



Roj: **STS 4444/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4444**

Id Cendoj: **28079140012020101065**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2020**

Nº de Recurso: **352/2017**

Nº de Resolución: **1136/2020**

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

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 352/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1136/2020

Excmas. Sras. y Excmo. Sr.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D.^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 22 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.^a. Ana Isabel Pérez Hernández, en nombre y representación de Distribuidora Internacional de Alimentación SA, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 7 de noviembre de 2016, recaída en el recurso de suplicación núm.606/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, dictada el 8 de junio de 2016, en los autos de juicio núm. 384/2016, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Horacio contra Distribuidora Internacional de Alimentación SA, sobre despido.

Ha sido parte recurrida D. Horacio representado y asistido por la letrada D.^a. M.^a Mercedes Robleda Brasero.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de junio de 2016, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda formulada por D. Horacio y previo rechazo de la caducidad invocada, declaro la nulidad del despido llevado a cabo por la demandada el 29-2-2016 y la condeno a readmitirle en su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación devengados desde entonces hasta su efectiva reincorporación."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- D. Horacio prestó servicios para DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. desde el 5-4-2005 como mozo de almacén y salario diario de 64,92 euros con prorrata de pagas.

SEGUNDO.- El 21-3-2014 el abogado del demandante puso en conocimiento del empresario que se encontraba privado de libertad por causa penal desde el 21-3-2014. El 27-3-2014 la demandada le contesta indicándole que su contrato queda suspendido hasta que se dicte resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento penal.

TERCERO.- En esa misma fecha se cursa su baja en Seguridad Social y la esposa del actor percibe salarios pendientes de pago por importe de 928,04 euros.

CUARTO.- El 15-7-2015 el empresario pone en conocimiento del sindicato FETICO que se va a proceder al despido y baja como delegado sindical del demandante.

QUINTO.- El 17-7-2015 se intenta remitir buro fax al actor a su domicilio en Sierra de Encinares 3 comunicándole su despido por las siguientes razones: "Por medio de la presente le comunicamos la decisión de la empresa de proceder con el despido, con efectividad de la fecha del encabezamiento por la comisión de los hechos que a continuación se relacionan: En este último mes de Junio hemos intentado en varias ocasiones mediante llamadas telefónicas tanto a usted como a su esposa conocer su situación actual que desconocemos desde el 28/03/2014 fecha en la que se procedió a su suspensión de contrato. Ante la imposibilidad de comunicar con usted y la falta de información al respecto procedemos a realizar el despido con fecha 17/07/2015".

SEXTO.- Los sábados días 17-7, 24-10 y 7-11-2015, compareció el demandante en el almacén de Mejorada que era su centro de trabajo con la intención de prestar servicios lo que le fue negado por los encargados del centro indicándole que les constaba que ya no pertenecía a la empresa y que no figuraba en la lista de personal que trabaja en el almacén.

SÉPTIMO.- El 23-2-2016 remite el actor carta al empresario solicitando su reincorporación al trabajo.

OCTAVO.- El 29-2-2016 se le remite carta en la que se le indica: "En relación a su escrito recibido con fecha 25 de Febrero de 2016 en la cual nos solicita la reincorporación a su puesto de trabajo, la empresa le informa que no es posible, ya que con fecha 17 de Julio de 2015 se le envió un burofax a su dirección en el cual se especificaba su despido con esa misma fecha. En cualquier caso No puede dejar de sorprendernos su comunicación puesto que usted tiene conocimiento de su despido por lo que a continuación se expone: En la semana del 20 al 24 de Julio del 2015 su esposa llamó al departamento de RRHH preguntando que al estar usted despedido si le correspondía algún tipo de indemnización, se le confirmó la situación, e incluso la instamos a que su abogado se pusiera en contacto con la empresa como anteriormente hizo en fecha 27 de Marzo de 2015 para informarnos de su situación. El día 10 de Octubre de 2015, usted junto con Mauricio y dos personas más, se personó en el almacén de Mejorada del Campo sobre las 18:00 diciendo que tiene un permiso y que viene a trabajar. El capataz Leovigildo le indica que se ponga en contacto con RRHH el Lunes ya que los Sábados no trabajan para que le informen de su situación, ya que no pertenece a esta empresa. El día 24 de Octubre, vuelve usted al almacén de Mejorada del Campo nuevamente acompañado por Mauricio. El señor Mauricio informa a los capataces presentes que usted viene a trabajar. El capataz Ovidio en presencia de otros capataces como Pío y María Cristina junto con Remigio les informa que usted ya no es trabajador de este almacén, por lo que no le puede permitir la entrada. El día 7 de Noviembre se persona usted nuevamente junto con Mauricio en el almacén de Mejorada del Campo y el capataz Leovigildo junto con María Cristina y Roque presentes le dicen otra vez que usted ya no trabaja en el almacén."

