



Roj: **STSJ M 17033/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:17033**

Id Cendoj: **28079340062013100915**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/12/2013**

Nº de Recurso: **1649/2013**

Nº de Resolución: **921/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS LACAMBRA MORERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 17033/2013,**
STS 2627/2015

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

NIG : 28.079.00.4-2012/0019944

Procedimiento Recurso de Suplicación 1649/2013

MATERIA: DESPIDO .

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 9 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 1238/12

RECURRENTE/S: ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A, D. Victor Manuel

RECURRIDO/S: SECCION SINDICAL UGT, SECCION SINDICAL USO, SECCION SINDICAL CCOO Y MINISTERIO FISCAL

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil trece.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON LUIS LACAMBRA MORERA**, **D. BENEDICTO CEA AYALA** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 921

En el recurso de suplicación nº **1649/13** interpuesto por la Letrada Dª TANIA HERRERO BELAUSTEGUI en nombre y representación de **ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A.**, y por el Letrado D. ANTONIO MONSALVO GARCIA en nombre y representación de **D. Victor Manuel** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **9** de los de MADRID, de fecha **12 DE JULIO DE 2013** , ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. LUIS LACAMBRA MORERA**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº 1238/12 del Juzgado de lo Social nº 9 de los de Madrid, se presentó demanda por D. Víctor Manuel contra, **ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A., SECCION SINDICAL UGT, SECCION SINDICAL USO, SECCION SINDICAL CCOO Y MINISTERIO FISCAL** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **12 DE JULIO DE 2013** cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " *QUE ESTIMANDO EN PARTE la demanda formulada por D. ANTONIO MONSALVO GARCIA frente a ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A., SECCION SINDICAL UGT, SECCION SINDICAL USO y SECCION SINDICAL CCOO, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido del actor efectuado el 07.09.2012, debiendo la empresa optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización de 66.489,23 €, habiendo percibido en concepto de indemnización 26.852,78 € le corresponde la diferencia por importe de 39.636,45 €. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo a la fecha del despido (07.09.2012).*

De optar por la readmisión deberá abonar salarios de tramitación, en su caso, desde la fecha del despido hasta notificación de sentencia a razón de 118,89 euros/día."

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

" *PRIMERO.- D. Víctor Manuel con DNI nº NUM000 , venía prestando sus servicios para la demandada con antigüedad reconocida de 13.10.2004, categoría profesional de Encargado de Obra y retribución mensual de 3.566,69 € incluido plus extrasalarial, seguro de viga y retribución variable (folios 139 a 152, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido).*

El último contrato suscrito por el actor con la empresa NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS S.A el 13.10.2004 fue por obra o servicio determinado y obrante a los folios 164 y 165 se dan íntegramente por reproducidos.

SEGUNDO.- Según informe de vida laboral el actor ha prestado servicios desde la fecha de antigüedad reclamada 06 mayo 1996 para las siguientes empresas y por los periodos que se expresan:

CUBIERTAS Y TEJADOS SA 06.05.96 A 21.11.96

CUBIERTAS Y MZOV SA Y FERROVIAL SA UTE 02.12.96 A 31.12.96

CUBIERTAS Y MZOV SA UTE LEY 18/1982 01.01.97 A 21.02.99

GENERAL DE ESTRUCTURAS Y ENCOFRADOS S. 23.02.99 A 17.12.99

GENERAL DE ESTRUCTURAS Y ENCOFRADOS S. 20.12.99 A 11.02.00

NECSO, ACS Y FERROVIAL AGROMAN S.A UTE 21.02.00 A 20.11.01

ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A 21.11.01 A 30.09.02

ACCIONA IFNRAESTRUCTURAS S.A 01.10.02 A 26.08.04

PRESTACION DESEMPLEO EXTINCION 27.08.04 A 12.10.04

ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A 13.10.04 ----

El contrato por obra o servicios determinado suscrito por el actor el 21 Noviembre 2001 fue con la empresa NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS S.A (folio 162 y 163 por reproducidos).

ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A nace en 1997 de la fusión de ENTRECANALES Y TAVORA Y CUBIERTAS Y MZOV (folio 156 por reproducido).

TERCERO.- *ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A tramitó un ERE para la adopción de medidas tanto de despido colectivo como de suspensión temporal de contratos.*

El Acta final del periodo de consultas con acuerdo de los representantes de los trabajadores se firma el 11 de agosto de 2012 y obrante a los folios 7 a 16, se da íntegramente por reproducidos.

Destacamos los Acuerdos 4 "Indemnizaciones" que establece:

"Se acuerda una indemnización por la extinción de los contratos afectados por el presente ERE, de treinta y un (31) días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de veinticuatro mensualidades, reconociéndose la antigüedad del primer contrato en el supuesto que se hubiera producido un encadenamiento de varios.

Para determinar el salario día se computará la actual retribución bruta anual fija de cada afectado, así como el importe de la retribución variable que hubiere percibido en el último año, en su caso, dividiendo su resultado por 360.



Los trabajadores que en el momento de serles comunicada la extinción personalmente, decidieron no firmar la carta de despido en conformidad con los términos previstos en este acuerdo, recibirían la indemnización que legalmente establece el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores renunciando a la indemnización pactada en el presente ERE sin perjuicio de que el trabajador afectado pueda interponer las acciones legales que estime convenientes."

Y 7 "Prioridad de Permanencia" que en el ordinal 1 dice:

"En lo referente a prioridad de permanencia en la empresa se estará a lo dispuesto en la legislación vigente. Además, se establece tal y como recoge la memoria del expediente una exclusión en lo que se refiere a extinciones del colectivo de trabajadores mayores de 50 años y personas con discapacidad o minusvalía."

CUARTO.- El actor padece una esclerosis múltiple (N86, código CIE-10 MG 340) diagnosticada por primera vez en fecha 03.12.2002, reconociendo un grado de discapacidad del 55 % con baremo de movilidad positiva por resolución de la Dirección General de Servicios Sociales de la Consejería Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid de 26.11.2012 (Doc. 5 y 9 ramo prueba actora).

La empresa conocía que el actor padecía una esclerosis múltiple con anterioridad a la tramitación del ERE. (Doc 4, 7, 8, 10 y testificales D. Ramón y D. Jesús Ángel).

QUINTO.- El 28 agosto de 2012 entrega la empresa el listado de afectados realizando una reunión el comité de Seguimiento. El actor entrega al Comité toda la documentación sobre su enfermedad el viernes 31.08.2012.

El 06.09.2012 remite la documentación a la empresa, se fija la entrega de la carta de despido para el día 07.09.2012.

El Comité de Seguimiento remite a la empresa el Acta nº NUM001 que obrante a los folios 92 a 95, se da íntegramente por reproducido.

El punto 6 referido al actor dice textualmente:

"Los representantes de los trabajadores solicitan se tengan en cuenta algunos supuestos de personas en relación con su inclusión en las medidas del expediente y la empresa confirma que efectivamente dichas personas quedarán incluidas."

(Doc. 3 y 4 ramo prueba actora y testifical D. Jesús Ángel).

SEXTO.- El día 07.09.2012 en presencia de representantes sindicales y miembros del Comité de empresa antes de entrar el actor, se comentó su enfermedad y que debía ser excluido de la lista.

Al pasar se le entrega la carta de despido y que obrante a los folios 17 y 18 se da íntegramente por reproducido).

El actor manifestó que estaba tramitando expedientes de discapacidad y la enfermedad que padecía.

Un miembro de la empresa se retiró de la reunión para llamar por teléfono a la empresa, regresando y manifestando "no era posible su exclusión".

A lo largo de la mañana se siguió hablando del demandante (Confesión UGT y testificales D. Ramón y D. Jesús Ángel).

El actor percibió la cantidad que refiere la carta de despido.

