



Roj: **ATS 7478/2018 - ECLI:ES:TS:2018:7478A**

Id Cendoj: **28079140012018201936**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2018**

Nº de Recurso: **9/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Fecha del auto: 26/06/2018

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 9/2018

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.6

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

Transcrito por: DRV / V

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 9/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 26 de junio de 2018.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social N° 18 de los de Madrid se dictó sentencia en fecha 9 de septiembre de 2016 , en el procedimiento nº 135/16 seguido a instancia de D.^a Justa contra Boehringer Ingelheim España SA, sobre despido y cantidad, que desestimaba la demanda de despido y estimaba la reclamación de cantidad.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por ambas partes, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 16 de mayo de 2017 , que desestimaba los recursos interpuestos y, en consecuencia, confirmaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 31 de octubre de 2017 se formalizó por el letrado D. José María Escalona Lara en nombre y representación de D.^a Justa , 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 16 de mayo de 2018, acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que 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 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" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010 , 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

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 28 de mayo de 2008, R. 814/2007 ; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007 ; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y 2613/2007 ; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007 ; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007 ; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009 , R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010 , 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011 , 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011 .

Esta exigencia no se cumple en el presente recurso. En efecto, es objeto del actual recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de mayo de 2017 , recaída en procedimiento seguido por despido disciplinario, y en la que se confirma el fallo combatido que desestima la demanda por despido, y estimando la reclamación de cantidad, condena a la empresa Boehringer Ingelheim España SA a abonar a la demandante la cantidad de 10.200 € más 1.020 € en concepto de interés por mora. La demandante ha venido prestando servicios para la demandada desde el 18-4-2006, con la categoría de Agente de propaganda, siendo despedida por causas disciplinarias el 2-1-2016 por manipular tickets de gastos con el fin de obtener una suma superior a la que en origen constaba en el mismo. La actora no conforme con dicha decisión, la impugna judicialmente, y reclama diferencias salariales.

La sentencia de instancia declara, como hemos anticipado, la procedencia del despido y estima la reclamación de cantidad, decisión que es recurrida en suplicación por ambas partes contendientes. La empresa para exigir la nulidad de sentencia por acumulación indebida de acciones (despido y cantidades), toda vez que el Juzgado por auto, había rechazado la acumulación, motivo que se desestima, por cuanto, se planteó de nuevo en el juicio, y la empresa nada opuso a dicha reclamación salarial. Por su parte la actora, también reclama la nulidad por no haberse cumplido el plazo fijado en el art. 88.1 y 87 LRJS , para la práctica de diligencias finales, pero la falta de impugnación de la decisión en su momento de las providencias, impide la declaración de nulidad. Solicita igualmente la revisión de los hechos, que igualmente es desestimada. En el apartado de censura jurídica y en lo que a la cuestión casacional importa, se denuncia la infracción del art. 60.2 ET , que es rechazada por tratarse de una falta continuada, y el dies a quo, lo determina la última de las conductas. Y por



último, denuncia la infracción de art. 55.5.a) ET , por cuanto estaba embarazada cuando fue despedida. Pero acreditada la comisión de la falta que se le imputa el despido solo puede ser declarado procedente y no nulo.

Disconforme la demandante con la solución alcanzada por la Sala de segundo grado se alza ahora en casación para la unificación de doctrina denunciando la infracción del art. 60.2 ET y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de enero de 2017 (rec. 5571/2016). A dicha sentencia se acompaña un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de abril de 2017 , por el que se homologaba el acuerdo transaccional alcanzado entre la empresa y el trabajador el 17 de julio de 2015, en el que la parte acuerdan la extinción de la relación laboral, reconociendo la demandada la improcedencia del despido y ofrecimiento de la cantidad de 99.211,55 € en concepto de indemnización.

