



Roj: **STS 6410/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:6410**

Id Cendoj: **28079140012013100821**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2013**

Nº de Recurso: **521/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Diciembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Alex Santacana i Folgueroles en nombre y representación de FERROBERICA S.L. contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 2736/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de mayo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona, en autos núm. 5/2011, seguidos a instancias de DON Rogelio contra FERROBERICA S.L., MONTAJES DE FERRALLAS Y OBRAS S.L., DON Jose Manuel y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido DON Jose Manuel y MONTAJES DE FERRALLAS Y OBRAS S.L., representados por la Letrada Doña Nieves Hernández Almodóvar, DON Rogelio representado por la Procuradora Doña Rosa María del Pardo Moreno.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de mayo de 2011 el Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.-** El demandante Rogelio prestaba servicios para la demandada, la empresa Ferroberica, SL desde el día 12/3/1979, con categoría profesional de encargado y cobrando un salario mensual de 3.502,43 €. **2º.-** El día 30/11/2010, el demandante cesó en la prestación de servicios como consecuencia de carta fechada y entregada el mismo día a través del codemandado Jose Manuel, en la que la empresa comunicó al demandante la extinción del contrato de trabajo en la misma fecha, por causas objetivas de carácter productivo y organizativo, que se expresan en la carta y que, a los meros efectos descriptivos, se dan aquí por reproducidos. **3º.-** El demandante inició el día 12/3/1979 la prestación de servicios para Hierros y Preformados Ayora, SA, hasta el día 20/11/1987, y a continuación pasó a percibir prestaciones de paro y a integrarse en fecha de 14/1/1988 en la cooperativa La Puebla, SCCL, hasta el día 31/7/2002. Al día siguiente, 1/8/2002, ingresó en la empresa Montajes de Ferralla y Obras, SL y, sin solución de continuidad, el día 1/11/2008, en Ferroberica, SL. **4º.-** Las tres sociedades, Ferroberica, SL, Hierros y Preformados Ayora, SA y Montajes de Ferrallas y Obras, SL, están controladas por los hermanos Millán Hermenegildo Constantino, y en ellas figuran unos u otros como administradores o apoderados en las inscripciones del Registro Mercantil. Así, Constantino es apoderado de Ferroberica desde 1994, y hasta septiembre de 2002 fue administrador de Montajes de Ferrallas y Obras; Hermenegildo es administrador de Hierros y Preformados Ayora, SA, a la vez que apoderado de Ferroberica desde 1994; y, actualmente, desde 2002 el administrador de Ferroberica, SL y Montajes de Ferrallas y Obras, SL es la misma persona, Millán. **5º.-** La cooperativa La Puebla, SCCL ha integrado desde su creación trabajadores que entonces lo eran de Hierros y Preformados Ayora, y ha trabajado siempre en exclusiva para esta sociedad y las dos demandadas mediante formales de subcontrataciones que gestionaba y administraba la misma empresa contratando Hierros y Preformados Ayora y luego Ferroberica, como una parte o extensión de su organización, sin disponer



de materiales ni herramientas propias y únicamente con alguna furgoneta como medio de transporte para desplazarse a las diferentes obras que les eran encargadas. 6º.- La parte actora ha intentado, sin éxito, la preceptiva conciliación administrativa previa, que finalizó el día 20/1/2011 con el resultado de sin avenencia."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "En la demanda interpuesta por Rogelio contra Ferroberica, SL; Montajes de Ferrallas y Obras, SL y Jose Manuel , y también contra F. G. S., rechazo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario opuesto por Ferroberica, SL, acepto la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los codemandados Jose Manuel y Montajes de Ferrallas y Obras, SL, a quien absuelvo en la instancia de la demanda formulada, y acepto en parte la demanda formulada. Por lo tanto, declaro improcedente la extinción del contrato de trabajo del demandante, con efectos de despido, producida el día 30/11/2010, y condeno a la empresa demandada a que, mediante opción expresa en el plazo de cinco días, o bien readmita al demandante en el mismo lugar y condiciones de trabajo o bien lo indemnice en la cuantía de 147.102,06 € extinguiendo el contrato, y a que, en cualquiera de ambos casos, le abone además los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de efectiva readmisión o la de notificación de la sentencia -según sea el sentido de la opción-, en la cuantía del salario diario de 116,75 €, y que a fecha de esta sentencia suman 18.329,38€ por los 157 días hasta ahora transcurridos, sin perjuicio de los que se meriten con posterioridad a esta fecha. En caso de optar por la indemnización, la empresa podrá compensar la indemnización ya abonada por la extinción impugnada, y, en caso de optar por la readmisión, el trabajador deberá volver a la empresa. Absuelvo libremente al codemandado Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de las responsabilidades que en su día le pudieron corresponder."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por FERROBERICA S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 18 de septiembre de 2012 , en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa FERROBERICA, S.A., frente a la sentencia de 6 de mayo de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social 21 de Barcelona en los autos seguidos al nº 5/2011, seguidos a instancia de don Rogelio , contra la citada condenada y otros; debemos confirmar y, en su integridad, confirmamos la citada resolución. Se decreta la pérdida del depósito y consignación efectuados por la recurrente, a la que se condena en costas con inclusión de los honorarios del letrado de la impugnante en la señalada cuantía de 400 euros; firme que sea la presente resolución."