SEPTIMO.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado la condición de representante del personal ni sindical alguna en el último año.

OCTAVO.- Con fecha 03.10.2012 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el acto administrativo el 22.10.2012 sin avenencia ante la oposición de la empresa demandada.

El juicio señalado para el 19.12.2012 hubo de suspenderse para ampliar la demanda frente a los representantes de los trabajadores firmantes del Acuerdo.

El acto del juicio celebrado el 09.07.2013 no compareció el Ministerio Fiscal citado legalmente."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante D. Victor Manuel y por la demandada ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para votación y fallo el día 18 de diciembre de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. - La sentencia que ha declarado improcedente el despido del actor se recurre por este y por la empresa demandada, procediendo examinar el primero de dichos recursos, que contiene un motivo, amparado en el art. 193, c) de la LRJS, en el que se impugna la antigüedad que el Juzgado de instancia computa para el cálculo de la indemnización extintiva. El motivo está defectuosamente planteado porque al denunciar incongruencia interna, con invocación del art. 97.2 de la LRJS, reflejada, según se dice, entre lo expresado en el hecho probado segundo y el fundamento de derecho primero, la irregularidad procesal así denunciada se debe encauzar por la vía apropiada-letra a) de dicha norma-con obligado pedimento consecuente de la nulidad de la sentencia y reposición de lo actuado al momento de dictarse para subsanar este defecto. No se invoca norma sustantiva alguna ni jurisprudencia para fundamentar una antigüedad anterior a la reconocida y en el suplico del recurso se insta exclusivamente que se rectifique el importe de la indemnización fijada en el fallo computándose el período comprendido entre el 6-5-1996 y 21-2-1999, con incremento de la misma en 14.833 euros, pero obviándose qué preceptos (sustantivos) o doctrina avalan la pretensión. La Sala no puede confeccionar de oficio el recurso asumiendo la condición de parte y por ello se desestima el motivo a tenor de las deficiencias aludidas.

SEGUNDO. - El recurso de la demandada se formaliza con exposición de tres motivos de revisión fáctica y cinco destinados a la denuncia jurídica (art. 193, b) y c) de la LRJS).

1.- La primera pretensión revisora se refiere al ordinal primero, con solicitud de que se añada un nuevo párrafo con este texto: "*Dicho contrato temporal fue convertido en indefinido, con fecha 19 de diciembre de 2006, estableciéndose que al contrato le sería de aplicación la Disposición Adicional Primera del Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo.*"

Asimismo, en la Cláusula Séptima se establecía que cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada improcedente, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores, en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el artículo 56 del mismo texto legal, será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (folios nº 167 y 168)."

Consta en la documental citada (folios 164 y 165) la certeza de este antecedente, que por si fuera relevante para el fallo, debe incorporarse a la narración fáctica.

2.- Seguidamente se interesa la modificación del ordinal cuarto, con mantenimiento de su primer párrafo pero añadiéndose a continuación que "*La empresa ofreció Vigilancia de la Salud al actor, siendo declarado apto sin limitaciones para el desarrollo de su puesto de trabajo durante los años 2011, y el 20 de junio de 2012 (folios nº 108 y 187 de las actuaciones)."*

Se trata de sustituir el propio criterio de quien recurre por el del juzgador de instancia, adoptado en el presente caso tras la valoración de prueba documental y testifical, como así se expresa en el hecho probado referido, de modo que no cabe orillar aquellos otros medios de prueba que, en su conjunto, han servido al juzgador para reflejar en el factum los hechos. Téngase en cuenta la doctrina jurisprudencial, expuesta, por ejemplo, en la STS de 12-5-2008 (rec. 81/2007):

