

Roj: **STS 2452/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2452**Id Cendoj: **28079140012000101020**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/03/2000**Nº de Recurso: **2063/1999**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**Ponente: **BARTOLOME RIOS SALMERON**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Marzo de dos mil.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Matías contra sentencia de 11 de marzo de 1999 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Matías contra la sentencia de 18 de mayo de 1998 dictada por el Juzgado de lo Social de Barcelona nº 25 en autos seguidos por Darío frente a Matías y FOGASA sobre despido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de mayo de 1.998, el Juzgado de lo Social número 25 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por Darío frente a Matías y el Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido efectuado por la empresa al demandante con efecto del día 24.12.97 y condeno a la empresa a que o bien readmita al trabajador en el mismo puesto de trabajo y condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, si ejercita el derecho de opción en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación de la sentencia, la indemnice en la cantidad global de 526.797 pesetas. Cualquiera que sea la opción ejercitada, condeno asimismo a la empresa, a que pague al actor los salarios de tramitación, así como a mantener de alta al actor en la Seguridad Social durante el periodo correspondiente a tales salarios. Sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial, en los supuestos y con los límites del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- El demandante Darío , de nacionalidad china y con NIE NUM000 , mayor de edad, prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia del empresario " Matías ", DIRECCION000 del restaurante de dos tenedores ubicado en Av. Marqués de Montroig, 17-19, de Badalona, con antigüedad desde el día 13.12.95, categoría profesional de cocinero y salario diario, con inclusión de prorrata de pagas extras de 4.833.- ptas., a efectos de este procedimiento.- 2º. El día 13.12.95, había suscrito el actor un contrato laboral con el empresario " Santiago ", NIE NUM001 , con carácter indefinido, categoría profesional de "Ayudante de dependiente" y salario según convenio de hostelería. En septiembre de 1.996 sucedió a la anterior empresa el demandado.- 3º. La empresa está inscrita en la Seguridad Social con el nº NUM002 , a nombre de Matías , teniendo registrado el Libro de Matrícula el 30.07.92, en el cual en 13 de diciembre constaban como dados de alta, los siguientes empleados, con las categorías profesionales de:

- Darío "Ayudante dep"
- Rafael "(...)"
- Federico "Ayudante"
- Pedro Jesús "Ayudante camarera"