NOVENO.- El demandante y como consecuencia de sentencia penal firme, ha permanecido en prisión privado de libertad desde el 21-3-2014 al 2-2-2016.

DÉCIMO.- Consta celebrado acto de conciliación el 11-4-2016 tras papeleta presentada el 22-3-2016. La demanda se presentó por Lexnet el 18-4-2016."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, Distribuidora Internacional de Alimentación SA formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 7 de noviembre de 2016, recurso de suplicación nº 606/2016, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de la DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACION SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en autos 384/16, de fecha ocho de junio de dos mil dieciséis, seguidos a instancia de D. Horacio, contra la recurrente, confirmando dicha sentencia en su integridad, con imposición de costas a la recurrente incluidos los honorarios del letrado impugnante que la Sala fija en 600 €."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Distribuidora Internacional de Alimentación SA, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina,



que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 15 de diciembre de 2003 (RS 4754/2003), del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en fecha 14 de octubre de 2010 (RS 943/2010) y del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 3 de junio de 2008 (RS 734/2007).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser presentado fuera de plazo escrito de impugnación por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente en recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 10 de diciembre de 2020, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a determinar que calificación ha de darse al despido de un trabajador condenado por sentencia penal firme, habiendo comunicado a la empresa la privación de libertad, cuando en la carta de despido no consta causa alguna justificadora del mismo, ni se ha alegado ni probado.

2.- El Juzgado de lo Social número 33 de Madrid dictó sentencia el 8 de junio de 2016, autos número 384/2016, estimando la demanda formulada por D. Horacio contra DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN SA sobre DESPIDO, declarando la nulidad del despido y condenando a la demandada a readmitir al actor en su puesto de trabaja y a abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de reincorporación.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor prestó servicios para DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. desde el 5-4-2005 como mozo de almacén.

El 21-3-2014 el abogado del demandante puso en conocimiento del empresario que se encontraba privado de libertad por causa penal desde el 21-3- 2014.

El 27-3-2014 la demandada le contesta indicándole que su contrato queda suspendido hasta que se dicte resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento penal.

En esa misma fecha se cursa su baja en Seguridad Social y la esposa del actor percibe salarios pendientes de pago por importe de 928,04 euros.

El 15-7-2015 el empresario pone en conocimiento del sindicato FETICO que se va a proceder al despido y baja como delegado sindical del demandante El 17-7- 2015 se intenta remitir burofax al actor a su domicilio en Sierra de Encinares 3 comunicándole su despido por las siguientes razones: "Por medio de la presente le comunicamos la decisión de la empresa de proceder con el despido, con efectividad de la fecha del encabezamiento por la comisión de los hechos que a continuación se relacionan: En este último mes de Junio hemos intentado en varias ocasiones mediante llamadas telefónicas tanto a usted como a su esposa conocer su situación actual que desconocemos desde el 28/03/2014 fecha en la que se procedió a su suspensión de contrato. Ante la imposibilidad de comunicar con usted y la falta de información al respecto procedemos a realizar el despido con fecha 17/07/2015."

Los sábados días 17-7, 24-10 y 7-11-2015, compareció el demandante en el almacén de Mejorada que era su centro de trabajo con la intención de prestar servicios lo que le fue negado por los encargados del centro indicándole que les constaba que ya no pertenecía a la empresa y que no figuraba en la lista de personal que trabaja en el almacén.

El 23-2-2016 remite el actor carta al empresario solicitando su reincorporación al trabajo.

