



Roj: **STS 2925/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2925**

Id Cendoj: **28079140012018100668**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2018**

Nº de Recurso: **2655/2016**

Nº de Resolución: **678/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2655/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 678/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 27 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Leandro , representado y defendido por el Letrado Sr. Domínguez Roldán contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 428/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid , en autos nº 228/2014, seguidos a instancia de D. Leandro contra Dragados S.A., Velasco Obras y Servicios S.A. y la Administración Concursal en Zubizarreta Concursal, S.L.P. y Banco de Sabadell, sobre **despido**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por D. Leandro contra la empresa DRAGADOS S.A., VELASCO OBRAS Y SERVICIOS S.A. y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL en Zubizarreta Concursal S.L.P. y Banco de Sabadell S.A., habiendo sido parte EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, DECLARANDO LA IMPROCEDENCIA DEL **DESPIDO** DEL ACTOR, condenando a la demandada DRAGADOS S.A. a que opte en el plazo de cinco días, entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados salarios dejados de percibir desde el 14-1-14 hasta la fecha de notificación de esta resolución, a razón de 137,98 euros diarios, descontando, en su caso, en fase de ejecución, lo percibido en



otro empleo, durante ese lapso, o los períodos de incapacidad temporal si los hubiere; o una indemnización de 120.560,02 euros.- CON ABSOLUCIÓN DE VELASCO OBRAS Y SERVICIOS S.A.».