4º. La empresa no contrató formalmente a ningún cocinero ni ayudante de cocinero hasta el mes de abril de 1.997.- 5º. El demandante causó baja por accidente ocurrido durante el tiempo y en el lugar de trabajo, en fecha 16.03.97.- 6º. El actor realizaba habitualmente una jornada laboral de 40 horas semanales, en horario partido de mañana y tarde, librando un día intersemanal. Llevaba él sólo a cabo las tareas de cocinero del restaurante.- 7º. Por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se levantó Acta de Inspección contra la empresa el 31.10.97 a causa de valorar la existencia de falta de medidas de seguridad en la instalación del montacargas en el que resultó lesionado el demandante.- 8º. La empresa abonaba al demandante un salario inferior al que le correspondía por las funciones realizadas, que en el mes antes del accidente alcanzaba un total de 66.000 ptas, al mes, cantidad por la que cotizaba.- 9º. Mediante Burofax de fecha 24.12.97, la empresa notificó al demandante su despido disciplinario basado en el motivo siguiente: "En base a lo dispuesto en el artículo 54 y ss. del Estatuto de los Trabajadores, la Dirección de esta Empresa se ve en la necesidad de tener que despedirle y proceder a la extinción de su contrato de trabajo, con efectos del día de hoy, 24.12.97, en base a los siguientes hechos: El 16.3.97 causó Ud. baja médica por accidente. Desde entonces no compareció a la empresa ni para cobrar las prestaciones, que tras requerirle de cobro, le aboné en fecha 25.8.97.- Habiendo manifestado Ud. a finales de octubre pasado que estaba en situación de alta, mediante Burofax de 30.10.97 notificado el 31.10.97 le requerí para que se reincorporase al trabajo o justificara documentalmente inasistencia desde la fecha de alta y acreditase esta. Sin comparecer a empresa ni justificar nada, remito Ud. Telegrama el 8.11.97 diciendo que "alta médica por curación de Mutua Fremap ha sido impugnada", y que según Ud. "incorporación al trabajo está imposibilitada por persistir incapacidad". Ante ello, al no reincorporarse Ud. a la empresa ni justificar su inasistencia, mediante Burofax de 17.11.97 le requería para que lo efectuase en el plazo de tres días, contestando Ud. mediante carta en la que, para mi sorpresa, dice Ud. que fue dado de alta por la Mutua el 9.9.97 y que el mismo día 9.9.97 causó baja por enfermedad común.- Lo anterior prueba que usted fue dado de alta el 9.9.97 y lo ocultó a esta empresa, que la misma le requirió el 31.10.97 para que justificase el alta que días antes había conocido, al ignorar fecha; que Ud. no la comunicó ni justificó nada, y requerido por último el 17.11.97, por carta de 17.11.97 Ud. tras callarse 2 meses y medio, me indica que está de alta desde 9.9.97 y que la Seguridad Social le dio baja por enfermedad el mismo día. Por ello, su retraso en tales comunicaciones es del todo excesivo, y además de extemporáneas desde el alta (9.9.97), lo son evidentes desde mi Burofax de 30.10.97, por lo que en base al artículo 54.2, a) y d) del E.T. le notificó su despido.- 10º.- El demandante fue dado de alta médica el 9.09.97 por la mutua de accidentes de trabajo, FREMAP, hecho que comunicó a la empresa mediante carta remitida por telegrama el día 6.11.97, indicando también que procedía a impugnar el alta ya que no estaba en condiciones de reincorporarse al puesto de trabajo.- 11º. Al demandante le fue concedida la baja médica por enfermedad común el día 9.9.97 habiendo sido confirmada hasta la fecha por el servicio médico del I.C.S. ya que sigue precisando asistencia médica, debe deambular con ayuda de 2 bastones.- 12º. El actor remitió todos los partes de baja por I.T. y confirmatorios de dicha situación a la empresa en fecha 17.11.97, habiéndole sido requeridos por la empresa por Burofax de 17 y 30 de noviembre de 1.997.- 13º. El 15.01.98 presentó demanda de conciliación al SCI, el 4.2.98, se llevó a cabo el acto de conciliación sin avenencia".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Matías, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia con fecha 11 de marzo de 1.999, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Matías contra la sentencia dictada por el Juzgado nº 25 de Barcelona en los autos nº 93/98 en fecha 18.5.98, seguidos a instancia de Darío contra Matías, debemos confirmarla y la confirmamos".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Matías se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina. En su formalización se invocaron como sentencias contradictorias, la de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias de 7 de junio de 1.996 y de Andalucía (Málaga) de 6 de marzo de 1.995.- Los motivos de casación denunciaban: 1º. Infracción, por interpretación incorrecta, de los artículos 54.2 a) y de del Estatuto de los Trabajadores.- 2º. Infracción, por interpretación errónea del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y la infracción del artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

QUINTO.- Por providencia de fecha 23 de noviembre de 1.999, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerarlo procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de marzo de 2.000, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado social núm. 25 de Barcelona dictó sentencia de 18 mayo 1998 (autos 93/1998), mediante la que estimaba la demanda interpuesta por Darío frente a su empresario " Matías ": declaraba improcedente el despido, y condenaba alternativamente a la readmisión del empleado o al abono de una



indemnización de 526.797 pesetas, más los salarios de trámite. En los hechos probados se noticiaba lo siguiente: la antigüedad arranca de 13 diciembre 1995; los servicios se prestaron en un restaurante de dos tenedores, sito en Barcelona, con categoría nominal de "ayudante de dependiente"; en realidad llevaba a cabo él solo las tareas de cocinero del restaurante; aunque el empresario abonaba un salario de 66.000 ptas. mes y cotizaba por esta cantidad a la seguridad social, se establece una percepción de 4.833 pts/día con prorrata de extras; la jornada era de 40 horas semana, con seis días de tarea. Sufrió el empleado un accidente de trabajo en 16 marzo 1997. La Inspección de Trabajo levantó acta de infracción en 31 octubre 1997, al entender que concurría falta de medidas de seguridad en la instalación del montacargas donde resultó lesionado el accionante. El riesgo de accidente estaba asumido por FREMAP. El alta médica se produjo en 9 septiembre 1997, lo que comunicó el trabajador a la empresa mediante "carta remitida por telegrama" el día 6 noviembre 1997, donde indicaba además que procedía a la impugnación de dicha alta porque no estaba en condiciones de reincorporarse al trabajo; el mismo día 9 septiembre 1997 causó baja médica por enfermedad común, confirmada hasta la fecha del juicio por el servicio médico del ICS, "ya que se sigue precisando asistencia médica, [y] debe deambular con ayuda de 2 bastones". Los partes de baja y de confirmación fueron pedidos por la empresa mediante burofax de 17 y 30 noviembre 1997; la entrega de los mismo se produjo en 17 noviembre 1997; en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se añade que "la empresa tenía conocimiento del hecho de la baja médica" y que ello "se deduce de los TC-2 aportados en los que procede al descuento de la prestación".