Por lo tanto, la primera cuestión que es preciso resolver es si la sentencia que se invoca de contraste es idónea o no. Pues bien, en relación con la idoneidad de una sentencia de contraste respecto de la que existe un acuerdo transaccional entre las partes que sustituye lo dispuesto en la sentencia de instancia y suplicación, ya se ha pronunciado esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008, Rec. 1281/2007 , en la que se argumenta que *"La exigencia de la firmeza de la sentencia de contraste responde a una finalidad de seguridad jurídica que opera en realidad como una garantía para el recurrente a lo que se une sin duda otra razón de economía procesal en la medida en que no sería lógico tramitar un recurso para constatar que es errónea una doctrina que ya ha sido considerada como tal al haberse producido la casación de la sentencia que la sostiene"* , debiendo tenerse en cuenta que el Auto *"que aprobó la transacción mencionada, no ha anulado, ni revocado la sentencia de contraste, sino que se ha limitado a sustituir la misma por lo acordado en la transacción, lo que equivale exclusivamente a una privación de efectos. Pero esta pérdida de eficacia, que no es anulación, ni casación, no elimina el contenido doctrinal de la sentencia y ese contenido está dotado de la consistencia necesaria para entrar en un juicio de contradicción, pues contiene un criterio en sí mismo estable en la medida en que la terminación del proceso determina que ya no puede ser combatido en él. Por ello, debe aceptarse la sentencia aportada como sentencia contradictoria a los efectos del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral "* .

Lo dispuesto en dicha sentencia, de aplicación para los supuestos del antiguo art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , se ha aplicado estando ya vigente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en Auto del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2014 (Rec. 1015/2013) , en el que igualmente se declaró idónea como sentencia de contraste una sentencia de suplicación dejada sin efecto por el auto que aprobó la transacción.

En atención a lo anteriormente expuesto, debe por lo tanto considerarse que la sentencia invocada de contraste es idónea a los efectos del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, a pesar de haberse sustituido, que no eliminado, el contenido doctrinal de dicha sentencia por el acuerdo transaccional alcanzado.

SEGUNDO .- Siendo idónea la sentencia invocada de contraste, es preciso examinar el cumplimiento de las exigencias legales para la admisión del presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Dicha sentencia declara improcedente el despido de un trabajador que venía prestando servicios para una empresa farmacéutica como delegado de ventas, y al que se despide el 23-12-2015 por motivos disciplinarios, al advertirse irregularidades en las liquidaciones de gastos de la Compañía lo evidencia un claro fraude y deslealtad por parte del trabajador con la compañía [elaboración de facturas falsas, manipulaciones de importes. La empresa llevo a cabo una auditoría de gastos global, a nivel nacional, con fecha 15-6-2015 y que incluía los gastos de enero y marzo de 2015, concluyendo en octubre de 2015. Queda constancia asimismo que advertidas las irregularidades del mes de abril de 2015, se amplían el periodo de examen y se advierten irregularidades en el periodo de noviembre 2013-octubre 2015.

La Sala de suplicación y en contra del parecer del Juez a quo, considera de los HP 6º y 7º , que no se puede admitir ocultación en la conducta del trabajador al obrar que el Gerente de la zona, superior del demandante, primero, y el receptor de la administración de la empresa de San Cugat, después, habían abonado los conceptos de gastos acreditado mediante los documentos elaborados manualmente tal como consta probado, de manera reiterada, sin hacer ninguna advertencia sobre la exigencia de acreditación formal, lo que justifica la conducta por tolerancia del empresario, lo que tiene consecuencia directa en el cómputo de la prescripción, por lo que declara prescritos los anteriores a 14-6-2016, seis meses anteriores a la comunicación del expediente disciplinario. Así las cosas, sólo se examinan los 11 tickets relativos al periodo junio 2014 y diciembre 2015. Sentado lo anterior, y por lo que a la prescripción corta importa, la carta de despido señala que la auditoría había concluido en octubre de 2015 [entre los días 5 al 11] , y pese a la incertidumbre sobre la fecha en que la empresa tiene conocimiento de los hechos, es lo cierto que al inicio del expediente disciplinario comunicado al demandante el día 15-12-2015, habían transcurrido entre 65 y 70 días, desde la finalización de la auditoría, que se tiene que entender que es el momento en que los órganos directivos y con capacidad sancionadora de la empresa tienen la información suficiente para valorar la falta e imponer la sanción. En consecuencia,



el transcurso de un mínimo de 65 días, da lugar a estimar prescritas las faltas consideradas muy graves, por transcurso de los 60 días desde que la empresa tuvo conocimiento, de acuerdo con el art. 60 ET.