El 29-2-2016 se le remite carta en la que se le indica: "En relación a su escrito recibido con fecha 25 de Febrero de 2016 en la cual nos solicita la reincorporación a su puesto de trabajo, la empresa le informa que no es posible, ya que con fecha 17 de Julio de 2015 se le envió un burofax a su dirección en el cual se especificaba su despido con esa misma fecha. En cualquier caso No puede dejar de sorprendernos su comunicación puesto que usted tiene conocimiento de su despido por lo que a continuación se expone: En la semana del 20 al 24 de Julio del 2015 su esposa llamó al departamento de RRHH preguntando que al estar usted despedido si le correspondía algún tipo de indemnización, se le confirmó la situación, e incluso la instamos a que su abogado se pusiera en contacto con la empresa como anteriormente hizo en fecha 27 de Marzo de 2015 para informarnos de su situación. El día 10 de Octubre de 2015, usted junto con Carlos Alberto y dos personas más, se personó en el almacén de Mejorada del Campo sobre las 18:00 diciendo que tiene un permiso y que



viene a trabajar. El capataz Luis Andrés le indica que se ponga en contacto con RRHH el Lunes ya que los Sábados no trabajan para que le informen de su situación, ya que no pertenece a esta empresa. El día 24 de Octubre, vuelve usted al almacén de Mejorada del Campo nuevamente acompañado por Carlos Alberto . El señor Carlos Alberto informa a los capataces presentes que usted viene a trabajar. El capataz Juan Ignacio en presencia de otros capataces como Pedro Jesús y Estefanía junto con Miguel Ángel les informa que usted ya no es trabajador de este almacén, por lo que no le puede permitir la entrada. El día 7 de Noviembre se persona usted nuevamente junto con Carlos Alberto en el almacén de Mejorada del Campo y el capataz Luis Andrés junto con Estefanía y Agustín presentes le dicen otra vez que usted ya no trabaja en el almacén."

El demandante, como consecuencia de sentencia penal firme, ha permanecido en prisión privado de libertad desde el 21-3-2014 al 2-2-2016. Consta celebrado acto de conciliación el 11-4-2016 tras papeleta presentada el 22-3-2016. La demanda se presentó por Lexnet el 18-4-2016.

3.- Recurrída en suplicación por la Letrada Doña Ana Isabel Pérez Hernández, en representación de DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN SA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 7 de noviembre de 2016 , recurso número 606/2016, desestimando el recurso formulado.

La sentencia, respecto a la alegación de incongruencia formulada por la recurrente, razona que se han de examinar los hechos que se vienen a recoger en el Fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida, consignando que declara probado el hecho séptimo de la sentencia apoyándose en la documental de la demanda (doc. Nº 9) Carta de Solicitud de reincorporación a su puesto de trabajo.

En dicha carta además de solicitar la reincorporación al puesto de trabajo, por encontrarse este en suspensión en el expósito sexto y séptimo de la misma refiere el siguiente tenor literal:

"Sexto.- La condena firme NO EXTINGUE por si misma la relación laboral, pues el empresario es quien debe ejercer su facultad de despido, si tal fuera su propósito, mediante notificación al trabajador de la correspondiente carta de despido, en virtud de lo establecido en el art. 49. 1.k) del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el art. 54.2 a) del citado texto normativo.

Séptimo- Que actualmente no existe motivo alguno para la extinción del vínculo laboral y es mi deseo seguir trabajando con DIA SA, salvo (cita del Ilmo Magistrado Don Daniel Bartomens Plana) que entendemos:

" la condena penal como estigmatizadora y al condenado como indeseable pero nuestra regulación penal y nuestro sistema penitenciario parte justamente del presupuesto contrario, de forma que quién cometió un delito no debe considerarse un delincuente socialmente indigno, sino justamente una persona necesitaba de un plus de compromiso ciudadano para hacer efectiva su reinserción social."

La papeleta de conciliación se interpone el día 22-03-2016 impugnándose el despido y alegándose en la misma que no se ha notificado la extinción y que se desconocen los motivos, se reitera alusión a la Jurisprudencia que entiende que la sentencia condenatoria por si misma no dará lugar a la extinción de la relación laboral y en el solicita se declare la improcedencia del despido y o la nulidad del mismo.