La empresa entabló suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo social, de Cataluña, cuya sentencia de 15 marzo 1999 (rec. 7934/1998), entendió asimismo que el despido era improcedente, por lo que confirmó la decisión del Juzgado de instancia.

Contra esta última resolución interpone la empresa recurso de casación para la unificación de doctrina. Señala como contraste, mediante escrito presentado en 29 julio 1999, tras requerimiento que con ese fin se le hizo, dos pronunciamientos de suplicación, porque entiende que contradicen, en dos puntos, la postura de la sentencia recurrida. Son: la sentencia de 7 junio 1996 (rec. 2829/96), del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, para un primer punto, que sería la calificación, como improcedente, del despido. Y la sentencia de 6 marzo 1995 (rec. 1431/94), del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, para un segundo punto, relativo a la posibilidad de que en un pleito por despido se discuta el salario real percibido por el trabajador.

Hubo impugnación del empleado. El Ministerio Fiscal, en su informe preceptivo, se inclina por la procedencia del recurso.

Habrà que analizar ante todo su concurren los presupuestos de admisibilidad del recurso, en cada uno de los dos extremos apuntados.

SEGUNDO.- Comencemos con la sentencia dictada por el TSJ de Asturias, que se propone como contraste en tema de calificación del despido. Habrà de comprobarse si concurre el presupuesto procesal de la contradicción, pedido por el art. 217 de la LPL. Es decir, que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hayan aparecido pronunciamientos diferentes. E igualmente, si de tal contradicción ofreció la parte recurrente la "relación precisa y circunstanciada" que impone el art. 222.

Será conveniente advertir, con carácter general, que 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 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 decisiones generales, aplicables fuera del ámbito en que la atacada se ha producido (sentencias de 30 enero y 18 mayo 1992; 15 y 29 enero 1997).

Esto es lo que ocurre en el presente caso. La sentencia de contraste, del TSJ de Asturias, parte de los siguientes hechos. La trabajadora entonces accionante prestaba servicios, desde 1981, como limpiadora, para una Comunidad de propietarios; causó baja por enfermedad en 4 septiembre 1995 con diagnóstico de tromboflebitis; los partes de baja y posterior confirmación fueron presentados en la empresa hasta 21 septiembre; no se presentó ningún otro hasta la fecha del despido, producido en 23 octubre; concurre la circunstancia de que la empleada fue autorizada por la Inspección Médica a desplazarse, desde su domicilio habitual, en Asturias, a Cataluña, donde una hija suya había sido intervenida en muñeca izquierda el día 20 septiembre; el desplazamiento duró desde el día 28 septiembre al 20 octubre; los partes se entregaban habitualmente al Presidente de la Comunidad, quien en algún otro periodo de baja había autorizado a la trabajadora a hacerlo fuera de plazo, cosa que no ocurrió en esta ocasión, en que el Presidente ignoraba además el hecho del desplazamiento aludido. En instancia se declaró la improcedencia del cese. Pero la Sala de suplicación estimó el recurso de la Comunidad; comenzó por atender un motivo fáctico, e incluir en el texto judicial lo referente a la "dilación con que la actora se procuró la credencial de su permiso de desplazamiento, el



cual --sin perjuicio de no haber sido comunicado en momento alguno a la comunidad empleadora-- no obtuvo hasta pasados cuatro días de su despido". Aprecia la existencia de un comportamiento grave de la interesada, al no comunicar a la empleadora su real situación. Y concluyó entendiendo que el despido era procedente.

La simple comparación de los hechos contemplados en cada ocasión, muestra la diversidad de sucedidos y confirma la advertencia que se hacía más arriba, sobre la dificultad de establecer, en supuestos de esta clase, la contradicción que como requisito procesal indispensable exige la ley. En la sentencia de contraste se subraya que la trabajadora ha ocultado su real situación, incluso geográfica, a la empresa, y hasta se ha procurado a posteriori una "credencial" de su desplazamiento a punto relativamente distante del domicilio habitual. Mientras que en la sentencia recurrida se tiene muy en cuenta, al aceptar el planteamiento que del asunto se hizo en instancia, que el empleador siempre tuvo conocimiento del estado del trabajador, efectivamente imposibilitado para trabajar, y que, como consecuencia de ello, hasta "procede al descuento de la prestación" cuando formaliza los documentos de cotización a la seguridad social. En estas condiciones, no contamos con la igualdad sustancial a que alude el citado art. 217 de la LPL, y carece de sentido proceder a una comparación encaminada a establecer cuál de las dos calificaciones, en cada caso dispensadas, es la correcta; ya que, se insiste en ello, cada una de las sentencias enfrentadas partió de circunstancias diversas y valoró de modo diferente el comportamiento de los interesados, incluido el empleador.