Una atenta lectura de las sentencias enfrentadas dentro del recurso evidencia que la contradicción en sentido legal es inexistente, aun versando las mismas sobre análogo problema, el de determinar el día inicial del cómputo del plazo de prescripción de sesenta días o prescripción "corta" que establece el art. 60.2 ET para las infracciones muy graves, concurriendo ciertas identidades que no se desconocen por esta Sala a la hora de abordar el juicio de contradicción.

Ahora bien, los hechos que contemplan las respectivas resoluciones no son los mismos, y la razón de que en el caso de la sentencia recurrida se aprecie no transcurrido el plazo se encuentra en que, al tratarse de una falta continuada, si bien la empresa pudo acordar la apertura del expediente disciplinario a partir del 7-10-2015, los hechos que determinaron la sanción se prorrogaron hasta después de esa fecha, llegando al 30-10-2015, la cual se incluyó en el pliego de cargos de 15-12-2015, por lo que se declara que es a partir de esa última irregularidad cuando comenzó el referido plazo de prescripción. La situación no es parangonable con la que resuelve la sentencia de referencia que aprecia tanto el concurso de la prescripción larga en relación a las conductas anteriores a 14-6-2015, como la prescripción corta, pues entre la conclusión de la auditoría y el inicio del expediente se habían superado los 60 días, sin que conste, a diferencia con la recurrida, que con posterioridad a la auditoría se realizaran operaciones fraudulentas, que es precisamente, lo que acontece en la sentencia recurrida, al existir un hecho posterior sancionable. Y este relevante hecho, es ajeno a la referencial, por las razones que se han dejado apuntadas, lo que impide apreciar la existencia de divergencia doctrinal alguna que precise ser unificada.

TERCERO .- Como señala la recurrente en su elaborado escrito de alegaciones, en la sentencia que se ofrece de referencia, la improcedencia del despido, giró no sólo sobre el concurso de la prescripción de las faltas, sino también por el error de la calificación de la falta como muy grave, lo que apoya en la falta de acreditación de la reiterada manipulación de tickets de gastos, para incrementar el valor, y hacer que la compañía asuma unos costes indemnizatorios que no le corresponden, quedando por el contrario probado una actividad de justificación de gastos de comida, cafés y aparcamiento, autorizado por la compañía, habiéndose efectuado en ocasiones mediante ticket manual, con el sello de la empresa, lo que, a juicio de la sentencia referencial, desactiva la sanción de despido por falta muy grave, en conexión asimismo con las previsiones del Convenio Colectivo General de la Industria Química.

Ahora bien, más allá de la reiteradamente afirmada dificultad de unificar criterios en relación con la valoración de este tipo de conductas, tampoco sería dable sostener la contradicción entre las sentencias comparadas, toda vez que lo que realmente cuestiona la recurrente es la incorrecta aplicación de los principios de proporcionalidad, gradualidad e individualización a la vista de las circunstancias concurrentes, que inspiran la regulación de la materia del despido disciplinario, con lo que en realidad se pretende que esta Sala valore de nuevo los hechos, calificando la conducta del trabajador y el consiguiente despido de que fue objeto. Al margen de que no es esa la finalidad del presente recurso extraordinario, la conducta que se termina de relatar, no es coincidente con la enjuiciada en la recurrida, donde nada hace lucir una situación de tolerancia o a proceder autorizado por la compañía.

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)].

CUARTO .- Ante la realidad antes indicada no se pueden acoger las alegaciones de la recurrente en el sentido de entender que sí que concurren los presupuestos legalmente establecidos para conocer del recurso, deviniendo resolución adecuada la que sostiene el Ministerio Fiscal de inadmisión del recurso por la falta de los indicados requisitos legales, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración de conformidad con lo previsto en el art. 225 LRJS, sin que proceda la 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 María Escalona Lara, en nombre y representación de D.^a Justa contra la sentencia



dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 16 de mayo de 2017, en el recurso de suplicación número 282/17 , interpuesto por Boehringer Ingelheim España SA y por D.ª Justa , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de los de Madrid de fecha 9 de septiembre de 2016 , en el procedimiento nº 135/16 seguido a instancia de D.ª Justa contra Boehringer Ingelheim España SA, sobre despido y cantidad.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