



Roj: **STS 68/2023 - ECLI:ES:TS:2023:68**

Id Cendoj: **28079140012023100010**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2023**

Nº de Recurso: **2582/2020**

Nº de Resolución: **7/2023**

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

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid. núm 14. 29-03-2019 (proc. 855/2019),  
STSJ M 71/2020,  
AATSJ M 147/2020,  
STS 68/2023**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2582/2020

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 7/2023**

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D.ª Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 10 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Mario , representado y defendido por el Letrado Sr. Hernández Giménez, contra la sentencia nº 95/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 31 de enero, en el recurso de suplicación nº 855/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 136/2019 de 29 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid, en los autos nº 547/2018, seguidos a instancia de dicho recurrente contra Humiclíma Centro S.A., Humiclíma EST, S.A., Cobra Instalaciones y Servicios S.A., ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A., sobre resolución de contrato.

Ha comparecido en concepto de recurridas Humiclíma Centro S.A., Humiclíma EST, S.A., Cobra Instalaciones y Servicios S.A., ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. , representadas y defendidas por el Letrado Sr. Fernández de Blas.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Con fecha 29 de marzo de 2019, el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimo la demanda interpuesta por D. Mario contra HUMICLIMA CENTRO SA, HUMICLIMA EST, SA, COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS SA, ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, SA, absolviendo a HUMICLIMA CENTRO SA, HUMICLIMA EST, SA, COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS SA, ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, SA de los pedimentos deducidos en su contra".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto de losl HP 10º y 11º. El resultado de ello es el siguiente:

"1º.- Salario, categoría y antigüedad.

Se ejercita en la demanda de autos acción en reclamación sobre resolución de contrato y cantidad, debiendo señalarse al respecto que con base a la prueba documental aportada en el acto de juicio oral, resulta acreditada la relación laboral, la antigüedad, el salario y la categoría profesional del demandante, según lo siguiente:

\* Antigüedad: 06/05/2008 (folios 158 a 181, 185 a 187, 979 a 981).

\* Categoría: Jefe Administrativo (folios 171 a 181, 979 a 981).

\* Salario: 26.946,44 euros brutos anuales, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias (folios 188 a 200, 985 a 990).

\* El actor ha estado destinado en Jamaica desde el 16/03/2012 hasta el 31/12/2014, y en México desde el 1/01/2015 hasta el 20/03/2018 (folios 175, 176, 182 a 184, 979 a 981).

\* El actor percibía un complemento de puesto Exterior por importe de 2.580,55 euros anuales y un complemento exterior indemnizatorio de 7.540,00 euros anuales, que ha percibido hasta su finalización de desplazamiento a exterior (folios 979 a 981).

2º.- Con fecha 1/05/2015 el actor y la empresa mexicana AVANZIA OPERACIONES SA DE CV, suscriben contrato de trabajo, para prestar servicios en México como Jefe Administrativo.

3º.- Por escrito de fecha 5/02/2018 (folios 230, 983) dirigido al actor por RRHH Grupo Cobra, que se da por reproducido, se le comunica, en síntesis, que la Dirección de la Empresa ha decidido dar por concluida su expatriación, y el 19/03/2018 dejarán de estar vigentes sus condiciones de exterior, debiéndose presentar el 21/03/2018 ante el Departamento de Recursos Humanos en su Sede Central, calle Cardenal Marcelo Spinola 10, 28016 Madrid, en horario habitual.

4º.- Por escrito de fecha 15/02/2018 (folio 1003), la empresa AVANZIA OPERACIONES comunica a HUMICLIMA EST, SA, en síntesis, que debido al descenso de actividad durante los últimos años, no es posible mantener el puesto de Jefe Administrativo que el actor venía desarrollando, informando que el próximo 19/03/2018 procederán a la extinción de la relación laboral del actor.

5º.- Por escrito de fecha 23/03/2018 (folios 231, 232, 984), que se da por reproducida, la demandada HUMICLIMA EST, SAU comunica al actor, en síntesis, que la empresa ha decidido trasladarle a la Delegación 3951 sita en Av. Gran Vía de Asima, P.I. Son Castello nº 29, 07009 Palma de Mallorca, Baleares, con efectos del 23/04/2018, donde se incorporará como Jefe Administrativo de proyectos, decisión que se debe a causa productiva, determinada por las necesidades que surgen en los proyectos que está desarrollando, concediéndose un permiso retribuido hasta el 1/04/2018, debiendo incorporarse el día 2/04/2018 en las oficinas de Humiclíma Madrid.