Pero es que, además de lo anterior, la parte recurrente debe ofrecer una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, pedida por el citado art. 222. Lo que exige establecer la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción, mediante una argumentación que comprenda y alcance a las tres identidades mencionadas por el art. 217, es decir, se necesita una comparación, con las características que el precepto impone, de los hechos, de los fundamentos y de las pretensiones (sentencias de 27 mayo 1992 y de 18 junio 1997).

Un examen detenido del escrito de interposición muestra que tampoco este presupuesto concurre. En el apartado V de los Fundamentos procesales, se menciona desde luego lo atinente a la presentación de los partes de baja. Y en el apartado VI, en forma todavía más escueta, vuelve a mencionarse esa no presentación dentro de plazo. Lo que pronto pone de relieve que en manera alguno se nos ofrece la "relación" que, con la condición de "precisa y circunstanciada", exige la norma procesal. Aspecto que se patentiza con suficiencia tras la exposición de sucedidos y aspectos decisivos que en nuestro análisis hemos puesto de relieve más arriba.

La conclusión a que se llega es que, en cuanto al primer punto planteado en el recurso, debe decretarse la inadmisibilidad procesal de la pretensión impugnativa, por las razones a que se acaba de aludir.

TERCERO.- Vayamos ahora al segundo punto que el recurso propone: posibilidad de que en un pleito de despido se afronte discusión entre partes, relativa al salario real que percibía, o debía percibir, el trabajador, el cual servirá, en su caso, para medir el alcance dinerario de la condena empresarial.

Lo que ahora entra en liza es, en realidad, un presupuesto procesal de naturaleza diferente. En efecto, la admisibilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina ha de negarse cuando la "pretensión [impugnativa] carezca de contenido casacional" (LPL, art. 223.1). Existen declaraciones jurisprudenciales reiteradas, a tenor de las cuales, la función institucional de este recurso es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social; por ello, carecen del mencionado contenido casacional aquellos recursos interpuestos contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo (autos de 21 mayo y 7 octubre 1992; sentencias de 14 diciembre 1996, 21, 23 septiembre y 27 octubre 1998).

La sentencia recurrida admite que, en el pleito de despido, puede el trabajador alegar y probar que el salario a que legalmente tiene derecho, a efectos de la decisión condenatoria que adopte el juez social, es mayor al que figura en nóminas y documentos de seguridad social. Con lo que, en definitiva, se aplica doctrina según la cual el salario regulador de las indemnizaciones es el que debe corresponder legalmente al trabajador al tiempo de la extinción del contrato, y no el que realmente viniera percibiendo, siendo el proceso de despido cauce adecuado para proceder a su debate y fijación (sentencias de 25 febrero 1993 y 8 junio 1998).

Es claro, también en este segundo punto, que el recurso de la empresa es inadmisibile, aunque por deficiencia distinta, que es la mentada falta de contenido casacional.

CUARTO.- Lo razonado más arriba muestra, como se ha dicho ya, que el recurso del empleador es procesalmente inadmisibile; deficiencia que, constatada ahora, tras un detenido análisis de la argumentación de los litigantes, se convierte en causa de desestimación en cuanto al fondo, según doctrina muy reiterada de la Sala. Habrá, una vez oído el Ministerio Fiscal, que declararlo así; lo que comporta la firmeza de la resolución atacada; y conlleva la pérdida de depósitos y consignaciones constituidos para recurrir, a los que se dará el



destino legal; también, la imposición de las costas, que en el caso comprenden los honorarios del Letrado del trabajador, que se personó en el recurso y dedujo escrito de impugnación, y cuya importe fijaría la Sala caso de ser necesario. LPL, arts. 226.3 y 233.1.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Matías contra sentencia de 11 de marzo de 1999 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 18 de mayo de 1998 dictada por el Juzgado de lo Social de Barcelona nº 25. Con pérdida de depósitos y consignaciones, a que se dará el destino legal y condena en costas, con inclusión de honorarios del Letrado del trabajador devengados en este Tribunal.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Bartolomé Ríos Salmerón hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.