



Roj: **STS 159/2018 - ECLI:ES:TS:2018:159**

Id Cendoj: **28079140012018100002**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2018**

Nº de Recurso: **1029/2016**

Nº de Resolución: **5/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 14666/2015,**
STS 159/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1029/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 5/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 10 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Borja representado y asistido por la letrada D^a. Nuria Cuadra Cabañas contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 685/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid, en autos nº 577/2012, seguidos a instancias de D. Borja contra Colchoneras Alcalá SL sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de abril de 2014 el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **1º.-** El actor presta servicios para la parte demandada con categoría de conductor 2º percibiendo salario diario de 60,76 euros (1.822,82 euros al mes con prorrata de pagas extras), antigüedad en nómina 01/06/09. En el contrato figura antigüedad de 20/10/98 y es de fecha 03/10/05.



- 2º.- Se le notificó el 23/03/2012 al actor despedido por causas objetivas, que obra unido a autos y se da por reproducido a estos solos efectos.
- 3º.- No se le ha preavisado.
- 4º.- El actor en el acto de la vista reconoció haber recibido como indemnización 16.181,10 €. En la carta de despido consta que se realizaba transferencia bancaria a la cuenta del actor en cuantía de 16.181,10 € correspondiente a la indemnización calculada a razón de un salario total bruto diario de 59,93 €.
- 5º.- No ostenta condición de representante de los trabajadores.
- 6º.- Los resultados habidos por la empresa en el ejercicio 2.008 es de un importe de 341.018 €, en el año 2.009 177.652 €, lo que supone un tanto por ciento del ejercicio anterior de menos 47,91%, el importe del ejercicio 2.010 es de 396.629 €, lo que supone un tanto por ciento del ejercicio anterior de 123,26 €, y un tanto por ciento en relación al ejercicio 2.008 de 16,31 %, y los resultados del ejercicio 2.011 son menos 575.870 € (resultado antes del cálculo del impuesto sobre sociedades) lo que supone un tanto por ciento en relación al ejercicio anterior de menos 245,19 por ciento y un tanto por ciento en relación al ejercicio 2.008 de menos 268,87 por ciento. El resultado del primer trimestre del ejercicio 2.012 es de menos 168.774,05 de pérdidas. Las ventas totales habidas en la empresa en el ejercicio 2.008 es de 14.030.983 €, en el año 2.009 12.348.480 € que supone menos 11,99 por ciento en relación al ejercicio anterior, en el año 2.010 un importe de 12.865.227 € que supone un tanto por ciento en cuanto al ejercicio anterior de 4,18 por ciento y un tanto por ciento respecto del año 2.008 de menos 8,31 por ciento. En cuanto a 2.011 un importe de 9.991.344 € que supone un tanto por ciento del ejercicio anterior de menos 22,32 por ciento y un tanto por ciento en relación al ejercicio 2.008 de menos 28,79 por ciento. La caída de ventas de los últimos 4 años alcanza casi el 29 por ciento. Las ventas de los meses de enero de los ejercicios anteriormente reseñados y las del año 2012 son: ejercicio 2.008 1.204.432; ejercicio 2.009 1.055.448, que supone un tanto por ciento en relación al ejercicio anterior de menos 12,37 por ciento; en el año 2.010 un importe de 970.454, que supone menos 8,05 por ciento en relación al ejercicio anterior y menos 19,43 por ciento en relación al ejercicio 2.008; en el ejercicio 2.011 un importe de 665.916 que supone menos 31,38 por ciento en relación al ejercicio