6º.- Con fecha 24/10/2018 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, en autos 472/2018, sobre movilidad geográfica y **tutela de derechos** fundamentales (folios 950 a 956, 995 a 998), que se da por reproducida, por la que se desestima la demanda interpuesta por el actor contra HUMICLIMA CENTRO SA, HUMICLIMA EST, SA, COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS SA, en la que impugnaba el traslado de Madrid a Palma con efectos de abril de 2018.

7º.- Con fecha 11/01/2019 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, en autos 270/2018, de modificación sustancial de condiciones de trabajo, por la que se desestima la demanda interpuesta contra HUMICLIMA EST, SA y COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS SA, en la que impugnaba la decisión de la demandada de repatriarle a España desde México (folios 958 a 964, 1004 a 1007).

8º.- Las demandadas HUMICLIMA EST, SA y COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS SA forman grupo de empresas mercantiles, encontrándose la sede y centro de trabajo de HUMICLIMA EST, SA en Palma de Mallorca (folios 724 a 810, 995 a 998).



9º.- El actor no ostenta, ni ha ostentado en el último año, la condición de representante de los trabajadores. Se ha celebrado la perceptiva conciliación, con el resultado de intentado y sin efecto.

10º.- La pareja sentimental del actor, D<sup>a</sup> María Consuelo, prestaba servicios para la empresa mejicana AVANZIA OPERACIONES, S.A. de CV, sociedad dependiente del Grupo empresarial demandado, cuyo control efectivo posee la demandada COBRA INSTALACIONES. Dicha relación laboral duró hasta el día 19 de marzo de 2018, coincidente con la fecha en que el actor debía retornar a España por decisión de la empresa, constando carta de dimisión en los términos que se dan por reproducidos (folio 264).

11º.- El trabajador, en fecha 3 de enero de 2019, fue diagnosticado de síndrome ansioso depresivo, permaneciendo de baja por incapacidad temporal hasta la actualidad (folios 966 a 969)".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, dictó sentencia con fecha 31 de enero de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el Recurso de Suplicación número 855/2018, formalizado por el letrado DON LUIS MIGUEL HERNÁNDEZ GIMÉNEZ en nombre y representación de DON Mario, contra la sentencia número 136/2019 de fecha 29 de marzo, del Juzgado de lo Social número 14 de los de Madrid, en sus autos número 547/2018 seguidos a instancia del recurrente, frente a HUMICLIMA CENTRO, S.A., HUMICLIMA EST, S.A., COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A. y ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A. en reclamación por resolución de contrato por voluntad del trabajador, revocamos en parte la resolución impugnada y estimamos parcialmente la demanda declarando extinguido con esta fecha el contrato que une a las partes y condenando conjunta y solidariamente a HUMICLIMA CENTRO S.A, HUMICLIMA EST, S.A. y COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS S.A. a abonar al actor una indemnización de CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTISÉIS EUROS CON CINCUENTA Y OCHO CÉNTIMOS (44.326,58 EUROS), confirmando la absolución de ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A. SIN COSTAS".

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Hernández Giménez, en representación de D. Mario, mediante escrito de 17 de julio de 2020, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de enero de 2015 (rec. 811/2014), por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016 (rec. 3761/2014) y 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 218.1 LEC, arts. 183.1 y 202.3 LRJS, art. 24 CE. TERCERO.- Se alega la infracción del art. 183 LRJS.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 5 de mayo de 2021 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente por cuanto entendemos que el primer motivo del recurso debe ser estimado.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de enero actua, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

Al hilo de procedimiento en que el trabajador insta la extinción indemnizada de su contrato de trabajo se discute ahora tanto sobre la cuantía del salario indemnizatorio cuanto de la eventual indemnización por daños y perjuicios cuando concurre la vulneración de un **derecho** fundamental. La relativa complejidad del entramado precedente aconseja que llevemos especial cuidado en su exposición.

#### 1. Hechos relevantes.

El trabajador (con antigüedad de mayo de 2008) presta sus servicios para un grupo de empresas y es expatriado a México como jefe administrativo.

El 5 de febrero de 2018 la empresa pone término a esa situación y lo repatría a España, siendo destinado a las oficinas de Madrid. Su pareja sentimental, trabajadora de otra empresa del grupo, dimite con efectos de esa fecha de traslado.

El 23 de marzo de 2018 se le comunica su traslado a Palma de Mallorca.

A partir de enero de 2019 está en incapacidad temporal por síndrome ansioso depresivo.

## 2. Sentencias recaídas en procedimientos entre las mismas partes.

La resolución ahora recurrida en casación unificadora se ha apoyado en otras dos previas sentencias dictadas por el mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid que ahora interesa recordar pues examinaron la validez de los dos traslados expuestos.

