comunica que el 27 de ese mismo mes se deberá presentar en las oficinas de la empresa; e) el día 8 de mayo de 2015 le fue entregada carta de despido disciplinario en la que la imputa un doble incumplimiento contractual: de un lado, haber seguido desempeñando las mismas funciones para BBVA por



cuenta de Abalia Consulting SL; 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.

3. La sentencia de instancia considera acreditados los hechos contenidos en la comunicación extintiva y desestima la demanda del despido. En lo que respecta a las ausencias al trabajo señala, en su fundamentación jurídica, que, frente a lo afirmado por el actor, no ha quedado acreditada su personación en las instalaciones de la empresa el día 27 de abril de 2015.

El Tribunal de suplicación rechaza el recurso del trabajador, remitiéndose a las consideraciones vertidas en anteriores sentencias emitidas por dicha Sala en litigios semejantes promovidos por otros empleados destinados a la misma contrata que fueron despedidos por motivos similares. Además, destaca que el día 1 de abril de 2015 el demandante comenzó a trabajar para la empresa que había sustituido a su empleadora en la gestión del servicio encomendado por BBVA, ignorando la indicación efectuada en el escrito de 31 de marzo de 2015 y a pesar de seguir devengando salarios a cargo de aquella, así como que a partir del 27 de abril de 2015 dejó de acudir a su puesto de trabajo, no obstante haberle comunicado la empresa dos días antes que debía de acudir en esa fecha. La sentencia razona que la inasistencia del actor no puede ampararse ni justificarse en la convicción de que la demandada carecía de puestos de trabajo y actividad vista su situación y perspectivas, por cuanto fue él quien decidió, por su propia iniciativa, no presentarse en la empresa.

4. Disconforme el trabajador con la decisión adoptada por el órgano de suplicación, se alza ahora en casación para la unificación de doctrina con el objeto de cambiar la calificación del despido a la de improcedente, aportando como sentencia de contraste la dictada por la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 28 de noviembre de 2016 (rec. 625/2016)

En esta resolución se enjuiciaba el despido de un empleado de la misma contrata en la que prestaba servicios el actor, cesado en igual fecha y por idénticas causas cuya impugnación se sustanció también ante el Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, que avaló su procedencia con argumentos similares a los expresados en la pronunciada en las presentes actuaciones. Sin embargo, la sentencia invocada como término de comparación revocó su fallo y declaró la improcedencia del despido esgrimiendo tres razones fundamentales. De un lado, considera comprensible que el trabajador, a la vista de la intención empresarial expresada en la carta de 31 de marzo de 2015 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, como efectivamente sucedió, ante lo cual la Sala estima lógica su decisión de no acudir a las instalaciones de la demandada a fin de no perder su nuevo empleo 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 de marzo de 2015 se desprendiese la voluntad empresarial de asignarle trabajos contratados por otros clientes. Finalmente argumenta que no cabe apreciar competencia desleal alguna ni una verdadera ausencia al trabajo por parte del actor cuando su empleadora le había notificado la conclusión de la contrata y había desaparecido el puesto que desempeñaba.

SEGUNDO.- 1. Constituye jurisprudencia constante de esta Sala que, con carácter general y salvo supuestos excepcionales, 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 ; 24/04/2018 , 2218/2016 , entre otras).

2. En el presente recurso nos encontramos ante uno de esos supuestos excepcionales toda vez que como se desprende de lo expuesto en el fundamento precedente, las sentencias comparadas califican de manera diferente comportamientos idénticos en los que incurrieron trabajadores destinados a la contrata del BBVA, determinantes de su despido por la demandada en igual fecha y por causas semejantes. Ambas sentencias parten de los mismos hechos probados y la aquí recurrida, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de Madrid, reconoce expresamente que se aparta del criterio seguido por la Sección Sexta en la sentencia referencial.

TERCERO.- 1. Concurrente el requisito de la contradicción y antes de proceder en su caso al examen de la cuestión de fondo planteada en el recurso es necesario dar respuesta al obstáculo formal que, a su admisión, opone el Ministerio Fiscal, consistente en la falla de fundamentación adecuada de la infracción legal denunciada.



2. Al respecto, el art. 224 LRJS, en sus apartados 1b) y 2, señala que el escrito de interposición del recurso debe contener la fundamentación de la infracción legal en la que ha incurrido la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia. A tal fin el recurrente ha de razonar la "pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometida, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como en el caso de que se invoque la unificación de la interpretación del derecho, haciendo referencia sucinta a los particulares aplicables de las resoluciones que establezcan la doctrina jurisprudencial invocada".