anterior, y menos 44,71 por ciento en relación al ejercicio 2.008, y en cuanto al año 2.012 634.263 que supone menos 4,75 por ciento en relación al ejercicio anterior y menos 47,34 por ciento referido al ejercicio 2.008. La caída acumulada de las ventas de los meses de febrero del año 2.008 a 2.012 se acerca al 48 por ciento. Las ventas de los meses de febrero de los ejercicios anteriormente reseñados y las de 2.012 son los siguientes: ejercicio 2.008 1.320.599; ejercicio 2.009 1.081.061 que supone menos 18,14 por ciento en relación al ejercicio anterior; del año 2.010 un importe de 1.095.675 que supone un 1,35 por ciento en relación al ejercicio anterior y un menos 17,03 por ciento en relación al ejercicio 2.008; respecto del año 2.011 un importe de 941.276 que supone un menos 14,09 por ciento en relación al ejercicio anterior, y menos 28,72 por ciento en relación al ejercicio 2.008, y en el año 2.012 un importe de 821.845 que supone un menos 12,69 por ciento en relación al ejercicio anterior y un menos 37,77 por ciento en relación al ejercicio 2.008. La caída acumulada de las ventas de los meses de febrero desde del año 2.008 al 2.012 se acerca al 38 por ciento. Las ventas de los meses de marzo de los ejercicios anteriormente reseñados y las de 2.012 son: ejercicio 2.008 1.061.200; ejercicio 2.009 1.198.792 que supone un 12,97 por ciento en relación al ejercicio anterior; del ejercicio 2.010 un importe de 1.207.320 que supone un 0,71 por ciento en relación al ejercicio anterior y un 13,77 por ciento en relación al ejercicio 2.008; respecto del año 2.011 un importe de 1.106.501 que supone un menos 8,35 por ciento del ejercicio anterior y un 4,27 por ciento en relación al ejercicio 2.008, y en cuanto al año 2.012 un importe de 701.025 que supone un menos 36,64 por ciento en relación al ejercicio anterior y un menos 33,94 por ciento en relación al ejercicio 2.008. La caída acumulada de las ventas de los meses de marzo del año 2.008 a 2.012 se acerca al 34 por ciento. Las ventas de los tres últimos trimestres cerrados, es decir, tercero y cuarto de 2.011 y primer trimestre de 2.012 son las siguientes: 3T/2.011 2.577.842; 4T/2.011 2.396.419; 1T/2.012 2.157.133. Los porcentajes de disminución sobre el trimestre precedente son: 4T/2.011 menos 7,04; y 1T/2.012 menos 9,99. En los últimos tres trimestres las ventas han caído un menos 16,32 por ciento. La tesorería arrojaba los siguientes saldos en el año 2010, 507.517,72 € en el año 2011, 290.306,71 € lo que supone un tanto por ciento de menos 42,79 %. A 31 de marzo del año 2012 la tesorería alcanzaba la cifra negativa de menos 224.608,93 €. En julio 2011 la empresa acudió a la financiación ajena para dar cobertura a sus necesidades de tesorería, con un préstamo de 500.000,00 € por un lado, y por otro una póliza de crédito de 300.000,00 €. La cifra de deuda con entidades de crédito es en el año 2010, 145.344,62 € en el año 2011, 599.660,89 €, lo que supone un tanto por ciento de 412,58 %. En el primer trimestre del ejercicio 2012 la empresa utilizó la cuenta de crédito concedida, alcanzando a 31 de marzo el endeudamiento la cantidad de 654.200,23 €. Lo que supone que el porcentaje de dicho endeudamiento alcanza el 450,12 € sobre el ejercicio 2010. El pago mensual realizado para la amortización del crédito concedido era de 10.742,98 €. El ratio de rentabilidad beneficio/fondos propios en el año 2010 era 0,1130; en el año 2011 menos 0,2227; tanto por ciento menos 297,08. Supervivencia (beneficio/ventas) en el año 2010 era 0,0308; en el año 2011 menos 0,0400; lo que supone un tanto por ciento de menos 228,87. Tesorería (Act. Circ-Exist)/Pasivo cp en el