A) La STSJ Madrid (sección 6ª) de 21 octubre 2019 (rec. 887/2019) aborda la impugnación del traslado de Méjico a España. Pone de relieve que el trabajador declinó la oferta para cesar en su condición de expatriado y desarrollar su actividad al amparo de un nuevo contrato teniendo como exclusiva empleadora a la mercantil allí domiciliada.

Puesto que el motivo invocado por la empresa se desveló inexistente, queda evidenciado que fue la negativa del actor a la citada oferta la que motivó su repatriación.

B) La STSJ Madrid (Sección 1ª) de 5 julio 2019 (rec. 739/2019) aborda la validez del ulterior traslado desde Madrid a Palma de Mallorca. Pone de relieve que el trabajador interpuso demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo al no concurrir realmente las causas invocadas por la empresa.

Puesto que la razón invocada se acreditó inexistente, entiende que ha habido una represalia, declara vulnerado el **derecho** a la indemnidad y la nulidad de la decisión empresarial.

## 3. Pretensión y sentencias recaídas en el presente procedimiento.

A) En mayo de 2018 el actor presenta demanda por resolución de contrato por voluntad del trabajador y solicita que se declare:

1º) La extinción de su contrato de trabajo con todas las consecuencias jurídico económicas inherentes a tal extinción incluyendo la finalización y liquidación de la relación laboral, y el abono de la indemnización prevista en el art 50.2 ET coincidente con la indemnización legalmente señalada para el despido improcedente (45/33 días de salario/año).

2º) El abono de una indemnización adicional destinada al resarcimiento de los daños y perjuicios personales y morales soportados como consecuencia del acoso laboral sufrido, equivalente a los gastos materiales ocasionados, así como a seis mensualidades de salario, por importe total de 69.958.12€.

B) Mediante su sentencia 136/2019 de 29 marzo el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid desestima la demanda y, con extensa invocación de diversa jurisprudencia y doctrina **judicial**, concluye lo siguiente:

1º) No ha quedado acreditada la existencia de grupo patológico entre las diversas empresas codemandadas.

2º) No se ha probado la existencia de hostigamiento o acoso, ni la intención empresarial de dañar.

3º) Los traslados han sido impugnados y las demandas desestimadas por sendas sentencias del Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid.

4º) No ha quedado acreditado a qué pagos se refieren los incumplimientos salariales.

5º) No se acredita vulneración de **derechos** fundamentales, ni toda vulneración ha de comportar indemnización puesto que es necesario acreditar la existencia de un daño.

6º) No se acredita incumplimiento empresarial suficientemente grave como para legitimar la acción resolutoria ejercida.

C) Disconforme con ese pronunciamiento, el trabajador interpone recurso de suplicación denunciando la infracción de los artículos 49, 50 y 20 del Estatuto de los Trabajadores (ET), 24 de la Constitución (CE), en relación con la vulneración de la garantía de indemnidad, y de los artículos 96.1 y 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Sostiene que todas las decisiones y sucesivos traslados vienen ocasionados por su rechazo al proceso de "localización", generando un claro indicio de vulneración de la garantía de indemnidad.

Insiste en otros incumplimientos empresariales como la desocupación **efectiva**, la degradación funcional, el aislamiento y otros atentados a su dignidad. Asimismo, considera infringido el artículo 1.2 ET por entender que se trata de un grupo patológico de empresas que han de ser condenadas de forma solidaria.

D) La STSJ Madrid (Sección 1ª) 95/2020 de 31 enero (rec. 855/2019), tras admitir dos correcciones fácticas a la crónica de instancia, estima el recurso del trabajador, revocando en parte la del Juzgado de lo Social. Declara extinguido con la fecha de la sentencia el contrato que unía a las partes, condenando conjunta y solidariamente a las codemandadas a abonar al actor una indemnización de 44.326,58 € y confirmando la absolución de ACS Actividades de Construcción y Servicios.



El Auto de 4 de marzo de 2020 rechaza complementar la sentencia con un pronunciamiento sobre daños y perjuicios pues el recurso lo omitía. Añade, además que no consta acreditada la existencia de daños y perjuicios que el trabajador indica. Importa subrayar que la razón de decidir radica en que "la Sala no puede complementar la sentencia para introducir un pronunciamiento que no se solicitaba en el escrito del recurso, que no contiene petición alguna respecto de la indemnización adicional a la que ahora se refiere, por lo que en ningún caso procedería pronunciamiento de la Sala".

Es verdad que acto seguido entra a examinar los eventuales perjuicios, pero lo hace "a mayor abundamiento", de manera que no podemos considerar que esa sea la premisa de la desestimación o negativa a complementar el fallo originario con la indicación de qué indemnización por daños y perjuicios corresponde.