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO.- La parte actora, D. Leandro , ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada Velasco Obras y Servicios S.A. desde el 2-7-92 con la categoría de Director de división y un salario mensual bruto de 4.196,75 euros según la nóminas de 2013.- SEGUNDO.- El actor cesó en su relación laboral con Velasco Obras y Servicios S.A. el 14-1-14, según comunicación que recibe del Director General, en que se indica que se ha adjudicado a la empresa Dragados S.A. por parte del Excmo. Ayuntamiento de Madrid el contrato de gestión integral de infraestructuras viarias de la ciudad de Madrid, estando adscrito al "Acuerdo Marco para las obras de adecuación urbana y reparación de los pavimentos de las vías públicas del Ayuntamiento de Madrid. Zona 5".- TERCERO.- El 14-11-12 la empresa Velasco Obras y Servicios S.A. comunicó la reducción de la jornada de trabajo un 50% que se prolongará hasta el 31 de diciembre de 2013.- Por auto de 31-7-14 del Juzgado Mercantil 5 que tramita el concurso de Velasco Obras y Servicios S.A. se acuerda la apertura de fase de convenio y se admite la propuesta de convenio presentada. En fecha 9-10-14 se presentaron adhesiones a la propuesta del Convenio que suponen el 61,43% del pasivo con derecho a voto.- CUARTO.- La contrata con el Ayuntamiento de Madrid con la empresa Velasco en virtud de licitación por la que se adjudica las "obras de adecuación urbana y reparación de los pavimentos de las vías públicas de la ciudad de Madrid, zona 5" expiró en febrero de 2013. Por Decreto del Ayuntamiento se acordó una prórroga desde el 24-2-13 al 30-6-13 por un importe total de 622.346,70 euros de los que 0 euros se corresponden al grupo 1. Posteriormente se acordó otra prórroga hasta el 31 de diciembre de 2013 con un presupuesto máximo de 99.565,78 euros. La zona 5 comprendía los distritos de Villa de Vallecas, Puente de Vallecas, Moratalaz y Vicálvaro.- QUINTO.- El actor que prestaba servicios como Director de división y pasó a ser delegado de servicios en la zona 5 en noviembre de 2012 porque no había otro servicio donde reubicarlo, firmando en tal condición diversos contratos con el Ayuntamiento de Madrid (doc. 9 actora).- SEXTO.- El plazo de ejecución del Acuerdo Marco de 2009 era de 36 meses con posibilidad de prórroga, por un importe total de 10.066.306,45 euros (f. 548). Se distinguen los trabajos del Grupo 1 de mejora y adecuación urbana, grupo 2 de obras de reparación urgente y grupo 3 trabajos de reparación ordinaria. Los trabajos del grupo 2 se coordinan y gestionan con el uso de la aplicación informática municipal AVISA, con sus distintas fases de organización, ejecución, recepción, inspección, visado, actuación, cierre y comunicación. Respecto al personal como mínimo se establecen 97 entre operarios, personal técnico y administrativos. En el pliego de condiciones técnicas aparece la persona del delegado del adjudicatario como la persona designada expresamente por la empresa adjudicataria del contrato de cada lote y acepta por el Ayuntamiento de Madrid que tenga capacidad suficiente para ostentar la representación del adjudicatario cuando sea necesaria su actuación o presencia, así como en otros actos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales, siempre en orden a la ejecución y buena marcha de los trabajos; organizar la ejecución de los trabajos e interpretar y poner en práctica las órdenes recibidas del director; colaborar en la resolución de los problemas que se planteen durante la ejecución de los trabajos.- SÉPTIMO.- El contrato adjudicado a Dragados S.A. en la licitación de 2013, el lote 3 comprende la anterior zona 5 además de los distritos de Latina, Carabanchel, Usera y Villaverde, por un período que abarca de 2014 a 2022 y un importe de 84.564.219,95 euros.- OCTAVO.- D. Víctor remitió correo a la dirección de Velasco donde constan los datos de los nombres de las personas a subrogar, y que presentará en el Ayuntamiento para su visto bueno, en la que se incluye al actor. En el primer listado de personal a subrogar que emite Velasco S.A. figuran un total de 59 trabajadores. Por parte de la UTE Aceinsa-Andobras que abarcaba la zona 4 que refundida con la 5 conforma el actual Lote 3 el número de trabajador a subrogar son 50.- NOVENO.- Del listado de trabajadores que recibe Dragados S.A. de Velasco S.A. que son un total finalmente de 53, 26 son técnicos y administrativos y 27 operarios finalmente se subroga en un total de 41 (14 técnicos y administrativos y 27 operarios). Y de la UTE Aceinsa Andobras se subroga en 46 trabajadores (6 técnicos y administrativos y 40 operarios). Conforme a una organización funcional se precisa un Jefe de Lote (f. 1608).- SEXTO.- El actor ha sido apoderado de la empresa. En Velasco D. Víctor se encargaba de redacción de proyectos y D. Luis Pedro tras fallecer Jefe de obra queda como jefe de producción.- SÉPTIMO.- Se presentó papeleta de conciliación el 17-12-12, celebrándose el acto de conciliación el 10-1-13, con el resultado de sin efecto y sin avenencia».

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, por las representaciones legales de Dragados, S.A. y D. Leandro , se formularon recursos de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos los recursos formulados por DRAGADOS SA y don Leandro contra la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2014 en autos 228/14 seguidos a instancia de don Leandro contra las empresas DRAGADOS SA, VELASCO OBRAS Y SERVICIOS SA ,la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL en Zubizarreta Concursal SLP y Banco de Sabadell SA, habiendo sido parte EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y en su consecuencia revocamos en parte la referidas resolución y declaramos la improcedencia del **despido** de que fue objeto el actor, condenando a la demandada VELASCO OBRAS Y SERVICIOS SA a que opte en el plazo de cinco días, entre abonarle una indemnización por



importe de 120.560,02 euros o a la readmisión del trabajador.- En el caso de que opte por la readmisión deberá abonarle los salarios de tramitación desde la fecha del **despido** hasta la notificación de la presente resolución a razón de 137,98 euros diarios».

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la representación legal de D. Leandro , se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10 de octubre de 2012 .