(...) la valoración de la prueba es cometido exclusivo del Juez o Tribunal que presidió el juicio, el cual deberá determinar qué hechos alegados por las partes, de interés para la resolución del pleito, han quedado ó no acreditadas a fin de declararlas o no probadas y esta valoración la lleva a cabo el juzgador libremente, apreciando toda la prueba en su conjunto sin otras limitaciones que las derivadas de la "sana crítica" (arts. 316, 348, 376 y 382 de la LECiv [RCL 2000\34 y 962 y RCL 2001, 1892]), esto es, sin llegar a conclusiones totalmente ilógicas ó absurdas. La libre facultad del juzgador para valorar la prueba con arreglo a la "sana crítica" únicamente se ve constreñida por las reglas legales de valoración establecidas para pruebas concretas (arts. 1218 y 1225 del Código Civil [LEG 1889\27], 319.1 y 2, y 326.1 de la LECiv, respecto de los documentos, según sean públicos, privados ó administrativos), no siendo este el caso de autos".

3.- Se solicita así mismo que al ordinal sexto se le añada que: "*El actor recibió la comunicación individual de extinción de su contrato de trabajo, indicando "conforme pendiente de revisión" (folios nº 184 y 185)."*

En la carta de despido figura esta expresión, que, conforme sostiene la empresa recurrente, revelaría la libre aceptación por el actor de la extinción contractual comunicada, que, además se acompañó con el pago de la indemnización correspondiente pactada en el acuerdo de 11-8-2012 referido en el ordinal tercero de la sentencia. Se estima lo así pretendido por su incuestionable veracidad, independientemente de la valoración que al respecto se haga en sede jurídica.

TERCERO. - En el primer motivo amparado en el art. 193, c) de la LRJS se citan como infringidos los arts. 53.5, b) y 49.1, a) del ET, y 1262 del Código Civil, en relación con el acuerdo alcanzado en el ERE, de 11-8-2012. Considera la demandada que el actor mostró su conformidad con el despido, al concurrir, en mutuo acuerdo,



su voluntad en tal sentido manifestada. Se añade que, además, al insertar la expresión referida "conforme pendiente de revisión" el demandante estaba plenamente asesorado por los representantes de los trabajadores que habían suscrito el acuerdo en el que desembocó el ERE, sin concurrir en consecuencia vicio alguno del consentimiento prestado.

Este específico punto litigioso se debe dilucidar sobre lo relatado en el ordinal sexto, que narra lo acontecido en una reunión habida el 7-9-2012, y en la que en presencia de la empresa y los representantes sindicales, el actor manifestó que estaba tramitando un expediente de discapacidad por la enfermedad que padecía, lo que motivó que un miembro de la empresa se retirara momentáneamente de la reunión para consultar lo así referido por el actor, a quien finalmente se le dijo que no era posible excluirle del expediente. La cuestión fue tratada a lo largo de la mañana por las partes interesadas en el tema.

Si ponemos estos hechos en concordancia con la recepción por el actor de la carta de despido y el añadido a la misma "conforme pendiente de revisión", y tras el examen de las circunstancias planteadas, podemos razonablemente sostener que la firma de la recepción de la carta encierra propiamente una intención o voluntad del interesado de tipo condicional y por ello no definitiva ni aceptada, en espera de lo que se resolviera en relación con su expediente de discapacidad, de modo que, frente a la conclusión sostenida por la empresa de que el actor admitió sin condición alguna su despido como afectado por el acuerdo extintivo de 11-8-2012, sin opción para reclamar posteriormente, ha de afirmarse lo contrario y entender que hubo una reserva a lo que resultara de trámites posteriores. Sin duda que la salvedad se podía haber plasmado en forma más contundentemente explícita para no albergar dudas, pero el contexto particular de los hechos revela que el trabajador no se aquietó irreductiblemente a su inclusión en el acuerdo, aunque percibiera la indemnización, reintegrable en todo caso si la solución resultaba proclive a su pretensión.

CUARTO .- Por otra parte, no se debe olvidar la doctrina sobre la interpretación de los contratos. Así, es jurisprudencia constante y pacífica (STS de 12 de noviembre de 1993 , 3 de febrero y 21 de julio de 2000, y de la Sala 1ª de 29-9-2010 que (...) *la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual*).