#### 4. Recurso de casación unificadora.

A) Mediante escrito de 17 de julio de 2020 el Abogado y representante del trabajador formaliza su recurso de casación unificadora.

Desarrolla hasta tres motivos, cada uno basado en distinta sentencia de comparación: 1) El primero centra la contradicción en la incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento en la sentencia de suplicación respecto de la reclamación indemnizatoria adicional una vez que dicha sentencia resolvió sobre la existencia de vulneración grave de los **derechos** fundamentales del trabajador. 2) El segundo núcleo de contradicción pretende determinar si la mera constatación de la existencia de vulneración de **derechos** fundamentales implica la existencia de daño que sea objeto de resarcimiento. 3) El tercer motivo postula la inclusión dentro del salario regulador para calcular la indemnización de la cantidad percibida por el trabajador en una de las empresas del grupo, la mexicana Avanzia.

B) Con independencia de que concurra la preceptiva contradicción entre las sentencias opuestas, digamos ya que el segundo de los motivos aparece formulado con carácter subsidiario ("de entender que ha existido una desestimación de la pretensión indemnizatoria adicional, en lugar de una omisión de pronunciamiento").

C) Por su lado, el tercero de los motivos alude al importe de la indemnización extintiva, de modo que es independiente de los otros dos.

#### 5. Impugnación del recurso e Informe del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 24 de mayo de 2021 el Abogado y representante de Humiclíma Est SL formula su impugnación al recurso.

Advierte que el primero y el segundo de los motivos contrastan sentencias que resuelven pretensiones bien diversas y que sus Fundamentos también difieren. Además, sostiene que el art. 183 LRJS no comporta la obligatoriedad de que haya indemnización si concurre vulneración de un **derecho** fundamental.

También expone que el tercero de los motivos no plantea una cuestión de alcance casacional sino temas de legalidad ordinaria.

B) A través de escrito firmado el 17 de junio de 2021 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS.

Descarta que concurra contradicción en el tercer motivo, pero considera que sí existe en el primero y que el mismo debe prosperar, siendo superfluo el segundo.

#### 6. El artículo 183 LRJS .

La regulación de la LRJS acerca de la modalidad procesal de **tutela** de **derechos** fundamentales y libertades públicas dedica su artículo 183 a las "Indemnizaciones". Su verdadero alcance es el que, en realidad, está en el fondo de la discusión, por lo que interesa recordar su extenso tenor:

*1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus **derechos** fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del **derecho** fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.*

*2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.*



3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

## SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Por constituir un requisito de orden público procesal, además de haberse cuestionado detalladamente en la impugnación al recurso, debemos examinar la concurrencia de la contradicción ente las sentencias comparadas por el recurrente.

### 1. Doctrina general.

El artículo 219 LRJS 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 IV 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". 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.

Como resume la STS 817/2020 de 30 septiembre (rcud. 190/2018), cuando se invoque un motivo de infracción procesal, las identidades del citado precepto hay que entenderlas referidas a la controversia procesal planteada, debiendo existir, para apreciar la contradicción, la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas: en este sentido, por ejemplo, SSTS 20 diciembre 2016 (rec. 3194/2014), 4 mayo 2017 (rec. 1201/15) y 4 octubre 2017 (rec. 3723/15).

Se supera así la concepción inicial que exigía la identidad en las situaciones sustantivas de las resoluciones contrastadas, con doctrina que se recoge en el Acuerdo adoptado por la Sala en Pleno no jurisdiccional de fecha 11 de febrero de 2015. Ello no significa que en algún caso particular la heterogeneidad de los debates sustantivos pueda impedir, por sí misma, la homogeneidad de los problemas procesales, como sucede en el caso de la STS 11 marzo 2015 (rec. 1797/14).

### 2. Ausencia de respuesta **judicial** (Motivo 1º del recurso).

#### A) Formulación del motivo.

El primer motivo, como hemos adelantado, sostiene que la sentencia incurre en incongruencia omisiva al no resolver sobre la reclamación de una indemnización, lo que vulneraría el **derecho** a la **tutela judicial efectiva**, art 24.1 CE, al no pronunciarse sobre una de las pretensiones postuladas en la demanda, produciendo indefensión a la parte.

Se centra, por tanto, en denunciar incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento respecto de la reclamación indemnizatoria adicional una vez que la Sala ha estimado la existencia de vulneración grave de los **derechos** fundamentales.

#### B) Sentencia de contraste.

Presenta como sentencia de contraste la STS 666/2016 de 14 de julio (rcud. 3761/2014). Allí se debatía si la sentencia impugnada había incurrido en incongruencia omisiva, pues tras declarar la improcedencia del despido, no se pronunciaba sobre la atribución del **derecho** de opción conforme a lo dispuesto en el art. 13 del Convenio de aplicación.

