



Roj: **ATS 6490/2020 - ECLI:ES:TS:2020:6490A**

Id Cendoj: **28079140012020201612**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/09/2020**

Nº de Recurso: **2494/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Fecha del auto: 09/09/2020

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2494/2019

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA SOCIAL

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

Transcrito por: RLT / V

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2494/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

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^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 9 de septiembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social Nº 2 de los de Santa Cruz de Tenerife se dictó sentencia en fecha 16 de julio de 2018, en el procedimiento nº 780/17 seguido a instancia de D.^a Consuelo contra D. Clemente



(Cafetería del Intercambiador de Santa Cruz de Tenerife), sobre despido, que desestimaba la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, en fecha 20 de marzo de 2019, que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia, confirmaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 24 de mayo de 2019 se formalizó por el letrado D. Ángel Eguren Goya en nombre y representación de D.^a Consuelo, 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 14 de febrero de 2020, 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.- 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 (R. 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (R. 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (R. 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (R. 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 (R. 614/2015), 6 de abril de 2017 (R. 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (R. 1201/2015)].

La sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 20 de marzo de 2019 (R. 859/2018) confirma la sentencia de instancia que desestimó la demanda de la actora y declara la procedencia del despido disciplinario efectuado.

La actora prestaba servicios para su empleador, con categoría profesional de camarera con una antigüedad de 31 de julio de 2007. El 22 de agosto de 2017 la empresa entregó a la actora carta de despido imputándole que no acudió, sin causa justificada al trabajo al entender que no había operado un despido con anterioridad a que fuera requerida para reincorporarse al trabajo. El 4 de enero de 2016 inicia un período de incapacidad temporal. Es dada de alta médica el 26 de mayo de 2017, alta confirmada judicialmente por sentencia firme de 5 de febrero de 2018. La actora pide en 7 de junio de 2017 su reincorporación al serle notificada el alta en fecha 6 de junio de 2017. La empresa le da 30 días de vacaciones del 2016, por el período del 27 de mayo al 27 de junio de 2017. Previa remisión de la empresa, la trabajadora fue valorada por Previmac SLU., y la califica el 3 de julio de 2017 apta con restricciones laborales, recomienda valoración de forma trimestral y nueva valoración por el INSS. El 4 de julio de 2017 entro en situación de incapacidad temporal, con duración estimada de 22 días. El 25 de julio envía documento a la empresa solicitando adaptación de su puesto de trabajo. EL 27 de julio le notifican a la trabajadora que su nueva IT no tenía efectos económicos. El 29 de julio se presenta en su puesto de trabajo. El encargado, por orden del primer encargado, le comunica que no puede prestar servicios hasta que le presenté el documento original de alta. Acude la trabajadora con la Policía Local y le vuelve a decir el encargado primero que no puede trabajar hasta que no les conste el alta. En fecha 31 de julio la trabajadora dirigió escrito a la empresa solicitando carta de despido. La empresa le responde a las cartas de 25 y 31 de julio que no ha sido despedido y que cuando tengan constancia del alta será requerida para trabajar. El burofax no fue retirado de correos por la actora. La empresa tiene conocimiento del alta por la SS en fecha 2 de agosto de 2018, le remite nuevo burofax entregado a la trabajadora el 18 de agosto de 2017 y le indica que vuelva al trabajo o se la entenderá por desistida. No acudió a su trabajo y en fecha 22 de agosto de 2017 se le entregó carta de despido.



La Sala razonó que la actora es requerida para asistir al trabajo el 18 de agosto de 2017, en el burofax se le indica que, si se negare a acudir a trabajar tras haber sido requerida para ello, habiendo recibido este burofax, entenderíamos que desiste y procederían a tramitar su baja. De tal manera que la empresa le requiere para incorporarse, no para justificar sus ausencias, desde el 30 de julio de 2017. Y requerida no acude a prestar servicios, los días 19, 20, 21, 22, ni siguientes. A la fecha de la carta de despido, esto es, el 22 de agosto de 2017, efectivamente había faltado al trabajo los tres días en un período de treinta, que señala el Acuerdo de Hostelería como falta muy grave.

Concluye la sala que la actora falta injustificadamente durante tres días al trabajo, después del último requerimiento y desde su notificación y que no había sido objeto de despido verbal, pues nunca manifestó la empresa su voluntad de que no volviera a trabajar, al contrario, se le dijo que iba a ser llamada cuando tuviera constancia del alta médica por el INSS. Y concurriendo una causa justificada para el despido disciplinario, no puede operar ninguna causa de nulidad ni por discapacidad ni por indemnidad, pues ambas presuponen la existencia de una extinción irregular, que no ha tenido lugar.

Recorre la parte actora en casación unificadora y articula su recurso en dos motivos.

