



Roj: **ATS 18357/2022 - ECLI:ES:TS:2022:18357A**

Id Cendoj: **28079140012022204268**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2022**

Nº de Recurso: **989/2022**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Fecha del auto: 14/12/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 989/2022

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: JHV/CV

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 989/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Excmas. Sras. y Excmo. Sr.

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 14 de diciembre de 2022.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social N° 1 de los de Mataró se dictó sentencia en fecha 3 de febrero de 2021, en el procedimiento n° 704/2019 seguido a instancia de D.^a Marisol contra la Residencia 3ª Edad ELS



ARCS SLU, el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y el Ministerio Fiscal, sobre despido, que desestimaba la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 14 de diciembre de 2021, que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia, confirmaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 11 de febrero de 2022 se formalizó por el letrado D. Josep Asensio Serqueda en nombre y representación de D.^a Marisol, 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 11 de noviembre de 2022, 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.

QUINTO.- Forma parte de esta Sala el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro por imposibilidad y en sustitución del Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

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 muchas, de 15 de diciembre de 2021, R. 3903/2020; 18 de enero de 2022, R. 4046/2019 y R. 4532/2019; 22 de febrero de 2022, R. 4864/2018; 16 de marzo de 2022, R. 2618/2019; 20 de abril de 2022, R. 3541/2020 y 26 de abril de 2022, R. 2890/2020).

La contradicción no surge, en consecuencia, 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 1 de diciembre de 2021, R. 3569/2019; 15 de marzo de 2022, R. 1169/2019; 19 de abril de 2022, R. 259/2019 y 26 de abril de 2022, R. 1274/2020); esta norma y la jurisprudencia perfilan la necesidad de que converja una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contrastadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada (SSTs de 12 de enero de 2022, R 5079/2018; 19 de enero de 2022, R. 2620/2019; 20 de enero de 2022, R. 4392/2018; 13 de enero de 2022, R. 39/2019 y 4 de abril de 2022, R. 355/2019).

SEGUNDO.-

Cuestión suscitada: La sentencia de suplicación desestimó el recurso de la trabajadora y confirmó la sentencia de instancia, que había desestimado su demanda frente a Residencia 3ª Edat Els Arcs SLU, que resultó absuelta de todas las pretensiones alegadas en su contra. La trabajadora había sido objeto de despido disciplinario por la comisión de una falta muy grave por haber representado diferentes actuaciones de una obra musical estando de baja por enfermedad. En su recurso de casación para la unificación de doctrina la trabajadora argumenta que en el propio tratamiento de recuperación de la capacidad laboral está la realización de actividades ocupacionales y de ocio.

Sentencia recurrida: Se recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de diciembre de 2021, R. Supl. 1744/2021.

La actora ha venido prestando servicios para la demandada con categoría profesional de jefa administrativa mediante un contrato indefinido a jornada completa desde el 9 de marzo de 2013. El 12 de noviembre de 2018 la actora causó baja por IT con diagnóstico de trastorno de ansiedad generalizado y angustia severa. Encontrándose en dicha situación la demandante participó en una obra musical, desempeñando el papel de una de las protagonistas. La obra se representó en el verano de 2019 durante cinco días del mes de julio, tres



días del mes de agosto, cuatro del mes de septiembre y un día del mes de octubre. El 6 de febrero de 2020 se dictó resolución por el INSS prorrogando el proceso de IT hasta su extinción por alta médica que permite su reincorporación laboral a fecha de 13 de febrero de 2020. Consta en la causa escrito de la directora coreográfica del espectáculo que indica que la actora inició los ensayos para dicha obra a partir del mes de abril de 2019.

El 19 de agosto de 2019 la empresa comunicó a la trabajadora el cese de la relación laboral por despido disciplinario con efectos de ese mismo día. En la carta de despido se destacaba que se imputaba a la trabajadora la comisión de una falta muy grave, siendo el motivo el hecho de estar de baja por enfermedad y haber estado representando en diferentes actuaciones una obra musical no exenta de exigencia profesional y de necesaria preparación.

La sentencia de instancia desestimó la demanda de la trabajadora absolviendo a la empresa demandada, y siendo confirmada dicha sentencia por la Sala de Suplicación que desestimó el recurso de la trabajadora.