La referencial reitera doctrina sobre los requisitos de la contradicción cuando se invocan infracciones procesales, respecto de las cuales no es necesaria la identidad sustantiva de supuesto fáctico, pero sí la suficiente homogeneidad en la controversia procesal. Aprecia incongruencia omisiva, por lo que declaró la nulidad de la recurrida.

#### C) Consideraciones específicas.



Consideramos que concurre la contradicción legalmente requerida, tal y como el Ministerio Fiscal sostiene, respecto de la cuestión procesal planteada. Se trata de determinar si la Sala de suplicación incurre en incongruencia omisiva cuando debiendo entrar a establecer las consecuencias legalmente previstas no lo hace, aun cuando no se produzca petición expresa de la parte en el recurso.

En el caso de la sentencia impugnada, declarando la Sala que existe vulneración de **derecho** fundamental no entra a establecer el importe del daño moral, a lo que vendría obligada ex art. 183 LRJS; en tanto en la sentencia referencial la Sala de suplicación, pese a calificar el despido como improcedente, no se pronuncia sobre el **derecho** de opción conforme a lo dispuesto en el art 13 del Convenio de aplicación.

Los presupuestos de hecho son análogos, omisión de un pronunciamiento previsto en las normas ya legales, ya convencionales; las pretensiones lo son también, en tanto se pide la incongruencia omisiva y la necesidad de tal pronunciamiento, y las soluciones son dispares pues mientras la sentencia impugnada se ampara para denegar en la inexistencia de petición de parte y no acreditación de daños con referencia a los materiales, la de contraste entiende que existe tal incongruencia.

#### **D) Concurrencia de contradicción.**

A la vista de cuanto antecede, deberemos examinar la cuestión planteada por el primero de los motivos del recurso.

Que las acciones entabladas, el sector de actividad o las normas convencionales sean divergentes entre las dos sentencias opuestas no altera la preceptiva identidad, pese a lo manifestado por la impugnación al recurso.

Cuando en el recurso de casación para la unificación de doctrina se invoque un motivo de infracción procesal las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, debiendo existir para apreciar la contradicción la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias contrastadas, tal y como hemos advertido (apartado 1 de este Fundamento).

Respondiendo a lo manifestado por la impugnación al recurso, debemos advertir que la diversidad de fundamentación jurídica entre las sentencias opuestas, lejos de romper la identidad requerida por el artículo 219.1 LRJS, es el lógico presupuesto para que desemboquen en fallos contradictorios. La semejanza de fundamentos aludida por la citada norma refiere a las pretensiones ejercidas por quien demanda, no a la respuesta **judicial** recibida.

Por último, son trasladables aquí las apreciaciones albergadas en nuestra STS 666/2016 para apreciar en tal caso la existencia de contradicción

Tanto en uno como en otro la omisión afecta a una cuestión que no constituye una pretensión autónoma que pudiese ser ejercitada de manera independiente, sino de un aspecto accesorio directamente vinculado a la pretensión principal.

Y así, la naturaleza extraordinaria de la pensión por acto terrorista es una consecuencia accesoria al reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, que no puede desplegar efecto jurídico alguno de manera autónoma y al margen de tal reconocimiento; al igual que la prerrogativa de la opción entre la readmisión o la indemnización a favor del trabajador pende de la declaración de improcedencia del despido.

En los dos casos estamos ante aspectos accesorios de las respectivas pretensiones principales ejercitadas en la demanda que deberían operar de manera automática una vez que esa pretensión principal fuere acogida, hasta el punto que no se discute su aplicabilidad para el caso de que sea estimada la pretensión principal a la que están vinculados, y que por el contrario, carecen de virtualidad jurídica propia aisladamente consideradas.

### **3. Salario a efectos indemnizatorios (Motivo 3º del recurso).**

#### **A) Formulación del motivo.**

El tercer motivo de recurso pretende la inclusión dentro del salario regulador para calcular la indemnización la cantidad percibida por el trabajador de la empresa mexicana Avanzia, que pertenece al grupo de las demandadas.

#### **B) Sentencia referencial.**

La referencial es la STSJ Madrid de 30 de enero de 2015 (rec.811/2014). El actor había trabajado para el Banco de Santander SA y el 26 de agosto de 2003 pasó a hacerlo para el Banco de Santander Internacional (SUISSE) SA, con reconocimiento de la antigüedad en el Santander. El 1 de septiembre de 2009 aceptó una oferta de empleo como vicepresidente ejecutivo (dirección regional del Cono Sur) del Banco de Santander Internacional en Miami, siendo mantenida el alta en la Seguridad Social en todo momento por el Banco de Santander. El 31



de marzo de 2011 el Banco Santander Internacional comunicó al actor su despido con efectos de 1 de abril de 2011, que fue impugnado, presentando demanda igualmente de extinción del contrato con arreglo al art. 50 ET, siendo ambas demandas acumuladas en un solo proceso.