En idéntico sentido, la STS (Sala 1ª) de 15-1-2008 (rec. 5685/2000) dice:

"Constituye doctrina reiterada de la Sala, expresada en Sentencia de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005\6365), que la interpretación contractual constituye función de los tribunales de instancia, y debe prevalecer en casación cuando no sea absurda, arbitraria o ilógica, (Sentencias, entre otras, de 15 [RJ 2004\6834], 27 [RJ 2004\7042] y 29 octubre [RJ 2004\7215], 10 , 18 y 23 noviembre 2004 [RJ 2004\7386]), sin que pueda pretenderse una revisión casacional para sustituir una hipotética hermenéutica dudosa, pues lo discutible no es lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Igualmente la Sentencia de 25 de octubre de 2004 señala que aunque la interpretación fuere dudosa debe prevalecer el criterio del juzgador de instancia a quien corresponde, como función soberana, la hermenéutica contractual, la cual sólo es revisable en casación cuando se revele contraria a la Ley o a la lógica (SS. 16 de julio de 2002 [RJ 2002\6244], 11 de marzo y 23 de diciembre de 2003 [RJ 2003\8991], 29 de enero y 20 de mayo de 2004 [RJ 2004\2786], de tal manera que si bien debe prosperar la denuncia casacional cuando la exégesis realizada en la instancia contradice abiertamente al espíritu o la letra del texto interpretado (S. 20 de mayo de 2004 [RJ 2004\3529] y cita), sin embargo debe prevalecer la apreciación efectuada cuando no se da esa abierta contradicción aunque no sea la única posible (S. 19 de febrero de 2001 [RJ 2001\2605]), o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (SS. 10 de octubre de 1959 , 17 de noviembre y 7 de diciembre de 1961 y 15 de febrero de 2002 [RJ 2002\1619], entre otras)".

El criterio del Magistrado de instancia en lo concerniente a los efectos de la actuación del actor se atiene a criterios de racionalidad al no entender que la firma de la carta de despido con la salvedad indicada implique y suponga su conformidad absoluta y categórica al mismo.

QUINTO .- Seguidamente alega la empresa demandada infracción de los arts. 53.5, b), 53.4 y 56.2 del ET , en relación con el RD 1414/2006, de 1 de diciembre y el acuerdo de 11-8-2012 ya referido. La sentencia de instancia da por acreditado que el actor sufre de esclerosis múltiple, enfermedad por la que la Dirección General de Servicios Sociales de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid le ha reconocido grado de discapacidad del 55% en resolución de 26-11-2012, y que la empresa, antes de tramitarse el ERE, conocía dicho padecimiento. A tenor de estas premisas, y bajo una interpretación razonable que la Sala comparte, la sentencia considera que en el ámbito de lo pactado en el acuerdo de 11-8-2012, punto 7.1 (prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores mayores de 50 años y personas con discapacidad o minusvalía) no era necesario que el actor contara en tal fecha con la resolución que le reconoció la



discapacidad, pues, en efecto, comunicó a la comisión de seguimiento del ERE (representantes sindicales y empresa) que estaba tramitando expediente de discapacidad por la enfermedad que padecía. Siendo así, no hay vulneración alguna del RD 1414/2006, pues con independencia de que la declaración administrativa de discapacidad fuera posterior al 7-9-2012, fecha del despido, no puede cuestionarse que en tal momento las limitaciones ya eran evidentemente padecidas por el actor-que siempre expresó claramente su circunstancia- en cuyo caso cobraba sentido que no se le incluyera en el ERE por tener prioridad de permanencia en la empresa.

SEXTO.- Se denuncia a continuación infracción de los arts. 26, 51, 53 y 56.2 del ET, y 28 del Convenio Colectivo del Sector de Construcción y Obras Públicas, en relación con el acuerdo de 11-8-2012. El punto controvertido en este apartado se refiere al importe del salario que la sentencia computa par el cálculo de la indemnización devengada por el actor, y, en concreto, los conceptos de seguro de vida y plus extrasalarial.