En la demanda se reitera el criterio jurisprudencial, seguido en STS 9-3-1994 en cuanto a que la sentencia condenatoria no extingue el contrato. Han de ser las causas legalmente establecidas las que pondrán fin a la relación laboral entre las partes , como las faltas de asistencia al trabajo art. 52.d del Estatuto de los Trabajadores .

Concluye argumentando que en el suplico de la demanda se solicita el reconocimiento de la improcedencia del despido y, o subsidiariamente, nulidad del mismo. Por ello no procede que el fallo de la sentencia sea tachado de incongruencia flagrante por dar lo que no se solicita, máxime cuando inclusive en la carta de readmisión el actor alude a motivos discriminatorios y a la vista del suplico de la demanda donde se hace mención expresa sobre pronunciamiento de improcedencia y o nulidad del despido.

Respecto a la caducidad de la acción arguye que la actora ha sostenido en su demanda la no caducidad de la acción al expresar que no había tenido constancia del despido y de los motivos alegados por la empresa para proceder a esta extinción, hasta la recepción de la carta de la empresa el día 2-03 2016, en contestación a su solicitud de reincorporación y que a tenor de lo recogido en la sentencia en hecho probado quinto tienen fundamento en la siguiente causa "ante la imposibilidad de comunicar con usted y la falta de información al respecto procedemos a realizar el despido con fecha 17/07/2015". La no retirada de la comunicación de despido de la estafeta de correos no se debe a una obstrucción del trabajador, como se alega en este motivo cuarto, sino a un impedimento justificado para recoger la notificación que viene a su nombre y que por los hechos probados que anteceden y que no se reiteran es de sobra conocida por la empresa cual es la privación de libertad.



Esta actuación, pone de relieve que la empresa no empleó los medios necesarios para proceder a la notificación, teniendo en cuenta a estos efectos, que como reconoce la recurrente, la esposa del trabajador estaba en contacto con la empresa y nunca fue requerida para facilitar la prisión en la que se encontraba su marido y que de otro lado también había sido comunicada por el abogado.

La papeleta de conciliación fue presentada el 22 de marzo de 2016, el acto se celebró el 11 de abril de 2016 y la demanda se presentó el 18 de abril de 2016, por lo que la acción no está caducada.

Finalmente, respecto a la nulidad del despido, la sentencia establece que: "según la demandada la ausencia de noticias hace devenir al despido a todas luces improcedente y en ningún caso nulo. De ello, se desprende la argumentación del Juzgador en el fundamento cuarto " pero sorprendentemente este debate no se suscita en el presente caso ya que ni la carta de despido del 29-2-2016 ni la remitida y no recibida de 17-7-2015 imputan al trabajador ausencias injustificadas, por lo que no cabe entrar al análisis de una causa que no se ha invocado" Por ello cuando la demandada afirma " desconocimiento por la empresa de la condena o no hace aun mayor prueba de que la suspensión del contrato en virtud del art. 45.1 g debía haber prevalecido como garante y no proceder al despido, precisamente de los derechos fundamentales que se reconoce en la Constitución Española que se regula en el art. 24 CE : No habiendo hecho, por tanto, la empresa prueba suficiente para acreditar la no concurrencia de la conducta imputada en el mismo debe ser calificado como nulo. Debemos tener cuenta que estamos ante un despido disciplinario, que exige prueba plena de la acción u omisión, grave, culpable y tipificada por la normativa laboral, realizada por el trabajador. De la lectura de la carta de despido recogida integra en el hecho probado quinto de la sentencia, nada se dice que la supuesta conducta infractora está tipificada en el Estatuto de los Trabajadores, ni se hace mención alguna del precepto infringido del Convenio Colectivo de aplicación... La estimación de la demanda y por tanto, la calificación del despido como nulo de la sentencia de instancia, tiene su fundamento en que la empresa nada ha acreditado respecto de los motivos del despido haciendo mención únicamente, ausencia de noticias e intuyéndose que únicamente, los motivos discriminatorios han motivado el despido del trabajador"

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada Doña Ana Isabel Pérez Hernández, en representación de DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN SA recurso de casación para la unificación de doctrina, basándolo en tres motivos.