La Sala de Suplicación confirma el criterio de la juzgadora de instancia que teniendo en cuenta la sintomatología que describía el informe médico psiquiatra consideraba que la trabajadora no podría asumir en ese momento la realización de los ensayos con la concentración necesaria y memoria para asumir el rol protagonista, concluyendo que la trabajadora estando en situación de IT había realizado con toda y éxito una actividad con requerimientos, que de padecer la enfermedad diagnosticada no los hubiera podido realizar. Consideraba la juzgadora de instancia que la participación de la actora había sido distinta a la participación acudiendo a grupos de teatro para realizar actividades de carácter más relajado sin la presión de representar dichas obras, porque lo realmente significativo era la presión que conllevaba la escenificación, totalmente contraindicada con la patología padecida. Además, la actora no había acreditado que la participación en la obra de trabajo fuera una terapia siendo relevante una exigencia mental y física no acorde con su situación de incapacidad temporal por lo que si estaba capacitada para asumir y desarrollar esa actividad también lo estaba para desarrollar sus funciones. Así concluye la sala la actividad desarrollada por la actora en situación de IT resulta poco compatible con una situación de trastorno de ansiedad generalizado y angustia severa o por lo menos ha de entenderse poco adecuado a quien esté aquejado de las dolencias que se extraen de los informes médicos y periciales. Así, se concluye que si la trabajadora pudo hacer el esfuerzo en aquellas circunstancias teniendo en cuenta el estrés que puede estar asociado a esa concreta actividad de representar en público el musical no parece que no se pueda asumir el aparejado estrés al que podría estar asociado en el desempeño del trabajo habitual de jefa administrativa.

TERCERO.-

Recurso de casación para la unificación de doctrina: Recurre a la trabajadora en casación para la unificación de doctrina invocando como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de 28 de junio de 2019, R. Supl. 1095/2019.

Sentencia de contraste: En el caso de las referencial la trabajadora fue subrogada por la empresa demandada el 26 de octubre de 2015 con una jornada inicial de 12 horas semanales ampliada posteriormente hasta 18 horas el 3 de abril de 2017. El 14 de mayo de 2018 la demandante inició un proceso de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común en el que continuaba en la fecha de celebración del juicio y del que no consta el diagnóstico.

En mayo de 2018 la demandante interpuso papeleta de conciliación frente a la demandada solicitando entre otras el reconocimiento de su derecho a conocer con antelación el planning horario trimestral compatibilizándolo con la participación de la actora en una asociación de teatro.

La demandante participa en una asociación cultural de teatro desde fecha no concretada y sin que conste que perciba retribución alguna derivada de dicha actividad ni que se halle de alta en la Seguridad Social como trabajadora por cuenta ajena de la misma.

El 21 de septiembre de 2018 la empresa comunicó a la actora su despido disciplinario imputándole una infracción del artículo 54.2.d ET por simulación de enfermedad o accidente. En el informe del Servicio de Psiquiatría se reflejaba que la actora había sido derivada desde Atención Primaria y que presentaba trastorno adaptativo con ánimo depresivo y predominio de síntomas de ansiedad. En el informe se manifestaba que en el año 2016 había tenido visita en la consulta por problemas laborales y que tiene problemas laborales desde hace tiempo, siendo su situación laboral conflictiva y que se encuentra de baja laboral presentando ansiedad intensa, con angustia y gran ansiedad, acudiendo con regularidad a la consulta sin encontrar mejoría significativa, y siéndole recomendada actividad ocupacional y de ocio.

La trabajadora interpuso demanda de despido que fue estimado por la sentencia de instancia, recurriendo la empresa en suplicación. La sala de suplicación pone de manifiesto que no se está ante actividades que puedan entrar en conflicto de intereses porque el hecho de participar en un grupo de teatro a la vez que se



trabaja en otra empresa del ramo completamente diferente no supone ningún tipo de infracción a la buena fe. Así, la actora había estado de baja con una actividad no remunerada participa en un grupo de teatro en el que hay ensayos y actuaciones habiéndosele recomendado una actividad ocupacional y de ocio, por lo que no hay base alguna para entender que la actora está simulando una enfermedad, al ser evidente que si la situación es esencialmente reactiva por problemas en el trabajo, el hecho de estar realizando una actividad distinta no implica que tenga capacidad para realizar su trabajo habitual. La sentencia concluyó que en el propio tratamiento iba el realizar actividades ocupacionales y de ocio y que la actividad de la actora, a la vista de lo dado por probado, debía encajarse en dichas actividades plenamente compatibles, por lo que procedía desestimar el recurso.