Ha de puntualizarse previamente que si el acuerdo tan repetido no le es aplicable al demandante, lo que determina la improcedencia de su despido por haberle incluido como trabajador afectado, las bases fácticas relativas al salario son las que se debe tener en cuenta para el cálculo de la indemnización, como despido individual que es. Si el demandante no está incluido en el ERE, difícilmente podrá partirse de los términos de un acuerdo que para nada le afecta y respecto de cualquiera de sus apartados, y, por tanto, ni en relación con la antigüedad ni con el salario.

Aclarado esto, conviene recordar que el salario en el procedimiento de despido se calcula conforme señala la jurisprudencia según las siguientes reglas, marcadas, por ejemplo, por la STS de 25-9-2008 (rec. 4387/2007):

"La doctrina jurisprudencial sobre el salario computable para la indemnización de despido en la que se inspira la presente resolución es la contenida en la sentencia de 17 de julio de 1990 (RJ 1990\6413), reiterada en otras muchas anteriores o posteriores sobre la misma o parecidas cuestiones (entre ellas, STS 30-5-2003, rec. 2754/2002 [RJ 2005\5689], 27-9-2004, rec. 4911/2003 [RJ 2004\6986], STS 11-5-2005, rec. 5737/2003 [RJ 2005\6131]) y STS 26-1-2006 [RJ 2006\2227] (citada). De acuerdo con la primera de las sentencias referidas, "el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales", figurando entre tales circunstancias especiales la oscilación de los ingresos por pérdida anómala o injustificada de una percepción salarial no ocasional o de "carácter puntual" (STS 27-9-2004)".

Y la STS de 9-5-2011 (rec. 2374/2010) indica:

"La divergencia señalada ya ha sido unificada por esta Sala en sus sentencias de 27 de octubre de 2005 (Rcod. 2531/04), de 30 de junio de 2008 (Rcod. 2639/07) y de 24 de enero de 2011 (Rcod. 2018/10) 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]".

SÉPTIMO .- Si el despido del actor data del 7-9-2012, la retribución computable no puede ser otra que la percibida en agosto de 2012, que asciende a 3.262,50 euros, idéntica por otro lado a la percibida en los meses de junio y julio, según resulta así de los recibos salariales que obran en autos. Como el alegado por la empresa asciende a 3.333,14 euros mensuales, superior al que se debe computar y que la sentencia debería declarar en aplicación de la citada jurisprudencia, la conclusión lógica y coherente con la improcedencia del despido, ajena como se ha dicho al acuerdo del ERE, no puede ser otra que la de estimación del motivo, no en razón de lo fundado de sus argumentos, sino porque si el salario correcto es el que el actor percibía en el momento del despido, de menor importe que aquel que la empresa ofrece, este último es el que debe computarse.

OCTAVO .- En el motivo siguiente cita la empresa como normas infringidas los arts. 51, 53 y 56.2 del ET, en relación con el acuerdo de 11-8-2012. En este punto la Sala ha de insistir en que si el actor queda excluido del ERE por ser persona afectada de discapacidad y por ello con prioridad de permanencia en la empresa, resulta



inexplicable que se le pretendan aplicar cláusulas solo concernientes al personal a quien se le extinguió el contrato a raíz del acuerdo.

Dicho lo anterior, lo que se impugna por la empresa es la fecha de antigüedad que la sentencia admite para determinar la indemnización, y en concreto, la aplicación del principio de unidad esencial del vínculo, obviando los períodos de inactividad en los distintos períodos contractuales que declara el ordinal primero. Sostiene la demandada que el "dies a quo" del cómputo de la antigüedad se debe situar en el 13-10-2004, fecha en la que se suscribió contrato temporal con ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A., luego transformado en indefinido.