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de junio de 2018, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La cuestión que se suscita en las presentes actuaciones es la relativa a la determinación del módulo -indemnizatorio y salarial- a tener en cuenta en los supuestos de previa reducción de jornada, acordada en el curso de un ERE anterior. La STSJ Madrid 21/Diciembre/2015 [rec. 428/15 ] revocó parcialmente la sentencia que había dictado el J/S nº de Madrid en 11/Diciembre/2014 [autos 228/14], en el sentido de entender que «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. En el supuesto de autos se da la circunstancia que en el año inmediatamente anterior al cese y durante [¿], el actor percibió la suma de 4.196,75 euros mensuales, por lo que entendemos que es ésta la cantidad que se debe tener en cuenta para fijar su indemnización».

2.- La decisión se recurre en unificación de doctrina, denunciando la infracción del art. 56.1 ET , en relación con el art. 26 del mismo texto legal , presentando como contradictoria la STSJ Cantabria 10/10/12 [rec. 748/12 ] .

**SEGUNDO.-** 1.- Como es preceptivo, con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo se ha de examinar el cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad del recurso y muy primordialmente la concurrencia de contradicción. Y al efecto hemos de recordar que el art. 219 LJS exige -para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que el cumplimiento de esta exigencia se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, sin que tal contradicción pueda surgir -tan sólo- de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias y sin que a la par sea exigible una identidad absoluta entre los supuestos a enjuiciar (de entre las más recientes, SSTS 1018/2017, de 19/12/17 -rcud 1245/16 -; 1025/2017, de 19/12/17 -rcud 624/16 -; 243/2018, de 01/03/18 -rcud 595/17 -; 289/2018, de 13/03/18 -rcud 1520/17 -; y 294/2018, de 14/03/18 -rcud 3959/16 -).

2.- En supuesto debatido en la sentencia recurrida: a) el actor veía prestando servicios para la empresa desde el 02/07/92 con la categoría de Director de División; b) en 14/11/12 la empresa le comunicó la reducción de su jornada -acordada en ERE- en un 50% hasta el 31/12/13, pasando a tener un salario mensual -por la jornada reducida- de 4.196,75 euros; c) el actor fue cesado en 14/01/14, por pérdida de contrata.

En la sentencia de contraste: a) el trabajador prestaba servicios para la empresas desde el 01/06/99; b) a partir del 21/08/11 -también a virtud de ERE- se le redujeron jornada y salario en un 50% durante 9 meses; c) en 16/03/12 se instó la resolución contractual por impago de salarios, que la recurrido aceptó, tomando como salario regulador el previo a la reducción de jornada, por considerar que «la reducción de salario no responde a una voluntad concorde de las partes, adecuada a las previsiones del artículo 12.4 del ET , sino a una causa vinculada al empresario», por lo que si durante la vigencia del ERE «la empresa incurre en una causa de extinción a ella imputable, el trabajador tiene derecho a que la indemnización se calcule conforme al salario correspondiente a la jornada completa, esto es, conforme al salario que se venía abonando antes del ERE».

3.- El relato anterior evidencia la identidad sustancial -de hechos, fundamentos y pretensiones- entre los supuestos contrastados, tal como informa el Ministerio Fiscal, sin que podamos aceptar las objeciones que al efecto formula la empresa impugnante, puesto que a nuestro juicio es del todo irrelevante que la extinción contractual opere o bien por la decisión directa de la empresa, o bien por resolución judicial que aprecie grave desconocimiento empresarial de sus obligaciones retributivas, en tanto que el tema objeto de debate es el mismo, determinar el módulo salarial computable para calcular la indemnización debida -e idéntica- en ambos supuestos de extinción contractual imputable a la empresa. Y ni que decir tiene que el mismo criterio se impone respecto del hecho -referido también en la impugnación- de que la reducción de jornada impuesta en el ERE



de autos hubiera sido fruto de acuerdo con la representación sindical y que en la de contraste el pacto no se hubiese alcanzado, porque de lo que se trata -ahí radica la sustancialidad identificativa- es que la reducción de jornada y salario se produce por iniciativa empresarial y básico interés de la empleadora, resultando de la más absoluta intrascendencia que la representación sindical hubiese o no aceptado formalmente la medida propuesta, que en todo caso siempre resulta extraña a la voluntad del trabajador y opuesta a su provecho.