La sentencia de instancia desestimó la excepción de incompetencia de la jurisdicción social española y estimó la de litisconsorcio pasivo necesario fundada en la falta de llamamiento de Banco Santander Internacional, absteniéndose de resolver sobre el fondo de la demanda. El Banco de Santander en su recurso invocaba el art. 25.1 de la LOPJ por considerar que la única conexión de las partes con España era la nacionalidad del actor, siendo su empleadora solamente Banco Santander Internacional. Sin embargo la referencial desestimó el motivo de recuso y en cuanto al cálculo de la indemnización por despido argumenta que se tomará también como referencia el tiempo en el que el trabajador fue contratado para Banco Internacional (Suisse) porque durante dicho tiempo estuvo de alta en Seguridad Social para Banco Santander, lo cual hace que en ese periodo de tiempo se asignen a las dos entidades una posición empresarial dual con igual razonamiento que al atribuir esa misma condición a Banco Santander SA y a Banco Santander internacional durante el tiempo de servicios en Miami.

### C) Consideraciones específicas.

No puede apreciarse contradicción entre las sentencias porque en el caso de las referencial, se computó a efectos del cálculo de la indemnización el tiempo en que el trabajador fue contratado para Banco internacional (Suisse) en que estuvo de alta en Seguridad social para Banco Santander SA, constando en la sentencia previamente que Banco Santander es la matriz del llamado Grupo Santander al que pertenecen entre otros Banco Santander internacional y Banco Santander internacional (Suisse) SA y que estas empresas o bancos del grupo pertenecen o están controlados por el área de Banca privada Global del Banco Santander SA que da las directrices generales de actuación internacional y en los respectivos países, sin perjuicio de la actuación local de cada uno de los bancos dentro del marco de tales directrices.

Nada parecido consta en el caso de la sentencia recurrida en la que se consigna que las demandadas Humiclima EST SA y Cobra Instalaciones y Servicios SA forman grupo de empresas mercantiles, habiendo rechazado la Sala de segundo grado la modificación de hecho probado segundo en el que se pretendía abundar sobre las relaciones entre las empresas y que finalmente no figuran en los hechos probados.

### TERCERO.- Doctrina sobre incongruencia omisiva.

A la vista de lo expuesto en el Fundamento anterior debemos examinar si concurre el defecto procesal de incongruencia omisiva en la sentencia recurrida, que rechaza pronunciarse sobre la indemnización adicional a la vulneración de **derechos** fundamentales. Para ello vamos a recordar la muy acrisolada jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, acerca del significado de ese defecto de **tutela judicial**.

#### 1. Congruencia de las resoluciones judiciales.

A) La congruencia puede definirse como un ajuste "sustancial" entre lo pedido y lo resuelto que, por tanto, no exige del fallo "una conformidad literal y rígida con las peticiones de las partes, sino racional y flexible" ( STS 16 febrero 1993, rcud. 1203/1992). La congruencia se plantea, pues, como una necesidad de correlación entre determinada actividad procesal de las partes, por un lado, y la actividad decisoria o resolutoria que el juez plasma en la sentencia, por otro.

B) El art. 218.1 LEC dispone que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Asimismo, aclara que "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de **Derecho** distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".

El precepto quiso ajustarse a lo que previamente había venido diciendo la jurisprudencia constitucional: la incongruencia -"desajuste entre la respuesta **judicial** y los términos en que los litigantes han configurado el debate, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" ( SSTC 20/1982, 67/1993, 224/1997)- resulta de confrontar la parte dispositiva de la sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos, subjetivos y objetivos, causa de pedir y petitum , pero tal confrontación no significa una conformidad rígida y literal con los pedidos de los suplicantes de los escritos ( STC 171/1993).

B) El **derecho** fundamental a la **tutela judicial efectiva** ( art. 24.1 CE) no incluye un pretendido **derecho** al acierto **judicial** en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende, entre otras dimensiones, el **derecho** a obtener una resolución **judicial** motivada que, ... supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; [...] la motivación debe





contener una fundamentación en **Derecho**, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia ( SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero; FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo; FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo; FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre; FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre; FJ 3; y 276/2006, de 25 de septiembre; FJ 2, entre otras muchas)" ( STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2).