año 2010 era 0,7660; en el año 2011 0,4937; lo que supone tanto un por ciento de menos 35,55. Productividad (ventas/coste de personal) en el año 2010 5,2243; en el año 2011 4,2050; lo que supone tanto un por ciento de menos 19,51. En cuanto a morosidad al cierre del ejercicio 2011 existía un saldo de clientes con deuda ya vencida de 167.540,61 €, lo que supone un 38,60 % de saldo impagados. Y en las partidas de gastos durante el año 2011 han sufrido un descenso sobre las de 2010, salvo la de gastos financieros que en el año 2010 ascendía a 160.973,92 €, en el año 2011 a 186.497,83 € lo que supone un tanto por ciento de 15,86. El gasto de personal del año 2010 era de 2.462.532,46 €; en el año 2011 2.376.049,63 €; lo que supone menos 3,51 %. El gasto de aprovisionamientos en el año 2010 era de 7.360.621,93 €; en el año 2011 5.760.522,00 € lo que supone menos 28,53 %. En otros gastos de explotación en el año 2010 2.289.615,21 €; en el año 2011 2.149.881,40 €, lo que supone menos 6,10 %.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que con desestimación de la demanda presentada por D. Borja contra COLCHONERIAS ALCALA S.L., debo declarar y declaro procedente el despido de la actora por causas objetivas y debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir una indemnización de 7.898,80 euros, en lugar de las 16.181.10 € percibidos.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Borja ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de DON Borja, contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid, en autos nº 577/2012, promovidos por el recurrente contra COLCHONERÍAS ALCALÁ SL, confirmándola en su integridad y en todos los pronunciamientos que contiene. Sin costas. Dese a los depósitos y consignaciones, el destino legal.».

TERCERO.- Por la representación de D. Borja se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 17 de febrero de 2016. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en fecha 2 de febrero de 2001 (RS 5059/2000).

CUARTO.- Con fecha 22 de septiembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida no obstante haber sido emplazada pasa lo actuado al Ministerio Fiscal a fin de que informe sobre la procedencia o improcedencia del presente recurso.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina se reduce a determinar si, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, debe tenerse en cuenta el tiempo real de prestación de servicios o la mayor antigüedad reconocida por la empresa en supuestos en los que no existió subrogación contractual por no ser la nueva empleadora sucesora de la anterior.

2. La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador que fue despedido por causas objetivas y económicas, ofertándosele una indemnización calculada con arreglo a la antigüedad reconocida que le fue ingresada. El trabajador impugnó la procedencia de su despido y se cuestionó la cuantía indemnizatoria, dado que se debía haber calculado con arreglo al tiempo de prestación de servicios efectivos. La sentencia de instancia declaró procedente el despido, así como, también, que la indemnización a percibir era sólo de 7.898'80 euros, en lugar de los 16.181'10 percibidos, pues se debía calcular en atención a los servicios efectivamente prestados. En suplicación por el trabajador se volvió a plantear la improcedencia del despido por causas económicas, pretensión desestimada por concurrir causas económicas razonables, sin se abordara la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria porque, como escuetamente se dice en la sentencia, se "combate el importe de la indemnización, de calificarse el despido como improcedente", lo que, según esa resolución, no era el caso por ser procedente el despido, al concurrir las causas económicas alegadas. Contra este pronunciamiento se ha interpuesto el presente recurso de casación unificadora.

3. Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) se cita la dictada por el mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 2 de febrero de 2001 (RS 5059/2000). Se contempla en ella el caso de una trabajadora que fue contratada por una empresa, como jefe de administración, el 16 de marzo de 1998, fecha coincidente con la de la venta que ella y sus hermanos hacían de empresa con similar actividad a la nueva empleadora, quien le reconoció una antigüedad del año 1985 y le exigió un compromiso



de permanencia de, al menos, tres años, con importante sanción pecuniaria (triple de los salarios cobrados) en caso de incumplimiento, pacto al que se unió otro de no concurrencia durante dos años al finalizar el contrato, compromiso que se compensaría con el percibo de la mitad de su salario durante ese tiempo, gratificación no computable para el cálculo del salario a efectos del despido. Posteriormente, la trabajadora y la empresa tuvieron divergencias por la compraventa de acciones acordada entre ellas, y el 6 de abril de 1999 la trabajadora fue despedida por razones organizativas y económicas que no se probaron lo que motivó que el despido se declara improcedente por la sentencia de instancia que la traída de contraste confirmó en ese particular. Sobre la cuantía indemnizatoria, la sentencia referencial revoca a la de instancia porque aunque es cierto que la norma general consiste en que sólo se computa el tiempo de servicios efectivos, cuando se reconoce mayor antigüedad sin existir sucesión empresarial, no lo es menos que esa regla quiebra en los supuestos en que esa mayor antigüedad se reconocía a todos los efectos, como había ocurrido en el presente caso y había reconocido la empleadora al ofertar en el acto de conciliación una indemnización por despido procedente en la que se tenía en cuenta toda la antigüedad reconocida, parámetro computable igualmente en caso de despido improcedente por tratarse de un dato implícitamente aceptado, el de que la antigüedad reconocida se computaba a todos los efectos.