**TERCERO.-** 1.- Ciertamente que conforme a usual doctrina de la Sala, el salario a considerar para el cálculo de la indemnización de **despido** -y los salarios de tramitación- ha de ser el «último» percibido o actual en el momento de la extinción del contrato de trabajo, salvo circunstancias especiales. Así hemos afirmado que «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 irregulares o la pérdida injustificada -fraude- de una percepción salarial no ocasional o de «carácter puntual» (asi, SSTS 30/05/03 -rcud 2754/02 -; 17/06/15 -rcud 1561/14 -; 26/01/06 -rcud 3813/04 -; 25/09/08 -rcud 4387/07 -; 18/11/14 -rcud 1858/13 -; y 17/06/15 -rcud 1561/14 -).

2.- En aplicación de esa doctrina, hemos mantenido que: a) el salario regulador de la indemnización es aquel que corresponde al trabajador al tiempo del **despido** y no el que arbitrariamente abona la empresa ( STS 25/02/93 -rcud 1404/92 -); b) debe computarse en el salario el importe de horas extraordinarias, si en lugar de ocasionales habían sido realizadas en número anómalamente alto ( STS 27/09/04 -rec. 4911/03 -); c) ha de incluirse en el módulo salarial el importe de la prima de un seguro de vida y accidente abonada por la empresa, a esos mismo efectos de determinar el salario regulador del **despido** ( STS 02/10/13 -rcud 1297/12 -); d) debe estarse al salario que el trabajador había percibido por su trabajo en Argelia -computando el plus de «movilidad»- desde el inicio de su contrato y descartamos el abonado en España tras concluir la obra en el extranjero en el mes anterior a su cese ( STS 08/11/14 -rcud 1858/13 -); e) -en supuesto muy similar al anterior- ha de computarse la retribución que el trabajador percibía desde que fue destinado a Venezuela -Noviembre/11-, y no el que teóricamente tenía cuando fue repatriado a España -14/09/12- casi al tiempo que se alcanzaba un acuerdo -19/09/12- en un ERE ( STS 17/06/15 -rcud 1561/14 -); y f) -ya con carácter más general- ha de atenderse a la remuneración debida y no la realmente percibida al tiempo de la extinción ( SSTS 25/02/93 -rcud 1404/92 -; 08/06/98 -rcud 3212/97 -; 27/03/00 -rcud 2063/99 -; 12/07/06 -rcud 2048/05 -; 10/07/07 -rcud 3488/05 -; 19/10/07 -rcud 4128/06 -; 27/12/10 -rcud 1751/10 -; y 30/06/11 -rcud 3756/10 -), lo que -como es lógico- se extiende a los supuestos de contratación administrativa que se califica de fraudulenta ( SSTS 23/03/15 -rcud 1789/14 -; 08/06/15 -rcud 657/14 -; 29/05/15 -rcud 687/14 -; y 910/2017, de 21/11/17 -rcud 4202/15 -).

3.- Más en concreto, en supuestos de reducción de jornada, no solamente hemos llegado a idéntica conclusión en los casos en que la misma traiga causa en la iniciativa del trabajador, como se produce en la jornada reducida por razones de guarda legal, que inicialmente se argumentaba sobre la base de por tratarse de una alteración transitoria de la relación ( STS 15/10/90 -ril 409/90 -), posteriormente pasó a justificarse por aplicación finalista de todas las medidas legislativas que tiene por objeto facilitar la conciliación de la vida laboral y la familiar ( SSTS 20/07/00 -rcud 3799/99 -; 11/12/01 11/12/01 -rcud 1817/01 -; 06/04/04 -rcud 4310/02 -; 24/10/06 -rcud 2154/05 -) y finamente ha pasado a serlo por expreso mandato legal - DA Decimoctava ET - ( STS 438/2018, de 25/04/18 -rcud 2152/16 -), sino que entendimos justificada la misma solución para aquellos casos - absolutamente diversos- en los que la reducción es imputable a exclusiva decisión empresarial, que unilateralmente -en el caso entonces debatido- minoró jornada y salario en un 50% un mes antes del **despido**, razonándose al efecto que «sería contrario al principio de buena fe aceptar la actuación de la empresa que reduce unilateralmente el salario para perjudicar al trabajador no sólo en sus retribuciones, sino incluso en el importe de la indemnización por extinción de la relación laboral» ( STS 30/06/11 -rcud 3756/10 -).

