



Roj: **ATS 9381/2019 - ECLI:ES:TS:2019:9381A**

Id Cendoj: **28079140012019202283**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2019**

Nº de Recurso: **4416/2018**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Fecha del auto: 11/07/2019

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 4416/2018

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.3

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

Transcrito por: RLT / V

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4416/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Dª. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 11 de julio de 2019.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social Nº 2 de los de Madrid se dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2017 , en el procedimiento nº 893/13 seguido a instancia de D. Ildefonso contra Grupo Fes Moore Stephens



Madrid y Rhea System SA; con citación pero inasistencia del Ministerio Fiscal, 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 Madrid, en fecha 24 de julio de 2018 , que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia, confirmaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 24 de octubre de 2018 se formalizó por el letrado D. José Carlos García García en nombre y representación de D. Ildefonso , 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 23 de mayo de 2019, 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 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 la Comunidad Autónoma de Madrid de 24 de julio de 2018 (R. 169/2018) confirma la sentencia de instancia que desestimó la demanda en la que solicitaba la declaración de nulidad del despido, así como que se condenase a la demandada a abonar al actor 10.000 euros por daños materiales y 50.000 euros por daños morales.

Consta en la sentencia recurrida que el actor, de nacionalidad belga, suscribió un contrato de trabajo en España (donde el actor tenía su residencia), para prestar servicios por cuenta de la entidad demandada a partir de 7 enero 2013, en el que se establecía que se regiría por la legislación laboral española y estaría sujeto a un período de prueba de seis meses y se indicaba que se podía requerir al trabajador dentro de los límites razonables para que trabajase en diferentes localizaciones según las necesidades de la empresa. Inicialmente el domicilio del centro de trabajo se fijaba en las oficinas de la empresa situadas en Wavre (Bélgica) durante un período de seis meses.

El actor fue dado de alta por la empleadora en la Seguridad Social española y durante todo el tiempo que duró la prestación de servicios el actor estuvo realizando su actividad laboral en Bélgica. A lo largo de su prestación de servicios en la empresa, el demandante unos días acudía a trabajar vistiendo pantalón y otros días vistiendo falda. El actor mantuvo una entrevista con el Director general de la empresa y con la Directora de Recursos Humanos, en el mes de febrero de 2013 en la que se trató sobre cuestiones de corrección ante los clientes. En el curso de la misma el Director General pidió al actor que vistiera de forma más correcta, pero sin exigirle que llevase falda o pantalón. Tal reunión vino motivada porque unos días antes el actor había acudido a trabajar con una ropa (un pantalón corto o una falda corta) que la Directora de recursos humanos consideró inapropiada. En esa ocasión la testigo le pidió al actor que regresara a su casa y se vistiera correctamente. A raíz de ello el actor se ausentó y no regresó al lugar de trabajo ese día. No consta que en ninguna ocasión se le prohibiese al actor vestir con falda. En el tiempo transcurrido entre la reunión mencionada y el cese del actor no consta se produjese ninguna incidencia ni reproche alguno al actor por su forma de vestir, a pesar de que éste continuó yendo a trabajar ocasionalmente vistiendo falda. Mediante comunicación de 16 mayo 2013 se participó al actor que se había decidido proceder a extinguir su contrato de trabajo con efectos de ese mismo día, como



consecuencia de no haber superado el período de prueba conforme a lo establecido en el artículo 14-1 del Estatuto de los Trabajadores .

La Sala declaró que la empresa justificó su decisión extintiva, sobre la base de motivos ajenos a cualquier discriminación, basándose en la reorganización de la empresa y la falta de satisfacción con la labor del actor y su impuntualidad, resaltando el juzgador a quo que la empresa consintió que usara falda, por lo que descarta que esta práctica y su condición de transgénero fueran la causa de su cese en periodo de prueba.

Recorre el actor en casación unificadora. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de junio de 2015 (R. 663/2014), presentada de contraste, confirma la sentencia de instancia que declaró nulo el despido de la trabajadora y condenó a la empresa a abonarle indemnización por daños y perjuicios, entendiendo la Sala que teniendo en cuenta el inalterado relato fáctico de la sentencia, la parte demandada reconoció la improcedencia del despido renunciando a defender la procedencia del mismo, por lo que no puede en suplicación pretender que se declare la procedencia del despido introduciendo cuestiones no debatidas en la instancia, sin que tampoco pueda entrarse a conocer sobre la pretendida suficiencia de la carta de despido. En cuanto al fondo, señala la Sala que a pesar de que la empresa señaló que la obligación de acudir al trabajo maquillada se derivaba de la exigencia recogida en la normativa interna conocida por la trabajadora, conforme la misma, no se exigía que la trabajadora tuviera que ir maquillada, sino que en caso de maquillarse, el maquillaje debía ser "discreto", y lo único que se ha acreditado es que la actora no iba maquillada y que no accedió a maquillarse, por lo que la actuación de la empresa imponiéndole tal exigencia, primero imponiéndole sanciones, y luego procediendo al despido, constituye una lesión del derecho fundamental de la trabajadora a su propia imagen. Por último, cuantifica la indemnización por los daños de la misma manera que se realizó en instancia, por cuanto no se acreditan las razones por las que debería modificarse el quantum indemnizatorio.

De lo relacionado se desprende que no puede apreciarse la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, teniendo en cuenta que no existe identidad ni en los hechos que constan probados, ni en las pretensiones de las partes, ni en los debates planteados y resueltos por ambas sentencias. En la sentencia referencial resulta acreditado que la empresa impuso a la trabajadora la exigencia de ir maquillada lo que determinó que la sala apreciara una violación del derecho fundamental de la trabajadora a su propia imagen. En la sentencia recurrida, no resulta acreditado que la empresa impusiera una determinada forma de vestir, sino más bien todo lo contrario, ya que el actor unos días acudía a trabajar vistiendo pantalón y otros vistiendo falda, y no consta que en ninguna ocasión se le prohibiese vestir con falda. Por otro lado, en la sentencia recurrida la controversia gira en torno a la existencia de discriminación por razón de orientación identidad sexual. En la referencial, en cambio, el debate se produce sobre la existencia de violación del derecho fundamental a la propia imagen.

SEGUNDO .- De conformidad con los argumentos anteriores, la decisión congruente es la de que el recurso aquí planteado no puede ser admitido, siendo en dicho sentido en el mismo en que se ha manifestado el Ministerio Fiscal, sin que el escrito de alegaciones de la recurrente tenga contenido suficiente para dejar sin efecto las apreciaciones que en el mismo sentido les fueron puestas de manifiesto por la providencia precedente que abrió el trámite de inadmisión. 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. José Carlos García García, en nombre y representación de D. Ildefonso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 24 de julio de 2018, en el recurso de suplicación número 169/18 , interpuesto por D. Ildefonso , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Madrid de fecha 10 de octubre de 2017 , en el procedimiento nº 893/13 seguido a instancia de D. Ildefonso contra Grupo Fes Moore Stephens Madrid y Rhea System SA; con citación pero inasistencia del Ministerio Fiscal, 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.