## 2. Suficiencia de la motivación.

El canon constitucional de la "motivación suficiente" no se ve satisfecho mediante la simple exposición de una conclusión, fáctica o jurídica, sino que requiere un razonamiento o inferencia ( STC 8/2014, de 27 de enero). El mero enunciado formal, sin argumentos, sin razonamiento que los proyecte al caso y a la institución jurídica a debate implica que la decisión o aparece razonada en contraste con la *ratio* de la norma, y que tampoco se justifica que la solución hermenéutica sea acorde con los fines que procura la institución, y con sus presupuestos, a la vista de las circunstancias del caso.

Tampoco resulta esta exigencia "cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad (por todas, SSTC 146/2005, de 6 de junio, F. 7, y 13/2012, de 30 de enero, F. 3)" ( STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4).

## 3. Incongruencia omisiva.

A) El **derecho** la resolución motivada incluye el **derecho** a una resolución congruente, existiendo el vicio de incongruencia omisiva "cuando el órgano **judicial** deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio **judicial** como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del **derecho** fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales [por todas, STC 218/2003, de 15 de noviembre, F. 4 b)]. La exposición de esta conocida doctrina exige reiterar la precisión de que la congruencia exige dar respuesta, no sólo a las pretensiones propiamente dichas, sino también a las alegaciones sustanciales, pues, tal como recordábamos en la STC 85/2006, de 27 de marzo: 'el **derecho** fundamental a obtener la **tutela judicial efectiva** 'no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano **judicial** omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de **Derechos** Humanos en los casos Hiro Balani c. España y Ruiz Torija c. España de 9 de diciembre de 1994, y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 5/2001, de 15 de enero; 148/2003, de 14 de julio, y 8/2004, de 9 de febrero, entre otras' ( F. 3)" (por todas, las SSTC 204/2009, de 23 noviembre, FJ 3; 9/2014, de 27 enero, FJ 4).

B) Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que "hay que distinguir entre las alegaciones o argumentos aducidos por la parte para fundamentar sus peticiones [...] y las auténticas pretensiones en sí mismas consideradas. Respecto a las primeras no cabe hablar de incongruencia, pues no es necesario dar una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas para satisfacer el **derecho** a la **tutela judicial efectiva**. La obligación de congruencia se impone sólo respecto de las auténticas pretensiones en razón a que cada una de ellas se convierte en una "causa petendi" que exige una respuesta concreta" ( sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2019, recurso 42/2018, y las citadas en ella).

Esta distinción encuentra también su apoyo en la doctrina constitucional sobre la congruencia, ya que el Tribunal Constitucional tiene declarado que el artículo 24.1 de la Constitución no garantiza el **derecho** a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, de manera que "si se resuelven, aunque sea genéricamente, las pretensiones no existe incongruencia, pese a que no haya pronunciamiento respecto de alegaciones concretas no sustanciales, pues no cabe hablar de denegación de **tutela judicial** si el órgano **judicial** responde a la pretensión y resuelve el tema planteado, ya que sólo la omisión o falta total de respuesta, y no la respuesta genérica o global a la cuestión planteada, entraña vulneración de la **tutela judicial efectiva**" ( sentencia del Tribunal Constitucional nº 171/2002, entre otras).

C) El Tribunal Constitucional explica que la incongruencia omisiva tiene relevancia constitucional cuando el órgano **judicial** omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Se debe distinguir entre las alegaciones que fundamentan las pretensiones y las pretensiones en sí



mismas. La congruencia referida a las primeras es más rigurosa que las segundas, las cuales no precisan una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas. Pero sí que es obligado no omitir la consideración de las alegaciones concretas que resulten sustanciales para el caso y decisivas para el fallo. Esta exigencia se predica tanto de la parte recurrente como de la recurrida.

D) En todo caso, precisemos que la referida falta de respuesta no merece siempre tal calificación - incongruencia omisiva-, sino tan sólo aquélla que revista las siguientes notas esenciales: de una parte que conste el planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes a los efectos de fijar el fallo; de otra, que el órgano **judicial** en su resolución no dé a la misma respuesta expresa o razonablemente implícita. Sólo cumpliendo tales requisitos "la falta de pronunciamiento sobre una determinada cuestión se convierte en una denegación tácita de justicia y resulta por lo tanto contraria al artículo 24.1 CE".