4. Por el Ministerio Fiscal se ha puesto en duda la existencia de contradicción doctrinal que requiere el artículo 219 de la LJS para la viabilidad del recurso. Como esta cuestión es de orden público procesal, procede en primer lugar examinarla y resolver si existe la divergencia doctrinal que se alega y, al efecto conviene recordar la doctrina de esta Sala sobre la materia. Según ella, la contradicción *"requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales"* (sentencias de 27 y 28-1-92 [recs. 824/91 y 1053/91], 18-7 , 14-10 y 17-12-97 [recs. 4067/96 , 94/97 y 4203/96], 17-5 y 22-6-00 [recs. 1253/99 y 1785/99], 21-7 y 21-12-03 [recs. 2112/02 y 4373/02] y 29-1 y 1-3-04 [recs. 1917/03 y 1149/03] y 28-3-06 [2336/05] entre otras muchas).

Por esa razón, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente *"una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente"* y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación. Sentencias de 13-12-91 [rec. 771/91], 5-6 y 9-12-93 [recs. 241/92 y 3729/92], 14-3-97 [rec. 3415/96], 16 y 23-1-02 [recs. 34/01 y 58/01]. 26-3-02 [rec.1840/00], 25-9-03 [rec. 3080/02] y 13-10-04 [rec. 5089/03] entre otras).

5. La aplicación de la anterior doctrina obliga a estimar que no existe contradicción por los diferentes hechos contemplados en cada caso y porque la cuestión objeto de este recurso no fue abordada por la sentencia recurrida en términos que se contrapongan a los argumentos de la sentencia de contraste.

En efecto, el origen de la contratación de la actora en el caso de la sentencia de contraste (venta de un negocio por ella y sus hermanos a la empleadora) dió lugar a la celebración de un contrato de trabajo más complicado con cláusulas especiales durante su ejecución y tras su extinción, incluso puede presumirse que las discrepancias sobre la ejecución del contrato mercantil firmado a la par fueron la causa real de la pronta extinción del contrato de trabajo, cuyas cláusulas especiales pudieron motivar el ofrecimiento de una indemnización superior en el acto de conciliación.

Pero, aparte lo es dicho sobre las diferencias fácticas, es lo cierto que la sentencia recurrida es acorde con la doctrina general del cómputo sólo de los servicios efectivos, al limitarse a confirmar la sentencia de instancia que la aplica, sin argumentar sobre esa regla general y la no concurrencia de hechos que excepcionen su aplicación. Como no aborda la cuestión de fondo, cómputo sólo de los servicios efectivos para el cálculo de la indemnización por despido, ni, menos aún, la concurrencia de hechos que permitan excepcionar, o no, esa regla, resulta que no puede contradecir la doctrina de la sentencia de contraste, pues una abordó la cuestión controvertida y la otra no.

Seguramente, la escueta redacción de la sentencia aquí recurrida hace que la misma peque de incongruencia contraria al art. 24 de la Constitución y al art. 218 de la LEC . Pero la posible incongruencia omisiva en la que incurre no puede abordarse, ni subsanarse, en este recurso extraordinario sino se alega y argumenta sobre la incongruencia de la sentencia, ni se cita como de contraste una sentencia recaída en supuesto parecido.

6. El recurso no debió ser admitido a trámite por no existir contradicción doctrinal en los términos exigidos por el art. 219 LJS, requisito de orden público procesal cuya no concurrencia fundamenta en este momento la desestimación del recurso. Sin costas.

FALLO



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

1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D. Borja representado y asistido por la letrada D^a. Nuria Cuadra Cabañas contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 685/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid , en autos nº 577/2012.
2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.
3. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.