El primer motivo tiene por objeto determinar si para apreciar la desobediencia a la orden de reincorporación la negativa ha de ser inequívoca. Presenta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid el 20 de julio de 2018 (R. 139/2018) que confirma la sentencia de instancia que declaró la nulidad del despido de la actora quien, tras su maternidad, es dada de baja por trastorno depresivo recurrente, trastorno de personalidad paranoide con episodios puntuales de descompensación psicótica con diagnóstico al alta de trastorno depresivo mixto, constando un intento autolítico el 13 de diciembre de 2016. El día 27 de abril de 2017 la trabajadora remite al empresario el informe de donde se indica que sería conveniente que su reincorporación se hiciese de forma gradual y que inicialmente no tuviera que enfrentarse a un trabajo en constante relación con clientes ya que determinadas situaciones interpersonales suponen para ella un factor ansiógeno que sería preferible evitar en estos primeros momentos, recomendación que reitera el informe del servicio de prevención, pese a ello, y sin esperar a que un juicio clínico confirme una mejoría de la actora que le permita atender directamente y de forma constante a los clientes, la empresa el día 2017 le dá la orden de que simultanee diariamente el trabajo en recobros con el back office a razón de una hora alterna de trabajo en cada sitio, constando que la trabajadora comunicó a la empresa que: "aún no me encuentro preparada para tener un trato telefónico directo con el cliente", lo que claramente indica su disposición a cumplir con el servicio encomendado cuando supero lo suficiente su trastorno depresivo.

La Sala concluye que en el contexto que se deduce del relato fáctico no se acredita por la demandada la negativa de la actora a realizar las tareas encomendadas en los términos exigidos por el art. 54 b) ET. De otra parte, la actora padecía un trastorno depresivo recurrente, constando en el informe del centro de salud mental, posterior al despido que con la psicopatología que padecía la actora, persistían las dificultades para afrontar aquellas situaciones que impliquen un contacto interpersonal para ella, generadoras de importante angustia, por lo que es claro que la enfermedad por carácter crónico y su larga duración conocidas por la demandada resultaba calificable como discapacitante.

De acuerdo con la doctrina antes indicada no puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, toda vez que los hechos acreditados son distintos, lo que justifica las diferentes consecuencias jurídicas alcanzadas por las dos resoluciones. En efecto, en la sentencia recurrida la trabajadora acudió al centro de trabajo y al no constar el alta mediante documento original no se le permitió la incorporación. La trabajadora adujo que fue despedida. Tras la constancia del alta al haberse anulado su baja médica fue requerida por la empresa para incorporarse al trabajo, manifestando que no había sido despedida, pero la trabajadora no compareció en su puesto de trabajo. En la referencial, en cambio, no se acreditó de forma inequívoca la negativa de la trabajadora a realizar las funciones que le habían sido encomendadas, consistentes en incorporarse en el departamento de recobro simultaneándolo con el de Back Office, a razón de una hora alterna de trabajo en cada sitio.

El segundo motivo de contradicción tiene por objeto determinar si ha existido vulneración de la garantía de indemnidad tras el despido del trabajador por no asistir a su puesto de trabajo. Ofrece como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 17 de marzo de 2010 (R. 184/2010). La Sala estima en parte el recurso de la empresa contra la sentencia que declara la nulidad del despido objeto del enjuiciamiento. Consta probado que el actor reclamó en enero de 2009, la categoría profesional de oficial 1ª, recayendo sentencia judicial desestimatoria en mayo de 2009, habiendo sido despedida por razones disciplinarias el mes de abril anterior. En atención a la conexión temporal existente entre la demanda judicial y el despido, el tribunal entiende que tales datos resultan suficientes para considerar indiciariamente acreditada la posibilidad de una conducta dirigida a sancionar la acción judicial ejercida por el trabajador frente a la empresa



para la que prestaba servicios, con independencia del resultado final de su reclamación judicial. En definitiva, se considera que existe un indicio suficiente para determinar la inversión de la carga probatoria, no habiendo probado la empresa que el cese respondiera a causas reales extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, pues no se acreditan las faltas de asistencia injustificadas al trabajo imputadas en la carta de despido. Al no eliminarse toda sospecha de que la decisión extintiva pudiera constituir una represalia por el ejercicio del trabajador de su derecho a la tutela judicial efectiva, se impone la calificación de nulidad del despido.

No cabe apreciar, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas al existir relevantes diferencias en las circunstancias concurrentes. En la sentencia recurrida se concluye que al existir causa justificada para el despido disciplinario no existe vulneración de derecho fundamental ya que la garantía de indemnidad presupone la existencia de una extinción irregular. En la referencial, en cambio, la empresa no consigue acreditar que el cese respondiera a causas reales extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, pues no se acreditan las faltas de asistencia injustificadas al trabajo imputadas en la carta de despido.

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)].

SEGUNDO.- No habiendo presentado la parte escrito de alegaciones, por lo razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede declarar la inadmisión del recurso de acuerdo con el artículo 225 LRJS, y sin imposición de costas.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Ángel Eguren Goya, en nombre y representación de D.^a Consuelo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife de fecha 20 de marzo de 2019, en el recurso de suplicación número 859/19, interpuesto por D.^a Consuelo, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Santa Cruz de Tenerife de fecha 16 de julio de 2018, en el procedimiento nº 780/17 seguido a instancia de D.^a Consuelo contra D. Clemente (Cafetería del Intercambiador de Santa Cruz de Tenerife), sobre despido.

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.