#### 4. Incongruencia omisiva respecto de consecuencias inherentes al acogimiento de la pretensión principal.

Dadas las características del debate ahora afrontado, interesa recordar la doctrina contenida en la STC 83/2004 de 10 de mayo (referencial en la que lo es ahora)

Como dijimos en nuestra STC 91/2003, de 19 de mayo, FJ 2, una consolidada jurisprudencia que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo, ha definido el vicio de incongruencia omisiva o ex silentio como un "desajuste entre el fallo **judicial** y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" ( SSTC 136/1998, de 29 de junio, y 29/1999, de 8 de marzo ) que entraña una vulneración del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** siempre y cuando esa desviación "sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal" ( SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 5/2001, de 15 de enero ). La incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando "el órgano **judicial** deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio **judicial** como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del **derecho** fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales" ( SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero ).

#### CUARTO.- Resolución.

A) Al margen de la discusión ha quedado que existe causa para extinguir el contrato de trabajo ( art. 50 ET) y que la conducta empresarial ha vulnerado el **derecho** fundamental a la indemnidad ( art. 24 CE).

Ahora queda firme el pronunciamiento de suplicación acerca de la identidad de las empresas condenadas: la sentencia condena "conjunta y solidariamente a HUMICLIMA CENTRO S.A, HUMICLIMA EST, S.A. y COBRA INSTALACIONES y SERVICIOS S.A.", sin que frente a ello se haya articulado recurso.

También queda firme el salario que ha debido tomarse en cuenta para determinar la indemnización por extinción causal del contrato y la cuantía de ésta, pues ha fracasado el motivo de recurso desarrollado al respecto.

B) Lo anteriormente razonado obliga a convenir que la sentencia impugnada ha incurrido en incongruencia omisiva, en los mismos términos que lo conceptualiza la sentencia de contraste (apartado 3 del Fundamento Segundo).

Sin que podamos ahora abordar el modo de fijar los daños y perjuicios asociados a la vulneración del daño moral, cuestión afrontada por el segundo de los motivos del recurso, lo cierto es que los términos del artículo 183 LRJS anudan ese supuesto a la fijación de una indemnización o, cuando menos, a un pronunciamiento respecto de la misma. Y la recurrida lo ha orillado por considerar que la remisión a la demanda contenida en el recurso de suplicación impedía abordar la cuestión (apartado 3 del Fundamento Primero de la presente sentencia).

C) Contra lo que peticiona inicialmente el recurso, no podemos resolver en esta sentencia el debate de suplicación para reconocer al trabajador el **derecho** a una indemnización por los daños morales por importe de 58.368,12 €. Sí procede acoger la petición subsidiaria de ordenar la retroacción de las actuaciones a fin de que el Tribunal de segundo grado se pronuncie al respecto.



De manera significativa, la propia STS 666/2016 que el recurrente invoca como referencial concluye que en estos casos se impone, tal como establece el art. 219.2 de la LRJS, y a diferencia de lo que dispone el 228.2 de la misma norma ("... resolverá el debate planteado en suplicación..."), que nos limitemos (ese es el mandato expreso de la Ley: "...se limitará...") a "conceder" la **tutela del derecho** invocado, lo que implica, como normalmente hace el Tribunal Constitucional en sus resoluciones, declarar la nulidad de la sentencia impugnada y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a que se dictara, debiendo ser la Sala de Suplicación la que resuelva sobre esa cuestión.

D) De conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, declaramos la nulidad de la sentencia impugnada y ordenamos la retroacción de las actuaciones al momento anterior a que se dictara, a fin de que, manteniendo el resto de pronunciamientos y con plenitud de jurisdicción, se dicte una nueva sentencia respetuosa con el **derecho** fundamental a la **tutela judicial efectiva** reconocido, pronunciándose sobre la cuestión relativa a la indemnización que pueda corresponder por vulneración del **derecho** fundamental a la indemnidad, que ha sido indebidamente omitida.

E) No podemos acceder a la solicitada condena en costas a la empleadora que ha impugnado el recurso ahora estimado. El art. 235.1 LRJS reserva esa condena cuando se trata de la "parte vencida en el recurso", que no en la oposición al mismo como es el caso.

## FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Mario , representado y defendido por el Letrado Sr. Hernández Giménez.

2º) Casar y anular la sentencia nº 95/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 31 de enero, completada por Auto de 4 de marzo de 2020, dictada en el recurso de suplicación nº 855/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 136/2019 de 29 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid, en los autos nº 547/2018, seguidos a instancia de dicho recurrente contra Humiclíma Centro S.A., Humiclíma EST, S.A., Cobra Instalaciones y Servicios S.A., ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A., sobre resolución de contrato.

3º) Acordar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a que se dictara, a fin de que, manteniendo el resto de pronunciamientos, la Sala de procedencia dicte una nueva resolución resolviendo sobre la cuestión relativa a la atribución al trabajador de la indemnización reclamada en su demanda sobre daños morales.

4º) No realizar pronunciamiento especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.