Para el primer motivo invoca como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 15 de diciembre de 2003 , recurso número 4754/2003.

Para el segundo motivo invoca como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) el 14 de octubre de 2010, recurso 943/2010.

Para el tercer motivo invoca como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el 3 de junio de 2008, recurso 734/2007.

La Letrada Doña M^a Mercedes Robleda Brasero, en representación de D. Horacio , ha presentado escrito de impugnación del recurso, habiéndose dictado diligencia de ordenación el 19 de diciembre de 2017, teniendo por presentado fuera de plazo el precitado escrito de impugnación.

El Ministerio Fiscal ha informado que estima que el recurso ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada para el primer motivo del recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- 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.

3.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 15 de diciembre de 2003 , recurso número 4754/2003, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la demandante y estimó en parte el interpuesto por IBM SA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid, autos 61/2003, seguidos a instancia de Doña María contra el citado recurrente, sobre despido y, estimando en parte la demanda, declaró la improcedencia y no la nulidad del despido de la actora, condenando a la demandada en los términos legalmente establecidos.

Consta en dicha sentencia que la actora inició su relación laboral el 30 de diciembre de 1988, como secretaria. El 4 de enero de 2000 suscribió un contrato de duración determinada siendo su objeto el soporte de correo y administración en la total integración de PSG en Mobility, estando prevista su duración hasta julio del año 2000. El 1 de enero de 2001 se le comunica que la duración del proyecto será hasta finales de diciembre de 2002, recibiendo nueva comunicación el 6 de abril de 2000, fijando la finalización en diciembre de 2000. Desde julio de 2001 comenzó a trabajar como secretaria de dirección en Presidencia., pasando a percibir un complemento por puesto de trabajo para compensar las tareas desarrolladas fuera del horario. Como consecuencia del cambio de presidente en diciembre de 2001 es trasladada a un pool de secretarías, dejando de percibir el plus de disponibilidad, lo que acontece siempre que se deja de desempeñar dicho puesto de trabajo. En el mes de septiembre de 2001 comunica a Doña Milagrosa y a D. Cristobal , director de IBM Global Financial que está embarazada. Disfrutó parte de sus vacaciones y la suspensión del contrato por maternidad incorporándose a la empresa el 6 de mayo de 2002. El 21 de junio de 2002 se le comunicó que iba a prestar servicios en el Departamento de PCD como secretaria. En el mes de septiembre de 2002 presenta denuncia ante la Inspección de Trabajo levantándose acta por tres infracciones graves. En el mes de noviembre de 2002 se le comunicó verbalmente que su contrato finalizaría el 31 de diciembre de 2002, reiterando tal comunicación por telegrama de 11 de diciembre de 2002.

La sentencia entendió que no existe discriminación por razón de sexo ya que el despido tuvo lugar meses después de la finalización de la suspensión del contrato por maternidad. En cuanto a la apreciación que ha hecho la sentencia de instancia de vulneración de la garantía de indemnidad se sostiene por la empresa recurrente que ha incurrido en incongruencia, al haber apreciado dicha vulneración, cuando esta cuestión no había sido planteada en la demanda ni siquiera en la ratificación, sino que solamente se alegó por el Ministerio Fiscal en conclusiones adhiriéndose seguidamente la parte actora, cuando ya la empresa no tenía oportunidad de oponerse, pues había consumido en primer lugar el trámite de conclusiones, como consta en el acta de juicio. El motivo debe estimarse, pues es cierto que la demanda no se basó en modo alguno en la vulneración de la garantía de indemnidad - art. 24 CE - sino en la discriminación por sexo - art. 14 CE - y fue el Ministerio Fiscal en conclusiones, después de evacuado este trámite por la empresa, quien suscitó esta cuestión, siendo secundado por la parte actora en su turno de conclusiones. Y no es posible compartir la tesis de la sentencia según la cual la vulneración de derechos fundamentales ha de apreciarse de oficio a tenor del art. 108.3 LPL . En el proceso laboral rige el principio dispositivo o de justicia rogada, recogido en el art. 216 LEC , el cual dispone que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.

