



Roj: **ATS 10582/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:10582A**

Id Cendoj: **28079140012018202640**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2018**

Nº de Recurso: **106/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 13/09/2018

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 106/2018

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA SOCIAL

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

Transcrito por: JVS / V

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 106/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

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

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 13 de septiembre de 2018.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Social Nº 1 de los de Reus se dictó sentencia en fecha 20 de febrero de 2017, en el procedimiento nº 94/16 seguido a instancia de D.<sup>a</sup> Gloria contra Reus Esport I Lleure SA y



el Ministerio Fiscal, sobre despido con vulneración de derechos fundamentales, que estimaba en parte la pretensión formulada.

**SEGUNDO.-** Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandada, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 18 de septiembre de 2017, que estimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia, revocaba la sentencia impugnada.

**TERCERO.-** Por escrito de fecha 7 de diciembre de 2017 se formalizó por la letrada D.<sup>a</sup> África Ortiz López en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Gloria, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

**CUARTO.-** Esta Sala, por providencia de 11 de mayo de 2018, acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que no efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se dirige el recurso de casación unificadora presentado por la trabajadora a combatir la sentencia de suplicación por haber calificado su despido disciplinario como procedente a diferencia de la calificación de nulidad de la instancia (trabajadora embarazada). Consta el recurso de dos motivos, cada uno con la correspondiente sentencia de contraste. El primer motivo denuncia la inexistencia de incumplimiento grave y culpable por ausencias injustificadas al trabajo. El segundo motivo pretende la inexistencia de incumplimiento grave y culpable por concurrencia desleal. Procede la íntegra inadmisión del recurso por falta de contradicción.

**SEGUNDO.-** El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)].

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales [sentencias de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015)].

La sentencia recurrida ( STSJ de Cataluña, 18/09/2017, rec. 3544/2017) estima el recurso de suplicación presentado por el empresario y con revocación de la sentencia de instancia califica el despido disciplinario de la trabajadora como procedente. Para la sentencia recurrida concurren dos incumplimientos contractuales graves y culpables que justifican la calificación de procedencia del despido. En primer lugar, ha quedado probado que la trabajadora durante los siete de seguimientos por parte del detective privado contratado por el empresario se ausentó injustificadamente de su puesto de trabajo cinco de esos siete días, por una duración total de 15 horas y 42 minutos. En segundo lugar, también ha quedado probada la concurrencia desleal por trabajar a tiempo parcial para otro empresario como responsable de la provincia de Tarragona, tratándose de empresas que parcialmente se dedican a la misma actividad, con desconocimiento del empresario demandando en la instancia y con aprovechamiento de la formación, experiencia y contactos acumulados durante muchos años desempeñando puesto de responsabilidad.

La primera sentencia de contraste ( STSJ de Castilla y León/Valladolid, 30/06/2010, rec. 939/2010) resuelve el siguiente caso: el actor comenzó a prestar servicios para la empresa Angulas Aguinaga SA, como delegado comercial el 24-09-1998. El actor no realizó visitas a clientes en 7 días del mes de noviembre ni salió de su domicilio para efectuar acciones comerciales, dirigiéndose uno de los días a un centro comercial en el que habló por teléfono y consumió un combinado en un bar, y recibiendo la visita de una compañera suya otro de los días. La empresa, por carta de 25-11-2009, le comunica el despido por hechos que calificó como constitutivos de una falta muy grave tipificada en el art. 9 y 50 c) del Convenio Colectivo de Industria de Comercio y Alimentación de Guipúzcoa. Consta probado que a partir de febrero de 2009, la empresa impuso a los delegados comerciales la obligación de remitirles un reporte todas las semanas en el que se describieran la



actividad realizada y los gastos ocasionados, emitiendo el actor desde dicha fecha hasta la fecha del despido, sólo 9 reportes. En instancia se declara la improcedencia del despido, sentencia confirmada en suplicación, por entender la Sala: 1) Respecto de la alegación de la empresa de que en la carta aparece recogida la imputación del incumplimiento de la remisión de reportes, que si se considera que ello supone una desobediencia, debería incluirse en el art. 50 B) número 5 del Convenio Colectivo, lo que supondría una falta grave del artículo 51 que llevaría aparejada la suspensión de empleo y sueldo, necesitándose reincidencia para que pudiera ser falta muy grave incardinable en el artículo 50 c) número 12 (que es el precepto citado en la carta de despido), sin que conste que se haya sancionado al trabajador por falta grave, 2) Respecto de la alegación de la empresa de que si dos días de ausencia al trabajo en el periodo de un mes supone falta grave, la ausencia durante siete días debe ser calificada como muy grave, que dicha argumentación no puede acogerse, ya que el art. 50 C) del Convenio Colectivo no hace referencia a las ausencias al trabajo, por lo que para que pueda calificarse como falta muy grave se requiere que haya existido reincidencia, que no se constata en este supuesto puesto que el trabajador no ha sido sancionado anteriormente; 3) Respecto de la alegación de la empresa de que la conducta del actor supone fraude, deslealtad y abuso de confianza ya que no ejerció sus funciones, y además supone una disminución continuada y voluntaria del rendimiento, que en la carta no constan datos suficientes que permitan comparar el trabajo desempeñado por el actor con el de otros compañeros o con el del propio trabajador; y 4) Respecto de la imputación de que el actor no trabajó en todas las provincias en las que debía realizar ventas, que ello supone una cuestión nueva no reflejada en la carta de despido. Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina la empresa, interesando la declaración de la procedencia del despido.