4.- A nuestro juicio, el mismo criterio hemos de seguir en los supuestos de reducción de jornada a consecuencia de un ERTE, haya sido o no pactada la medida colectiva, por cuanto que -con carácter general- tanto en uno como en otro supuesto: a) la medida obedece a iniciativa e interés primordial de la empresa, siquiera ello comporte -a la postre- también un beneficio para el futuro del colectivo de trabajadores, coadyuvando al mantenimiento de los niveles de empleo; b) la reducción tiene carácter transitorio frente a la naturaleza indefinida de la relación que el **despido** frustra; c) admitir como módulo salarial la retribución correspondiente a la jornada reducida propicia innegablemente el fraude de ley, en tanto que consentiría la instrumentación de la reducción de jornada como antesala para el final abaratamiento del **despido**; y d) la justicia material de la precedente solución resulta palmaria en los supuestos -como es el caso- en que se trate de un **despido** declarado improcedente, pues la ilegitimidad de esta medida -por eso se hace la declaración de improcedencia- vendría a incidir sobre el patrimonio de un trabajador previamente afectado con la medida -ajustada a Derecho, pero innegablemente gravosa- de la reducción operada por el ERTE, de forma que no se presenta razonable que



tras el sacrificio de la reducción salarial el trabajador se vea perjudicado -además- con la posterior minoración indemnizatoria.

Pero en todo caso, en el presente supuesto son argumentables como razones para estimar el recurso y acoger la solución general antes referida: a) de entrada, que ya en la fecha del **despido** -14/01/14- el trabajador había recuperado la situación de jornada completa, por cuanto que la jornada reducida tenía finalización pactada para el 31/12/13 [tercero de los HDP], de forma que su último salario devengado -día a día- fue el que correspondía en la jornada -completa- de los días 1 al 14 de enero de 2014, por lo que incluso resultan un tanto ociosas las consideraciones anteriormente efectuadas, en tanto que se nos presenta del todo gratuito -por falta de apoyo legal o doctrinal- pretender que se determine el módulo salarial por la última mensualidad cobrada y no por el último salario devengado, siquiera no corresponda a un mes completo; y b) en todo caso, que aquella contraposición entre la transitoriedad de la reducción y el carácter indefinido de la relación, se evidencia con toda su fuerza en el presente caso, dado que el trabajador es despedido tras casi 22 años de antigüedad, de los cuales 21 tuvieron lugar a jornada completa.

**TERCERO.**- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -tal como solicita el Ministerio Fiscal en su estudiado informe- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Con devolución del depósito y de la consignación [art. 228 LJS], sin que proceda imposición de costas [art. 235.1 LJS].

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Leandro .

2º.- Revocar la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en fecha 21/Diciembre/2015 [rec. 428/15 ].

3º.- Resolver el debate suscitado en Suplicación, manteniendo la admisión del recurso formulado por «DRAGADOS, S.A.» y acogiendo el interpuesto por el trabajador, de forma que mantenemos la declaración de improcedencia y la condena de la empresa «VELASCO OBRAS Y SERVICIOS S.A.», pero fijamos como salario/día de trámite la cantidad de 279,45 euros y como indemnización optativa -salvo error u omisión- la cantidad de 198.280 euros.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación o aseguramiento, así como la imposición de costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.