4.- Entre las sentencias comparadas no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

La sentencia recurrida razona que en la carta de solicitud de reincorporación a su puesto de trabajo, además de indicarse que el contrato está suspendido, se hace constar que la condena penal firme no extingue por si misma la relación laboral, pues el empresario es quien debe ejercer su facultad de despido. En la papeleta de conciliación se reitera la alusión a la Jurisprudencia que entiende que la sentencia condenatoria por si misma no dará lugar a la extinción de la relación laboral y en el solicita la improcedencia del despido y o la nulidad del mismo. También en el suplico de la demanda se solicita el reconocimiento de la improcedencia del despido y, o subsidiariamente, nulidad del mismo. Por ello concluye que la sentencia no es incongruente ya que ha dado lo que se solicita.

En la sentencia de contraste la actora solicitó se declarara la nulidad del despido, con fundamento en el artículo 14 de la Constitución, por discriminación por razón de sexo, y la sentencia de instancia, tras desestimar dicho pedimento, declaró la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad contenida en el artículo



24 de la Constitución. Concluye la sentencia de contraste que la sentencia de instancia es incongruente ya que la demanda no se basó en la vulneración del artículo 24 sino del 14 de la Constitución y fue el Ministerio Fiscal el que en conclusiones suscitó dicha cuestión, siendo secundado por la parte actora también en trámite de conclusiones.

Al partir de hechos distintos, aunque las sentencias comparadas han llegado a resultados diferentes, no son contradictorias.

TERCERO-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada para el segundo motivo del recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) el 14 de octubre de 2010, recurso 943/2010, desestimó el recurso de suplicación promovido por la representación letrada de RM SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 12 de Málaga el 5 de marzo de 2020, en autos seguidos a instancia de D. F.N.S. contra dicha parte recurrente, en reclamación por despido.

Consta en dicha sentencia que el demandante ha venido prestando servicios por cuenta de Restauración Morelli S.L., desde el 10 de Junio de 1999

El 6 de noviembre de 2009 la empresa demandada remitió al demandante, mediante burofax, carta de despido. Al ir a entregar ese burofax al demandante, el mismo no fue encontrado por el servicio de Correos, que dejó aviso, caducando el envío al no ir a recogerlo su destinatario.

El 13 de noviembre de 2009 el demandante compareció en la empresa demandada para cobrar el salario correspondiente al mes de Octubre de 2009, siéndole abonada dicha retribución, sin que le fuese comunicado que había sido despedido el 6 de Noviembre de 2009.

El 13 de diciembre de 2009 el demandante compareció en la empresa demandada para cobrar la retribución correspondiente al mes de Noviembre de 2009, comunicándole el encargado que estaba despedido desde el 6 de Noviembre de 2009.

La sentencia razona que al demandante, se le remitió mediante burofax el 6 de noviembre de 2009, a su domicilio, la carta de despido disciplinario, que no pudo ser entregada por el funcionario del Servicio de Correos al no encontrarse este en la casa, no apreciándose de la resultancia fáctica que la demandante se negara a recibir la comunicación, ni consta que el aviso postal haya llegado a su conocimiento para que pudiese retirarlo, por lo que no es posible achacar al trabajador negligencia alguna en la recepción y por ende los efectos jurisprudenciales que la misma lleva aparejadas, lo que permite apreciar la no caducidad de la acción y con ello la desestimación del motivo.

Continúa razonando que son hechos constatados que el actor se personaba en el negocio para cobrar sus nóminas, hubiera bastado que en una de sus comparecencias se le hubiera notificado el despido. Además, la empresa conocía el teléfono del trabajador y tampoco usó este medio para proceder a su localización, por lo que ha quedado acreditado que la empresa no hizo todo lo posible por notificar el despido, ni desplegó toda la diligencia necesaria para dicha notificación, siendo cuando el actor se presentó en el centro de trabajo a cobrar su nómina, cuando el encargado le comunicó verbalmente el despido, por lo que siendo el despido una declaración de voluntad recepticia que no surte efectos hasta que no llega a conocimiento del trabajador, es necesario que la notificación de la carta de despido se realice por procedimientos que dejen constancia de que ha llegado a conocimiento del trabajador, hecho que en el caso que nos ocupa se produjo, el expresado 13 de Diciembre de 2009.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurre la contradicción exigida por el artículo 219 de la LRJS ya que las sentencias comparadas han alcanzado el mismo resultado, la acción de despido no está caducada.