Debe de indicarse que en el encadenamiento de contratos que refiere el ordinal segundo de la sentencia de instancia, hay un lapso de 45 días (del 27 de agosto al 12 de octubre de 2004) correspondientes al tiempo en que el actor percibió prestación por desempleo, de entidad suficiente para entender que no se aplica la doctrina de la unidad esencial del vínculo en los términos en que, por ejemplo, vienen expuestos en la STS de 8 de marzo de 2007 (recurso 175/2004), con forme a la cual " (...) en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, ha sido seguida por las Sentencias ya más recientes de 29 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7540) (rec. 4936/1998); 15 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2040) (rec. 2554/1999); 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10291) (rec. 663/2000); 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8446) (rec. 4007/2000); 27 de julio de 2002 (rec. 2087/2001) 19 de abril de 2005 (RJ 2005, 4536) (rec. 805/2004) y 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6419) (rec. 1077/2005), y si bien en varias de estas resoluciones la Sala ha tenido en cuenta como plazo interruptivo máximo el de los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, también ha señalado que cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos". Señalando dicha sentencia que:

"Así, por ejemplo, se ha computado la totalidad de la contratación, a pesar de la existencia de una interrupción superior a 20 días, en los supuestos resueltos por las sentencias de 10 de abril de 1995 (RJ 1995, 3034) (rec. 546/1994) y 10 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9731) (rec. 1496 /1999), con interrupción de 30 días, y de coincidencia con el período vacacional en el auto de 10 de abril de 2002 (RJ 2003, 4492) (rec. 3265/2001)".

La interrupción referida de 45 días en el presente caso quiebra, conforme al criterio de la Sala, la secuencia contractual y por ello el cómputo para calcular la indemnización pertinente ha de realizarse con efectos desde el 13-10-2004.

NOVENO. - En el último de los motivos jurídicos alega la empresa infracción del art. 56.2 del ET y disposición transitoria quinta del R.D-Ley 3/2102 , así como de la disposición adicional primera del R.D-Ley 5/2001 , que en apartado 4 dice: *"Cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada improcedente, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores , en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el artículo 56 del mismo texto legal , será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades".*

Está acreditado que las partes suscribieron contrato de 19-12-2006, por el que se transformó en indefinida la relación laboral, al que le es de aplicación dicha disposición adicional, expresándose en su cláusula octava que si la relación laboral se extingue por causas objetivas y el despido se declara improcedente, el importe de la indemnización será de 33 días por año de servicio, por lo que el salario diario computable asciende a 109,58 euros (3.333,14x12:365), que se aplicará sobre un total de 261,25 días, resultando una indemnización de 28.627,77 euros, cantidad de la que deberá deducirse la percibida en su momento por el demandante (ordinal sexto de la sentencia de instancia) y que asciende a 26.852,78 euros, conforme así consta en la carta de despido, por lo que la diferencia devengada por aquel suma 1.774,99 euros.

DÉCIMO. - A tenor de todo lo expuesto y razonado, se desestima el recurso del actor, con estimación parcial del formulado por la demandada, a quien se devolverá el depósito y la diferencia entre la cantidad consignada y la referida, en cuantía de 1.774,99 euros (art. 204. 3 y 4 de la LRJS).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Victor Manuel contra sentencia dictada el 12-7-2013 por el Juzgado de lo Social número 9 de Madrid , en autos 1238/2012, y con estimación parcial del formulado por ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A., confirmamos el pronunciamiento de instancia, salvo en lo que afecta al importe de la indemnización declarada a favor del actor, que ha de quedar cuantificado en 28.627,77 euros, condenando a la recurrente a abonar a este la cantidad de 1.774,99 euros, en concepto de



diferencia entre la indemnización referida y la que en su momento le fue abonada. Devuélvase a la demandada el depósito y manténgase el aseguramiento prestado en los términos del art. 204.3 de la LRJS . Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220 , 221 y 230 de la L.R.J.S , advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **1649/13** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 de la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.