Por lo que al primer motivo del recurso se refiere, no puede apreciarse contradicción entre las sentencias comparadas porque, además de importantes diferencias fácticas ligadas a las profesiones de los trabajadores despedidos y a las ausencias injustificadas al trabajo imputadas en las respectivas cartas de despido (mientras en la primera sentencia de contraste el trabajador despido es un comercial en la sentencia recurrida la trabajadora despedida es una técnico deportivo) no hay coincidencia sustancial en los fundamentos, aplicándose el régimen disciplinario de convenios colectivos distintos, el convenio empresarial en el caso de la sentencia recurrida y un convenio sectorial provincial en el de la primera sentencia de contraste. Además, en la sentencia recurrida la procedencia del despido descansa en dos incumplimientos contractuales graves y culpables, las ausencias injustificadas al trabajo y la concurrencia desleal, lo que no acontece en la primera sentencia de contraste.

La segunda sentencia de contraste ( STSJ de Extremadura, 23/06/2000, rec. 330/2000) da cuenta del siguiente supuesto: los actores prestaron servicios para la demandada como jefes de barra a partir del 2 de febrero de 1999, desarrollando su actividad en la Cafetería del Hospital San Pedro de Alcántara (Cáceres), aunque con anterioridad habían prestado servicios en el propio centro de trabajo para otras empresas adjudicatarias. El primero de julio de 1997 los demandantes, junto con la esposa de uno de ellos, habían constituido una comunidad de bienes cuyo objeto era la explotación de establecimientos dedicados a café-bar, lo cual pusieron en práctica cuando en enero de 1998 obtuvieron la concesión de la cafetería instalada en la sede del Colegio Oficial de Enfermería de Cáceres. Los dos demandantes aparecen desde el 8 de febrero de 2000 en situación de alta en la empresa de titularidad de la esposa de uno de ellos. Con fecha de efectos de 12 de mayo de 1999 se comunica a los actores su despido disciplinario. La sentencia de instancia desestimó la demanda, pero la Sala de suplicación procede a la estimación del recurso con declaración de la improcedencia de los despidos y de los efectos legales inherentes a la misma. Razona la Sala que, de acuerdo con la jurisprudencia relativa al despido por competencia desleal, los elementos que han de ponderarse para calificar la conducta de los actores y para, en definitiva, detectar la existencia de la deslealtad motivadora de la imposición de la máxima sanción disciplinaria, son tres, el desarrollo de una actividad económica en interés propio y concurrente con la actividad de la empresa; la utilización de la experiencia y conocimientos adquiridos en la empleadora, y la existencia de un efectivo perjuicio causado a ésta última. Y a la vista de lo acontecido en ese caso, la Sala descarta la existencia del incumplimiento imputado a los actores, valorando especialmente para ello los siguientes datos: el inicio de la prestación de servicios en la empresa concurrente con posterioridad al despido, pues con anterioridad los actores se limitaban a participar en la titularidad de la misma, la falta de especiales conocimientos técnicos que implicaba la profesión de los actores, la distancia a la que se encontraban ambos centros de trabajo y la distinta potencial clientela de ambos negocios.

Tampoco respecto del segundo motivo se da la contradicción del artículo 219.1 LRJS porque hay diferencias fácticas que justifican los fallos de distinto signo, sin que de ello se derive la existencia de doctrinas contradictorias. Así, por citar solo una relevante diferencia fáctica, mientras en la sentencia recurrida la prestación de trabajo para la empresa concurrente se viene desarrollando con anterioridad a la fecha del despido disciplinario, en la segunda sentencia de contraste la prestación de trabajo para la empresa concurrente es posterior a la fecha del despido disciplinario. Además, en la sentencia recurrida la procedencia



del despido descansa en dos incumplimientos contractuales graves y culpables, las ausencias injustificadas al trabajo y la concurrencia desleal, lo que no acontece en la segunda sentencia de contraste.

Por otra parte, la Sala ha declarado reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, salvo supuestos excepcionales que aquí no concurren, no es 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 [ SSTS 08/06/2006 (R. 5165/2004), 18/12/2007 (R. 4301/2006), 15/01/2009 (R. 2302/2007), 15/02/2010 (R. 2278/2009), 19/07/2010 (R. 2643/2009), 19/01/2011 (R. 1207/2010), 24/01/2011 (R. 2018/2010), 24/05/2011 (R. 1978/2010), y 17/09/2013 (R. 4021/2010)].

**TERCERO.**- A resultas de la Providencia de 11 de mayo de 2018 por la que se abre el trámite de alegaciones ante la posible inadmisión del recurso, la parte recurrente no formula alegaciones. Se reiteran las consideraciones y razonamientos vertidos en el ordinal anterior. De conformidad con el informe del Ministerio fiscal, procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

### PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA:** Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.<sup>a</sup> África Ortiz López, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Gloria contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 18 de septiembre de 2017, en el recurso de suplicación número 3544/17, interpuesto por Reus Esport I Lleure SA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Reus de fecha 20 de febrero de 2017, en el procedimiento nº 94/16 seguido a instancia de D.<sup>a</sup> Gloria contra Reus Esport I Lleure SA y el Ministerio Fiscal, sobre despido con vulneración de derechos fundamentales.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.