A mayor abundamiento no existe identidad entre los hechos de los que parten cada una de las sentencias. Así en la sentencia recurrida el abogado del demandante pone en conocimiento de la empresa que se encontraba en prisión privado de libertad por causa penal desde el 5 de abril de 2005, contestando la empresa que el contrato queda en suspenso; el 17 de julio de 2015 remite burofax al trabajador a su domicilio comunicándole el despido, no pudiendo ser entregado; los días 17 de julio, 24 de octubre y 7 de noviembre de 2015; comparece en su centro de trabajo, indicándole los encargados que les constaba que estaba despedido; el 23 de febrero de 2016 remite carta al empresario solicitando la reincorporación, remitiéndole carta la empresa el 29 de febrero de 2016 comunicándole que había sido despedido el 17 de julio de 2015.



Nada de esto sucede en la sentencia de contraste en la que la empresa parte de la fecha en la que envió el burofax comunicando el despido, que no fue recibido por el trabajador, para entender que este es el día inicial para el cómputo del plazo de caducidad de la acción, concluyendo la sentencia que no procede partir de tal fecha ya que el trabajador no ha recibido la carta de despido.

Habiendo llegado ambas sentencias al mismo resultado aplicando la misma doctrina y no siendo coincidentes los hechos de los que parten cada una de las sentencias enfrentadas, se ha de concluir que no concurren los requisitos exigidos por el artículo 219 de la LRJS.

CUARTO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada para el tercer motivo del recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas, el 3 de junio de 2008, recurso 734/2007, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Heraclio contra la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2006 por el Juzgado de lo Social número 6 de Las Palmas de Gran Canaria confirmando dicha sentencia.

Consta en dicha sentencia que el actor ha venido prestando servicios retribuidos por cuenta de la empresa demandada, desde el día 5 de febrero de 1990.

Con fecha 6 de julio de 2006 el actor se ve privado de libertad como consecuencia de su detención y posterior ingreso en prisión tras ser dictado auto de prisión por el Juzgado de Instrucción.

Comunicada dicha circunstancia a la entidad demandada se acuerda la suspensión de la relación laboral desde el mismo día 6.

El día 28 de agosto fue puesto en libertad solicitando el trabajador el día 30 de agosto su reincorporación al puesto de trabajo.

Por comunicación de fecha 13 de septiembre la entidad demandada le participa lo siguiente:

"Muy Sr. Nuestro:

Por medio de la presente acusamos recibo de su solicitud de reincorporación. No obstante, lamentamos comunicarle que, en estos momentos no existe plaza vacante para que esta se produzca ni existirá plaza en un futuro. En consecuencia, le comunicamos que damos por definitivamente extinguida la relación laboral que nos vinculaba con Ud."

La empresa da de baja al trabajador en la Seguridad Social expresando como causa "despido del trabajador".

El Banco Sabadell ha llegado a diversos acuerdos con otros trabajadores en los que se ha reconocido la improcedencia del despido tras la solicitud de éstos de reincorporarse a la empresa, después de una situación de excedencia voluntaria y comunicarles la entidad demandada que en el momento de la solicitud no existe ninguna vacante de su categoría, dando por tal motivo por extinguida la relación laboral.

La sentencia razona que no se ha vulnerado el principio de igualdad ni el derecho a la presunción de inocencia.

El principio de igualdad exige un trato igual ante situaciones idénticas lo que no impone un tratamiento uniforme a todas las situaciones, pues cuando estas sean razonablemente diferenciadas las consecuencias jurídicas podrán resultar distintas (STC 19-7-1984). Además impide el trato desigual por motivos de nacimiento, raza, edad, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La vulneración del artículo 14 de la Constitución, alegada en la demanda y debatida en juicio consistió en que nunca se había procedido por la empresa al despido en los casos de suspensión de la relación laboral. La entidad demandada ha acreditado que en diversos casos de pretendida reincorporación de sus trabajadores, tras la suspensión de sus contratos, les fue denegada la reincorporación, lo que unido al hecho de no resultar coincidentes las causas de suspensión -allí la excedencia voluntaria y aquí la situación de prisión provisional derivada de una causa abierta por presunto blanqueo de dinero- impide apreciar la concurrencia del tratamiento desigual aducido.