Inexistencia de contradicción: No puede apreciarse contradicción entre las sentencias comparadas, a los efectos del motivo de recurso que se articula por la parte, porque en el caso de la sentencia de contraste, a la actora se le había recomendado una actividad ocupacional, y en la actividad desarrollada en el grupo de teatro había ensayos y actuaciones, constando sólo que la demandante había participado como actriz en las representaciones de dos rutas turísticas que habían tenido lugar cada una durante tres días de julio y cuatro días de agosto. La referencial concluyó que no había base para entender que la actora estuviera simulando una enfermedad, pues su situación era esencialmente reactiva por problemas en el trabajo, el hecho de estar realizando una actividad distinta no implicaba que tuviera capacidad para realizar su trabajo habitual.

En el caso de la sentencia recurrida el diagnóstico de la trabajadora era "trastorno ansiedad generalizado" y "angustia severa", siendo su categoría profesional de jefa administrativa, y la participación de la trabajadora estando en situación de IT había sido en una obra musical en la que desempeñaba el papel de una de las protagonistas; constando que los ensayos los había iniciado a partir del mes de abril de 2019 y las representaciones habían sido durante cinco días de julio, tres días de agosto, cuatro días de septiembre y un día de octubre. La sala consideró, al igual que lo había hecho la juzgadora de instancia, que la actora no había acreditado que la participación en dicha obra constituyera una terapia y que estaba totalmente contraindicado con la patología que padecía, siendo especialmente significativa la presión que conllevaba la escenificación de dichas obras, por lo que concluyó que si la trabajadora pudo hacer el esfuerzo en aquellas circunstancias, teniendo en cuenta el estrés que puede estar asociado a esa concreta actividad de representar en público el musical, no parecía que no se pudiera asumir el aparejado estrés al que podría estar asociado al desempeño del trabajo habitual de jefa administrativa; puesto que desde el punto de vista del estrés y la ansiedad la actividad presentaba unos requerimientos que podrían asimilarse a los de su trabajo.

CUARTO.-

Por providencia de 11 de noviembre de 2022, se mandó oír a la parte recurrente dentro del plazo de cinco días, y en aplicación de lo que dispone el artículo 225.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al apreciar la Sala la eventual existencia de causa de inadmisión por posible falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación, al no concurrir las identidades del art. 219 de la LRJS.

La parte recurrente, en su escrito de 21 de noviembre de 2022, al que adjunta la documental que considera oportuna, se opone a la inadmisión del recurso haciendo referencia en el mismo a la normativa de aplicación según la recurrente a toda víctima de violencia de género y doméstica invocando la lesión que ello supondría a los derechos fundamentales. Sin embargo los argumentos expuestos por la misma no desvirtúan en modo alguno las consideraciones que se hacen en los razonamientos previos de esta resolución, debiendo añadirse que los argumentos esgrimidos por la parte no pueden obviar el análisis de las identidades entre las sentencias recurrida y de contraste, toda vez que se trata de argumentos de carácter sustantivo, que en su caso podría la parte alegar para sostener su pretensión final respecto del despido, pero no respecto de la propia contradicción, y menos aún cuando esta circunstancia que pretende centrarse en un acto de violencia de género o doméstica está del todo ausente en la sentencia de contraste; por lo que difícilmente puede ser atendida, so pena de considerar que la misma haya de servir para eludir dicho análisis de contradicción, concediendo a aquella una singularidad que sin duda podría ser tenida en cuenta en la resolución del fondo de la cuestión; pero a la que únicamente puede accederse en unificación de doctrina por la vía de evidenciar la existencia de contradicción entre las sentencias recurrida y de contraste, evidencia que como se ha puesto de manifiesto aquí no concurre. Por lo anterior y de conformidad con el informe del Ministerio fiscal, procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Josep Asensio Serqueda, en nombre y representación de D.^a Marisol contra la sentencia



dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 14 de diciembre de 2021, en el recurso de suplicación número 1744/2021, interpuesto por D.^a Marisol , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Mataró de fecha 3 de febrero de 2021, en el procedimiento nº 704/2019 seguido a instancia de D.^a Marisol contra la Residencia 3ª Edad ELS ARCS SLU, el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y el Ministerio Fiscal, sobre despido.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

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