TERCERO.- Por la representación de FERROBERICA S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 8 de febrero de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 24 de enero de 2011 , del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en fecha 16 de febrero de 2009 y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 18 de enero de 2011 .

CUARTO.- Con fecha 16 de mayo de 2013 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe interesando que se declare la procedencia del primer motivo y la desestimación de los motivos segundo y tercero, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de diciembre de 2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación unificadora se interpone contra la sentencia que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa recurrente contra la sentencia que declaró la improcedencia del despido del actor por causas objetivas y condenó a la recurrente a las consecuencias derivadas de esa declaración. El recurso se articula en tres motivos distintos, dedicados, respectivamente, a determinar el salario regulador de la indemnización, a determinar la antigüedad computable y a impugnar la aplicación de la doctrina de la unidad esencial del vínculo contractual.

SEGUNDO.- 1. El primer motivo del recurso plantea la cuestión relativa al cálculo del salario diario a efectos indemnizatorios. Concretamente, se controvierte si el salario diario computable se debe calcular dividiendo por treinta días el salario mensual o dividiendo el salario anual por los trescientos sesenta y cinco días del año.

El problema ha sido resuelto de forma diferente por las sentencias comparadas en el presente recurso a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que lo viabiliza, conforme al artículo 219 de la L.J .S.. En efecto la sentencia recurrida ha optado por la primera de las soluciones apuntadas y la de contraste,



dictada por esta Sala el 24 de enero de 2011 (Rcud. 2018/2010) ha entendido que era más correcta la segunda. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo de la cuestión y a unificar la discrepancia doctrinal señalada.

2. La divergencia doctrinal señalada ya ha sido unificada por esta Sala en sus sentencias de 27 de octubre de 2005 (Rcud. 2531/04), de 30 de junio de 2008 (Rcud. 2639/07) y de 24 de enero de 2011 (Rcud. 2018/10) y 9 de mayo de 2011 (Rcud. 2374/10) en favor de la tesis sostenida por la sentencia de contraste. No se ofrecen motivos que justifiquen un cambio de criterio que se sustenta, como en esas sentencias se dice en que "los parámetros que establece el artículo 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios [textualmente: «cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio»], y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir -supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los **365** días que al año corresponden [366 para el caso de año bisiesto]; y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados [12x30] y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días [365/12] y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forense con inequívoco apoyo en la redacción originaria -vigente hasta el Decreto 1836/1974, de 31/Mayo- del art. 7 CC [«Si en las leyes se habla de meses ... se entenderá que los meses son de treinta días... Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan»] y que también en ocasiones establece el legislador [así, para la determinación de la base reguladora en las situaciones de IT, conforme al art. 13 Decreto 1646/72]".

Procede, por tanto, como ha dictaminado el Ministerio Fiscal estimar el primer motivo del recurso, casar y anular en este particular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de señalar que el salario diario computable es el de 115'14 euros día, resultado de dividir por los **365** días del año el salario anual, lo que comporta que la indemnización por despido deba ser calculada con arreglo a este parámetro y los salarios de trámite pagados con arreglo a esa cuantía, hechas las oportunas operaciones aritméticas.

TERCERO.- 1. El segundo motivo del recurso plantea la cuestión relativa a la antigüedad a computar cuando se prestan servicios a sucesivas empresas.

Los antecedentes de hecho sobre el particular nos muestran que el actor, desde el 12 de marzo de 1979 hasta su cese el 30 de noviembre de 2010 ha prestado sus servicios a diferentes empresas del grupo Ferroberica sin solución de continuidad. Del 20 de noviembre de 1987 al 14 de enero de 1988 existió una interrupción en la relación laboral con el grupo y del 14 de enero de 1988 al 31 de julio de 2002 trabajó para una cooperativa, cuya actividad consistía en prestar servicios a las empresas del grupo mediante subcontrataciones, siendo así que la cooperativa solo tenía mano de obra y ningún medio material. Las tres sociedades del grupo están controladas por los tres hermanos Millán Hermenegildo Constantino , quienes son administradores de las mismas con los detalles que se reflejan en el ordinal cuarto de los hechos declarados probados. La sentencia recurrida confirma la de la instancia que sólo condenó al pago de la indemnización por despido a la última empresa que empleó al actor, pero la indemnización la calcula en atención a la antigüedad del trabajador en el grupo de empresas, pronunciamiento que impugna el presente motivo del recurso.

2. Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la L.J .S., alega el recurso la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 16 de febrero de 2009 (R.S. 63/2009). Se contempla en ella el caso de una trabajadora que prestó sus servicios sucesivamente a seis notarios con interrupciones de dos, cuatro y tres meses, al cambiar su empleador. Tras su despido, la sentencia de contraste entendió que la antigüedad computable, a efectos de despido, era la del último contrato, pues la del primero sólo se le había reconocido a efectos del premio de antigüedad, aparte que el último cambio de notaría se debió a la voluntad de la trabajadora para mejorar sus condiciones económicas.

No puede estimarse que exista contradicción entre las sentencias comparadas, porque son diferentes los hechos contemplados en cada caso. En efecto en el caso de la sentencia recurrida se trata de contrataciones sucesivas con empresas del mismo grupo y con una cooperativa que subcontrata con ellas y que tiene personal pero no maquinaria u otros medios de producción. Por contra, en el caso de la sentencia de contraste se trata de sucesivas contrataciones con notarios diferentes, con interrupciones entre contratos relevantes y con la particularidad, sobre todo, de que el último contrato vino precedido de una baja voluntaria para, seguidamente, celebrar nuevo contrato con un notario que daba mejores condiciones económicas, dato relevante que por si solo justifica una solución diferente.

CUARTO.- 1. El tercer motivo del recurso combate la aplicación que hace la sentencia recurrida de la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo contractual. Para acreditar la existencia de contradicción doctrinal, cual



requiere el art. 219 de la L.J .S. para que el motivo del recurso sea viable, se trae por la recurrente la sentencia dictada por el T.S.J. de la Comunidad Valenciana el 18 de enero de 2011 (R.S. 3120/2010).

La sentencia contrapuesta a la recurrida contempla el caso de un empleado de Mercadona que trabajó para esta entidad durante tres años (del 15 de marzo de 1983 al 16 de marzo de 1986) y que al mes de cesar fue contratado de nuevo por la misma empresa quien lo empleó, primero, como coordinador y desde 2008 como gerente pasando en febrero de 2009 al Comité de Dirección, compuesto de diez miembros, asignándosele el sector de derivados del petróleo, productos químicos, cerveza, agua y productos del mar, que quedó bajo su responsabilidad reportando directamente con el presidente del Consejo de Administración. El trabajador, tras ciertos problemas de adaptación, cesó en la empresa que desistió del contrato de alto cargo el 23 de mayo de 2010 y cinco días después recibió carta en la que la empresa reconocía la improcedencia del despido y le ofrecía una indemnización de 363.651'15 euros, más los salarios de trámite. Presentada demanda por despido, durante el proceso sólo se controvertió la cuantía de la indemnización que el trabajador consideraba debía ser superior. La sentencia recurrida confirmó la de la instancia que estimó bien calculada la indemnización por la rescisión laboral común y por la rescisión del contrato de alto cargo, sin que hubiere lugar a aplicar la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo contractual, porque entre uno y otro contrato habían mediado más de veinte días, porque ningún contrato había sido de duración temporal y porque no concurría ningún elemento que hiciera pensar que había existido fraude en la contratación.

2. Como ha informado el Ministerio Fiscal no concurre la identidad sustancial que requiere el artículo 219 de la L.J .S., entre las sentencias comparadas, porque son distintos los hechos y los fundamentos utilizados en cada caso. En efecto, en el caso de la sentencia recurrida el actor trabajó con igual categoría para sucesivas empresas del grupo y, salvo en un contrato que se produjo una interrupción de menos de dos meses, los demás se suscribieron sin solución de continuidad con diferentes empresas del grupo, incluso con una cooperativa que sólo trabaja para las empresas del grupo aportando mano de obra, pues no tiene herramientas, ni maquinaria, hechos, acaecidos durante treinta y un años, que revelan que el trabajador ha estado unido al grupo laboralmente sin solución de continuidad. No es ese el supuesto que contempla la sentencia de contraste, pues en ese caso sólo hubo dos contratos de duración indefinida con la misma empresa, con una interrupción de más de veinte días y con la particularidad de que el segundo contrato supuso primero un ascenso y más tarde el paso a una relación laboral de alto cargo, todo lo que lleva a la sentencia a estimar que no hubo fraude de ley y que se trataba de dos contratos distintos y no de uno sólo.

La falta de contradicción obliga a desestimar el motivo del recurso examinado.

QUINTO.- Las anteriores consideraciones nos obligan a estimar el primer motivo del recurso y a desestimar los otros dos.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Alex Santacana i Folgueroles en nombre y representación de FERROBERICA S.L. contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 2736/2012 , interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de mayo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona , en autos núm. 5/2011, seguidos a instancias de DON Rogelio contra FERROBERICA S.L., MONTAJES DE FERRALLAS Y OBRAS S.L., DON Jose Manuel y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y, consecuentemente, casamos y anulamos la sentencia recurrida en cuanto se oponga a lo que aquí concretamos sobre que la indemnización por despido a abonar debe ser calculada, al igual que los salarios de tramitación, con arreglo a un salario diario de 115'14 euros al día. Quedan vigentes el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida. Se decreta la devolución a la empresa del depósito constituido para recurrir. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia ,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. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.