No se examina la alegada discriminación derivada de una condición personal y social del trabajador, por constituir una cuestión nueva, no planteada y debatida en juicio.

Por lo que respecta al principio de presunción de inocencia no ha podido ser vulnerado porque el procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo y en el no se ejerce el "ius puniendi" del Estado; el despido, no es más que una resolución contractual y la consideración de los Tribunales laborales de que una conducta implica o



no un incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente. Y en este caso, la entidad demandada negó de forma injustificada su reincorporación al trabajo, tras la suspensión contractual ocasionada por su situación de prisión preventiva, lo que dio lugar al despido improcedente reconocido en la sentencia impugnada, pero no pudo constituir un despido nulo ante la inexistencia de vulneración de ningún derecho fundamental del actor.

3.- Entre la sentencia impugnada y la invocada como contradictoria existen evidentes similitudes. En efecto, en ambas sentencias el trabajador ha sido privado de libertad en el curso de un asunto penal y, tras comunicar esta circunstancia a la empresa, ésta acuerda la suspensión del contrato. Cuando el trabajador solicita el reingreso en la empresa -en la sentencia recurrida tras cumplir condena, en la sentencia de contraste tras ser puesto en libertad mes y medio más tarde- la empresa extingue el contrato -en la sentencia recurrida le despide, en la sentencia de contraste le manifiesta que no existe vacante de su categoría y le extingue el contrato- concluyendo la sentencia recurrida con la declaración de nulidad del despido, en tanto la de contraste lo califica de improcedente.

Existen sin embargo relevantes diferencias entre las sentencias comparadas:

-Los derechos fundamentales invocados como violados son diferentes:

En la sentencia recurrida es el derecho a la no discriminación por haber sido condenado por sentencia penal firme.

En la sentencia de contraste es el derecho a la igualdad ya que nunca se había procedido por la empresa al despido en los casos de suspensión de la relación laboral, pues en los casos de excedencia voluntaria, cuando no existía plaza vacante de la categoría del excedente, la empresa llegaba a acuerdos con los trabajadores reconociendo la improcedencia del despido.

-Los hechos son diferentes:

En la sentencia recurrida consta que no han quedado acreditados los motivos del despido, intuyéndose que los motivos discriminatorios son los que han desencadenado el despido del actor.

En la sentencia de contraste consta que no ha quedado probado que se haya procedido por la empresa a llegar a acuerdos con sus trabajadores excedentes voluntarios a los que no concede el reingreso por carencia de puestos de su categoría, por lo que no consta acreditada la vulneración denunciada del principio de igualdad.

Respecto a la presunción de inocencia razona que no ha podido ser vulnerada porque el procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo y en el no se ejerce el "ius puniendi" del Estado.

Estas diferencias conducen a que la sentencia recurrida haya declarado la nulidad del despido, en tanto la de contraste estima que es improcedente.

Al ser distintos los datos de los que parten las sentencias comparadas, aunque han llegado a resultados distintos, no son contradictorias.

QUINTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Ana Isabel Pérez Hernández, en representación de DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN SA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 7 de noviembre de 2016, recurso número 606/2016, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por dicho recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid el 8 de junio de 2016, autos número 384/2016 .

En virtud de lo establecido en el artículo 235 de la LRJS se acuerda condenar en costas al recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que se personó en forma, por importe de 300 €.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Ana Isabel Pérez Hernández, en representación de DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN SA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 7 de noviembre de 2016, recurso número 606/2016, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por dicho recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid el 8 de junio de 2016, autos número 384/2016, seguidos a instancia de D. Horacio contra DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN SA sobre DESPIDO.



Declarar la firmeza de la sentencia impugnada

Condenar en costas al recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que se personó en el recurso, por importe de 300 €.

Se acuerda la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir a los que se dará el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