En relación a la mencionada exigencia, es doctrina reiterada de la Sala la siguiente:

a) Constituye un requisito esencial para la admisión del recurso para la unificación de doctrina, que debe cumplirse necesariamente, pues si bien el elemento predominante en esta modalidad casacional es la contradicción doctrinal, la unificación perseguida únicamente se puede lograr a través del examen de la infracción alegada y cometida. De aceptarse otra solución, este Tribunal se vería obligado a asumir una función de defensa material de la parte recurrente que quebraría el principio de imparcialidad inherente a la función de juzgar y supondría impropia aplicación del principio «da mihi factum, dabo tibi ius», que es ajeno al recurso de casación (SSTS 30/06/15, rcud. 854/14 ; 26-10-16, rcud. 3986/14 ; 22/02/17, rcud. 2693/15).

b) Tal exigencia no puede entenderse cumplida con la mera identificación de las normas del ordenamiento o la doctrina jurisprudencial que el recurrente considera aplicables para resolver el tema de fondo, siendo preciso analizar también su contenido; además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a pronunciamientos judiciales dispares, la parte recurrente debe desarrollar de forma expresa y clara el ineludible razonamiento para fundamentar la infracción atribuida a la sentencia recurrida (SSTS 16/01/09, rcud. 88/08 ; 22/06/17, rcud. 3076/15 , 11/7/17, rcud. 2291/16 , y 22/02/18, rcud. 160/16).

c) La mera remisión a los razonamientos de la sentencia de contraste o su simple transcripción, sea parcial o íntegra, no equivale a la fundamentación del recurso (SSTS 26/6/09, rcud. 807/07 ; 29/11/16, rcud. 1220/15 ; 21/02/17, rcud. 330/16 ; 11/02/17, rcud. 2693/15).

3. La aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos, conduce a desestimar el recurso promovido por el actor al adolecer el escrito de interposición de una manifiesta e insubsanable falta de fundamentación de la infracción legal imputada a la sentencia impugnada.

Así, en primer lugar, en el apartado del recurso dedicado específicamente a esa exigencia, así como en el dedicado a acreditar el quebranto producido en la unificación de doctrina, la representación letrada del actor se limita a expresar su discrepancia con la conclusión alcanzada por la sentencia impugnada acerca de que el motivo alegado por la empresa constituye justa causa de despido, sin ningún tipo de apoyo o respaldo argumentativo, y a señalar como infringidos los arts. 56 ET y 110 LRJS , pero sin especificar en qué sentido entiende vulnerados esos preceptos y sin ofrecer explicación alguna para tratar de justificar la denuncia efectuada y el quebranto producido en la doctrina.

Pero es que, además, los preceptos cuya infracción acusa no guardan relación con el problema planteado en el recurso, centrado en la calificación jurídica de las conductas que la sentencia declara probadas, sino con los efectos de la declaración de improcedencia del despido.

Por último, y aun cuando en aras de la más completa tutela judicial efectiva y evitando interpretaciones formalistas, tomemos en cuenta las consideraciones vertidas por el recurrente en el apartado dedicado a la relación de la contradicción alegada, la conclusión debe ser igualmente contraria a la admisión del recurso, pues tales argumentos, expuestos en el folio 5 del escrito de recurso, giran exclusivamente en torno a la trascendencia disciplinaria de la prestación de servicios para la nueva empresa contratista a partir del 1 de abril de 2015, sin hacer mención alguna a las faltas de asistencia al trabajo cometidas a partir del día 27 de ese mismo mes, que por sí solas podrían determinar la procedencia del despido, omisión que no puede considerarse subsanada con la transcripción literal e indiscriminada de las razones expuestas en la sentencia de contraste para justificar la decisión adoptada, sin la más mínima fundamentación por parte del actor.

Tal forma de proceder obligaría a este Tribunal a construir el recurso, lo que colisionaría con la neutralidad que debe guiar su actuación.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a desestimar el recurso, pues los requisitos formales establecidos para el escrito de formalización y en particular las exigencias en cuanto a la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y el quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia, no obedecen a un rigorismo carente de sentido sino que pretenden salvaguardar los principios de contradicción, defensa y seguridad jurídica, así como el de



imparcialidad del Tribunal llamado a resolver el recurso que la Constitución garantiza. Sin costas (art. 235.1 LRJS)

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Efrain , representado y asistido por la letrada Dª. Mª Concepción Arranz Perdiguero contra la sentencia dictada el 19 de enero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 765/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid , en autos nº 631/2015, seguidos a instancia de D. Efrain contra la empresa Omnisoft Informática, S.A. (en concurso), así como la empresa Compás Concursal (administrador concursal de la empresa demandada) y Fogasa, sobre despido.

2º.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO