



Roj: **STS 4227/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4227**

Id Cendoj: **28079140012018100934**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2018**

Nº de Recurso: **3902/2016**

Nº de Resolución: **985/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2763/2016,**
STS 4227/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **3902/2016**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 985/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Isaac representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistido por la letrada D.^a. M.^a. Juncal López Aranjuelo contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación nº 1738/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de San Sebastián, en autos nº 721/2015, seguidos a instancias de D. Isaac contra D. José, D. Landelino y el Fondo de garantía salarial sobre extinción de contrato, reclamación por daños y perjuicios y despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. José representado por la procuradora D.^a. Beatriz Verdasco Cediell y asistido por el letrado D. Mariano Bravo Moreno.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de mayo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 5 de San Sebastián, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:



"1.- Que debo estimar la demanda promovida por Isaac frente a Landelino , y declarando su despido como improcedente, condeno a la demandada a que opte en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entre la readmisión del demandante o el abono de la indemnización de 123.218,88 €, con pago, en el caso de que opte por la readmisión, de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia.

Asimismo, debo estimar la demanda promovida por el demandante frente a Landelino , condenando a el demandado a que abone al demandante la suma de 11.073,18, más el 10% de dicha suma desde la fecha del devengo de la misma.

2.- Se desestima las demandas de despido, resolución de contrato de trabajo y de reclamación de cantidad frente al demandado José .

3.- Se desestima la demanda reconventional formulada por José frente al demandante."

Con fecha 18 de mayo de 2016, se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"1.- SE ACUERDA aclarar la Sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 02/05/2016 en los siguientes extremos:

1º En el hecho probado 1º de la sentencia, indicar que el contrato de arrendamiento se suscribió por el representante de la propiedad Plácido .

2º En el hecho probado 2º aclarar que la expresión correcta de parte de ese hecho es como sigue: "...el cambio de titularidad del bar Vizcaya se realiza sin extinción de los contratos de trabajo de los operarios de la empresa...".

3º En el hecho probado 3º, a las cantidades adeudadas que allí se señalan se debe de añadir la correspondiente al mes de noviembre de 2015, por importe de 2.586,47 euros.

4º En el apartado 1º del fallo de la sentencia se aclara que se condena al demandado al abono de la cantidad de 13.659,65 euros, más el 10% de dicha suma desde la fecha de devengo de la misma."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El demandante viene prestando sus servicios desde el día 4 de agosto de 1984, primero para la empresa demandada ARTURO NARVAIZA OCHOA, y a partir de el 1 de diciembre de 2014 se ha producido un cambio en la titularidad de el negocio, al transmitir la empresa el Sr. José a Landelino . El demandante ostenta la categoría profesional de encargado general, y el salario regulador es a los efectos de este proceso de despido el de 2.908,35 € mes con la inclusión de la prorrata de pagas extras para el periodo comprendido entre el 1/7/2014 y el 30/6/2015, y el de 2.978,15 € mes para el periodo a partir de el 1/7/2015.

Consta en las actuaciones la resolución de el contrato de arrendamiento de fecha 30/11/2014 referente al inmueble debajo de el PASEO000 nº NUM000 , suscrito entre el representante de la propiedad Carlos Miguel y el demandado José , así como el contrato de cesión de mercancías y asunción de obligaciones suscrito entre Landelino y José en fecha 1/12/2014, así como el contrato de arrendamiento de garaje y trasteros de el denominado local suscrito entre las mismas partes.

SEGUNDO.- Consta asimismo en las actuaciones, comunicación de fecha 15/11/2014 en la que el demandado José indica a el demandante que con fecha 1 de diciembre de 2014 se va a proceder a el cambio de titularidad de la empresa siendo el nuevo titular de esta Landelino , y que el cambio de la titularidad de el Bar Vizcaya se realiza son extinción de los contratos de trabajo de los operarios de la empresa, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social que el trabajador tenia con la empresa, conservando sus actuales condiciones de trabajo, su categoría profesional, antigüedad y salario. Esta sucesión empresarial no es controvertida entre las partes.

TERCERO.- El codemandado José no adeuda al demandante ninguna cantidad correspondiente a el ejercicio de el año 2014. El codemandado Landelino adeuda a el demandante, correspondientes a el año 2015, las siguientes cantidades:

Paga de verano 2105 1.600,08 €

Salario de septiembre 2015 2.586,47 €

salario de octubre de 2015 2.586,47 €

diferencias salariales de junio de 2015 346,68 €

diferencias salariales de julio y agosto de 2015 121,24 €



días festivos no disfrutados, 11 días por 106,72 € 1.173,92 €

salario de 1 a 5 de diciembre de 2015 431,08 €

paga de navidad de 2015 2.227,24 €

Importe total 11.073,18 €

CUARTO.- El demandante formula demanda en materia de extinción de el contrato de trabajo al amparo de el art. 50 del ET por salarios y diferencias salariales pendientes de pago, así como sucesivos retrasos en el pago de los salarios de el 2015 que se indican en el hecho 4º de su demanda, cuyo contenido es rectificado en el acto de el juicio, mediante la aportación de un documento en el que se recoge el retraso de forma diferente según el demandante. El demandante solicita por la extinción de su contrato de trabajo la indemnización prevista el art. 56 de el ET, así como el abono de una indemnización adicional de daños y perjuicios en la cantidad de 10.000 € en esta demanda de resolución de el contrato de trabajo el demandante dirige su demanda frente a las dos demandados José y frente a Landelino . Esta demanda ha originado la tramitación de los autos 721/2015 seguidos en este Juzgado de lo Social 5.

QUINTO.- El 5/12/2014 el demandado Landelino remite a el trabajador carta de despido disciplinario por las causas que allí se recogen, y que se deben de dar aquí por reproducidas, impugnando el demandante este despido mediante esta demanda, que se comenzó a tramitar en el Juzgado de lo Social 4 de Donostia, que se ha acumulado a el proceso de extinción de el contrato seguido en el Juzgado social 5. En la demanda se postula con carácter principal la nulidad del despido, y de forma subsidiaria la declaración de improcedencia de el mismo, con las consecuencias legales previstas en el art. 56 ET, y se solicita también la condena a la indemnización adicional de 10.000 € por daños y perjuicios.

SEXTO.- El demandante no ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Isaac formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 27 de septiembre de 2016, en la que consta el siguiente fallo:

"Que estimamos en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Isaac , frente a la Sentencia de 2 de Mayo de 2016 del Juzgado de lo Social nº 5 de Donostia, en autos nº 721/15, revocando la misma en el sentido de estimar parcialmente la demanda dirigida por D. Isaac frente a las empresas José y Landelino y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, declarando la extinción de su contrato de trabajo por incumplimiento empresarial, con derecho al percibo de la indemnización de 123.218,88 euros, más los salarios dejados de percibir desde el 5 de diciembre de 2015 hasta el 2 de mayo de 2016, condenando a su abono a la empresa NORBERTO ALEJANDRO ESPINOSA PANTAROTTO, absolviendo a José y declarando la obligación del FOGASA de estar y pasar por esta declaración y sus consecuencias legales."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la representación procesal de D. Isaac 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 esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 6 de abril de 2016, rcud. 3645/2014 para el primer motivo del recurso; con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del Principado de Asturias de fecha 6 de junio de 2014, rec. suplicación 1096/2014 para el segundo motivo, y la dictada por esta Sala de lo Social del TS, de fecha 17 de febrero de 2014, rcud. 444/2013 para el tercer motivo del recurso.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 20 de noviembre de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea consiste en determinar : a) Si a efectos de determinar el importe de los salarios dejados de percibir ha de tenerse en cuenta como límite la fecha de la sentencia, o la del auto de aclaración que en su caso se dicte en relación a aquella; b) Si la existencia de un contrato de arrendamiento de negocio entre dos empresarios, permaneciendo el trabajador vinculado con el segundo, implica en todo caso la responsabilidad solidaria de ambos en la exigencia de responsabilidades por incumplimiento de sus obligaciones laborales por parte exclusivamente del arrendatario; c) y por último, si cabe en suplicación rechazar la revisión del relato de hechos probados si la Sala los considera intrascendentes.



Se recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 27 de septiembre de 2016, (Rec. Supl. 1738/2016), que estimó en parte el recurso del trabajador, y revocó la sentencia de instancia en el sentido de estimar parcialmente la demanda dirigida frente a las empresas Arturo Narvaiza Ochoa y Norberto Alejandro Espinosa Pantarotto, y declaró la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial, con derecho al percibo de la indemnización de 123.218,88 euros, más los salarios dejados de percibir desde el 5 de diciembre de 2015 hasta el 2 de mayo de 2016, condenando a su abono a la empresa Norberto Alejandro Espinosa Pantarotto y absolviendo a José .

2.- La sentencia de instancia había estimado la demanda del trabajador frente a Landelino , y declaró improcedente el despido, condenando a la demandada a optar entre la readmisión del demandante o el abono de la indemnización de 123.218,88 euros, y asimismo, estimó la demanda frente Landelino condenando al demandado a que abone al demandante la suma de 11.073,18 € más el 10% de dicha suma desde la fecha del devengo de la misma. Se desestiman las demandas de despido, resolución de contrato de trabajo y de reclamación de cantidad frente al demandado José y la reconventional formulada por José frente al demandante.

Constan acreditados los siguientes datos de interés: a) El demandante prestaba servicios desde agosto de 1984, primero para la empresa Arturo Narvaiza Ochoa, y a partir del 1 de diciembre de 2014 por cambio en la titularidad de el negocio, del Sr. José al Sr. Landelino , para este último. La categoría del demandante es la de encargado general; b) El 30 de noviembre de 2014 se resolvió el contrato de arrendamiento del inmueble en el que se desarrollaba el negocio (Bar Vizcaya) suscrito entre su propietario y el demandado Sr. José , celebrándose también un contrato de cesión de mercancías y asunción de obligaciones entre el Sr. Landelino y el Sr. José , el 1 de diciembre de 2014 y contrato de arrendamiento de garaje y trasteros entre las mismas partes. El 15 de noviembre de 2014 el demandado Sr. José comunicó al demandante que el 1 de diciembre siguiente cambiaba la titularidad a favor de Landelino y que el nuevo empresario se subrogaba en la posición del anterior; c) La licencia del establecimiento ha seguido constando a nombre del Sr. José hasta el 29 de diciembre de 2015 en que solicitaron el cambio en el Ayuntamiento. El codemandado Sr. José no adeuda al demandante ninguna cantidad correspondiente a el ejercicio de el año 2014; se adeudan al demandante cantidades correspondientes a la paga de verano de 2015, salarios de septiembre, octubre, noviembre y 5 días de diciembre de 2015, así como la paga de navidad de ese año, 11 días festivos no disfrutados, por un importe total de 13.659,65 euros y se alegan retrasos en el abono de salario no superiores a los 9 a 11 días; d) El 5 de diciembre de 2015 el demandado Sr. Landelino , remite al trabajador carta de despido disciplinario, impugnando el demandante este despido mediante demanda que se ha acumulado a este proceso.

3.- Formulado recurso de suplicación por el trabajador, la Sala de lo Social del TSJ País Vasco lo estima en parte, declarando la extinción de su contrato y su derecho a percibir la correspondiente indemnización, y en cuanto a momento final de devengo de salarios de tramitación, manifiesta que procede estimar la pretensión de abono de los salarios hasta la fecha de la sentencia, porque el despido del 5 de diciembre de 2015 se declaró improcedente y al no constar en las actuaciones que la empresa hubiera ejercitado en plazo su opción por la indemnización, se entiende que optó por la readmisión, extendiéndose los salarios desde el 5 de diciembre de 2015 hasta la sentencia de instancia, de 2 de mayo de 2016 , por haberlo pedido así la parte actora, pero no, aunque también lo solicitó, hasta la fecha del auto de aclaración, porque nada tenía que ver lo aclarado con este extremo.

En cuanto a la solicitud de responsabilidad solidaria de ambos demandados, la Sala rechaza dicha pretensión, porque consta la existencia de un contrato de arrendamiento de local de negocio entre los dos demandados, así como la subrogación del arrendatario en la posición empresarial del anterior, desplegándose entre el nuevo titular del negocio y el demandante una relación laboral normal, siendo él quien recibía el trabajo del actor y quien lo remuneraba. A estos efectos no estima la Sala relevante que no se hubiera procedido al cambio formal de titularidad de la licencia de explotación del negocio ante el Ayuntamiento, pues ello ninguna relación guarda con el desenvolvimiento de la relación laboral y tampoco se desprende de los hechos ninguna maniobra o estrategia tendente a evitar responsabilidades del anterior titular.

La Sala de suplicación desestima asimismo la pretensión del actor, que en su recurso de suplicación postulaba la adición de un hecho probado (segundo bis), por considerar que dicha pretensión de adición se basaba esencialmente en una prueba de interrogatorio, que no es hábil a estos efectos, y que incide en una cuestión que no había sido planteada en la demanda. Por otra parte, en cuanto a los documentos invocados, consta la referencia al contrato de arrendamiento del local, y respecto a los ingresos realizados por el Sr. José en su propia cuenta corriente, éstos no acreditan que sean los únicos pagos, pudiendo haberse hecho pagos por otros medios.

4.- Por el demandante se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra la referida sentencia, articulando tres motivos de recurso en los términos que se dirá.



El recurso es impugnado por la representación de D. José , que interesa se declare la inexistencia de contradicción respecto a los motivos segundo y tercero del recurso, y se le absuelva de cualquier responsabilidad.

El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación del motivo primero del recurso formulado por el demandante, y la desestimación de los motivos segundo y tercero por estimar que concurre causa de inadmisión.

SEGUNDO.- 1.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Así lo manifiestan numerosas sentencias, como las de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. En este sentido, entre otras muchas, puede verse las SSTS de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015).

2.- En el caso, recurre el demandante en casación para la unificación de doctrina, articulando tres motivos de recurso que coinciden con tres pretensiones ya formuladas en su recurso de suplicación:

A.- El primer motivo de recurso alude al período de devengo de salarios de tramitación, que el recurrente pretende que debió extenderse hasta la notificación del auto aclaratorio de la sentencia de instancia. Se designa como sentencia de contraste para este motivo, la de esta Sala Cuarta/TS, de 6 de abril de 2016 (rcud. 3645/2014), que estimó el recurso de los trabajadores y revocó la sentencia de suplicación.

La sentencia de contraste resume la cuestión que se plantea ante la Sala, que se contrae a decidir si el número de días a calificar como salarios de trámite son estrictamente los devengados por días transcurridos hasta la notificación de la sentencia o si deben incluir los comprendidos hasta la notificación del Auto de Aclaración. Concluye la referencial transcribiendo la argumentación de la sentencia aportada allí de contraste, en la que se concluía que el legislador ha fijado como fecha final para el cobro de los salarios de tramitación no la de la efectiva readmisión o indemnización sino la de la notificación de la sentencia y que esa determinación legal no tenía el propósito de distinguir entre la notificación de la sentencia y la del auto de aclaración de la misma que, en puridad, debe formar parte inescindible de ella a todos los efectos.

Respecto a este motivo primero de recurso, ha de estimarse que concurre la contradicción requerida por el art. 219 LRJS, puesto que en lo se atiene a la cuestión estricta del establecimiento del momento final de devengo de salarios de tramitación en aquellos casos en los que se dicta un auto de aclaración, puesto que la sentencia de contraste concluye que existiendo auto de aclaración es la fecha de su notificación la que debe marcar el final de dicho devengo, y sin embargo en la sentencia recurrida, la Sala consideró en aquel caso que los salarios de tramitación debían extenderse hasta la fecha de la sentencia de instancia, por haberlo pedido así la parte actora, pero no, aunque también lo solicitó, hasta la fecha del auto de aclaración, porque nada tenía que ver lo aclarado con este extremo. Por otra parte, la sentencia de contraste reitera doctrina sobre la extensión del abono de los salarios de tramitación hasta la fecha de la notificación del auto de aclaración, en lugar de los estrictamente devengados por días transcurridos hasta la notificación de la sentencia.

B.- El segundo motivo de recurso se refiere a la extensión de la responsabilidad solidaria a ambos demandados que postulaba la parte. La sentencia designada de contraste en este caso es la de la Sala de lo Social del TSJ del Principado de Asturias, de 6 de junio de 2014 (Rec. Supl. 1096/2014), que estimó el recurso de suplicación que interponía la parte actora y resolviendo la demanda de despido que allí se planteaba revocó el pronunciamiento de instancia estimando la demanda y declarando el despido improcedente, condenando a optar a la empresa Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA, respondiendo solidariamente la empresa Madecar SL, tanto de la indemnización como del abono de los salarios de tramitación.

En el caso de la referencial, en 1988 la empresa Manuel Parrondo y la mercantil Campsa suscribieron un contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento cuyo objeto era la cesión de la explotación de una estación de servicio, con una duración pactada de 25 años, y en la que se subrogaron en la



posición de la arrendadora Repsol Comercial de Productos Petrolíferos y en la del arrendatario Madecar S.L. El contrato se extinguió en enero de 2013, cesando Repsol Comercial de Productos Petrolíferos de suministrar carburante a la estación. Madecar comunicó a Repsol que vista su negativa a renovar o prorrogar el contrato, se veía obligada a cesar en la actividad y al cierre de la explotación, y al trabajador su despido por causas económicas, organizativas y productivas.

La referencial argumenta en este caso que se ha acudido a las previsiones del despido objetivo como norma de cobertura para evitar la aplicación de la norma de sucesión de empresa, para evitar las consecuencias laborales de una transmisión, constituyendo ello un supuesto de fraude de ley a pesar de que la gasolinera hubiere dejado de expender carburantes cuando se produjo el despido, porque tal circunstancia había venido propiciada por la negativa de Repsol de continuar con el suministro de carburante y su voluntad de no subrogarse en los contratos de los trabajadores que prestaban servicios en la estación de servicio. La arrendataria acudió a la fórmula del despido objetivo con el fin de evitar la penalización derivada de la aplicación de la cláusula quinta del contrato -que imponía al arrendatario la cancelación de las relaciones laborales existentes al tiempo de la extinción del contrato-, cláusula que la referencial considera fraudulenta, y por ello nula, por lo que finalmente no puede impedir la aplicación del art.44 ET al tratarse de una unidad económica autónoma susceptible de ser explotada económicamente; conduciendo todo ello a la declaración de responsabilidad de las dos empresas directamente implicadas en la transmisión del centro de trabajo con infracción de las previsiones contenidas en aquel precepto legal.

Entre las sentencias ahora comparadas, no puede apreciarse contradicción para este segundo motivo de recurso, siendo evidentes las diferencias entre los dos supuestos enjuiciados: en el caso de la sentencia de contraste un contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, cuya extinción es en definitiva la que provoca la extinción de la relación laboral, y en el caso de la sentencia recurrida un contrato de arrendamiento de inmueble, en el que se desarrollaba un negocio de bar, con cesión de mercancías y asunción de obligaciones, y arrendamiento de garaje y trasteros, sin que en este caso prosperara la pretensión de la parte actora, de considerar al arrendatario como un "hombre de paja" del anterior titular.

C.- El tercer motivo viene referido a la denegación de revisión de hechos probados que hace la Sala de suplicación en la sentencia recurrida, por considerar los mismos intrascendentes. La sentencia de contraste citada para este tercer motivo de recurso, es la de esta Sala Cuarta/TS, de 17 de febrero de 2014 (rcud. 444/2013).

En la referida sentencia referencial, se trataba de determinar la fecha a tomar en consideración como inicio y reanudación de la prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, mediando declaración administrativa de incapacidad permanente total, ejercicio de acción penal, sentencia de la Audiencia Provincial y auto de cuantía máxima desestimatorio. Esta Sala IV/TS señala que dicho plazo se inicia con la declaración de la incapacidad permanente total, se interrumpe por el ejercicio de la acción penal y no se reinicia tras la notificación de la sentencia definitiva de la Audiencia Provincial, si posteriormente se insta auto de cuantía máxima, caso en el que la reanudación tiene lugar con el auto que deniega el título ejecutivo. Nada consta en dicha resolución sobre modificaciones fácticas.

De acuerdo con el artículo 224.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social el escrito de interposición del recurso deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del artículo 221, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219. Este requisito exige una comparación de los hechos de las sentencias, el objeto de las pretensiones y de los fundamentos, a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas. Así lo ha venido exigiendo esta Sala en multitud de sentencias, entre las más recientes, de 18/02/2013 (R. 1078/2012), 13/03/2013 (R. 4346/2011), 15/04/2013 (R. 772/2012), 16/04/2013 (R. 1331/2012), 16/04/2013 (R. 2203/2011), 23/04/2013 (R. 622/2012), 13/05/2013 (R. 4432/2010), 25/06/2013 (R. 2408/2012), 16/10/2013 (R. 2736/2012), 25/11/2013 (R. 2797/2012), 21/01/2014 (R. 1045/2013), 24/06/2014 (R. 1200/13).

La finalidad y fundamento de esta exigencia de análisis pormenorizado o relación precisa o circunstanciada de la contradicción alegada es la garantía de defensa procesal de la parte recurrida, de suerte que ésta pueda apreciar con claridad los términos de un debate que dista mucho de ser simple, al consistir en la comparación de sentencias en la integridad de sus elementos. El análisis o argumento de contradicción ha de consistir, no ya y no sólo en un examen de las doctrinas en que se apoyan las sentencias comparadas, lo que podría corresponder también a la argumentación de infracción legal, sino, sobre todo, de una comparación de las controversias concretas objeto de enjuiciamiento. La comparación de las controversias comporta



normalmente un examen individualizado y pormenorizado de los hechos, los fundamentos, pretensiones y decisiones de las sentencias comparadas, dependiendo el detalle exigible de la argumentación del grado de complejidad y casuismo de la cuestión planteada. El análisis de la contradicción de sentencias exige, en su caso, expresar por qué no son relevantes para el correspondiente juicio de contradicción aquellas diferencias entre las sentencias comparadas que en una primera aproximación puedan plantear dudas sobre la concurrencia de este requisito. Así lo ha venido entendiendo esta Sala, entre otras, por citar las más recientes, en SSTS de 24/09/2012 (R. 3643/2011), 25/11/2013 (R. 2797/2012), 24/02/2014 (R. 732/2013).

De otra parte, según el artículo 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para interponer el recurso, siendo criterio doctrinal en tal sentido que el incumplimiento de la exigencia prevista en el art. 224.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social constituye un defecto insubsanable [SSTS, entre otras, de 28/06/06 (R. 793/2005), 21/07/2009 (R. 1926/2008), 16/09/2013 (R. 1636/2012)].

Tal requisito no se cumple en el presente motivo de recurso, pues la parte, se limita a transcribir una parte del fundamento jurídico segundo de la referencial, sin hacer el más mínimo análisis de contradicción entre los dos supuestos de hecho, y refiriéndose ya toda la argumentación a su concreto objetivo revisorio, con referencia a otras sentencias distintas de la de contraste.

La Sala ha señalado con reiteración que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba [SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013)] pues es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta [SSTS de 01/06/10 (R. 1550/2009), 14/10/10 (R. 1787/2009), 06/10/10 (R. 3781/2009), 15/10/10 (R. 1820/2009), 31/01/11 (R. 855/2009), 18/07/11 (R. 2049/2010), 05/12/11 (R. 905/2011)], como sobre los criterios legales en materia de presunción judicial [SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 26/11/2013 (R. 2471/2011), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013), 17/06/2014 (R. 1057/2013)].

La finalidad de este recurso es "evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia; quebranto que no se produce cuando el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos, que -acertada o no- no puede corregirse a través de este recurso" [SSTS de 12/03/2013 (R. 1531/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/12)].

En consecuencia, ha de estimarse que este motivo carece del contenido casacional necesario, pues lo único que se pretende por el recurrente es la resolución favorable a sus intereses en virtud de una nueva valoración de la prueba, a fin de que se acojan los hechos que propone, obviando los que han sido acogidos por la sentencia recurrida.

Además, tampoco puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, porque ninguna identidad es posible apreciar sobre cuestiones relativas a la modificación de hechos en sede de suplicación cuando la sentencia de contraste ningún pronunciamiento contiene sobre dicha cuestión, ni, consecuentemente, doctrina sobre la misma.

En todo caso, la estimación o desestimación de los motivos de un recurso de suplicación, en que se pretende la revisión de los hechos declarados probados en la resolución de instancia, con base en el art. 193.1 LRJS [antes 191-b) LPL], depende de los hechos que se pretenden rectificar o adicionar y de los específicos documentos o pericias en que tal revisión se apoye, así como el vigor probatorio de estos en relación con esos hechos (sin que sea admisible la prueba testifical). Por ello, es sumamente difícil que se produzca contradicción entre sentencias sobre este punto o cuestión; siendo indiscutible que cuando no hay proximidad de ningún tipo entre tales hechos, ni entre los medios probatorios de las respectivas revisiones no puede apreciarse, en absoluto, la concurrencia de contradicción (Autos de 15-6-2015 (R. 45/2015) y 27-4-2011 (2178/2010)].

TERCERO.- En definitiva, procede entrar en el examen del motivo primero de recurso, único respecto al que se ha admitido el recurso.

Se articula el primero motivo de recurso al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS, denunciando la infracción del art. 214.2 LEC y doctrina jurisprudencial.

Ha de estimarse que la buena doctrina se contiene en la sentencia referencial, que reitera la doctrina establecida en la anterior de esta Sala IV/TS de 4 de noviembre de 2010 (rcud. 1261/2009), que señala:



"La cuestión que se nos plantea debe resolverse optando bien por una interpretación literal del artículo 56.1,b), que dice "hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia" o bien por una interpretación sistemática, para determinar el lugar que, jurídicamente hablando, corresponde asignar al Auto de aclaración de la sentencia, y teleológica, que atienda a la finalidad de la norma interpretada.

Es obvio que, en una interpretación literal, la sentencia de contraste -y por ende el recurso- acertaría al afirmar, con carácter general y sin dar opción a excepción alguna, que la aclaración de una sentencia "no puede dar lugar a una ampliación de los salarios de tramitación". Por el contrario, una interpretación sistemática sobre el valor jurídico del Auto aclaratorio, como la que hace la sentencia recurrida es, a juicio de esta Sala, preferible. En efecto, el Auto de aclaración de una sentencia no es más que una prolongación de la misma, la subsanación de una omisión o de un defecto de expresión o de un error material, y por ello forma unidad indisoluble con la sentencia que aclara, la cual no puede considerarse, en puridad, correctamente emitida hasta que dicha aclaración ha sido satisfecha. Por ello la regla general debe ser precisamente la que contiene la sentencia recurrida, a saber, que los salarios de tramitación deben extenderse hasta la notificación del Auto aclaratorio de la sentencia. Y ello puede ocurrir incluso si la aclaración es denegada, siempre que no se haya demandado la misma con voluntad dilatoria, es decir, que no concurra un fraude procesal, lo que constituiría una justificada excepción, entre otras posibles, a la citada regla general. Acierta, pues, la sentencia recurrida cuando, refiriéndose a preceptos de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil que encuentran su trasunto en la vigente (Ley 7 de enero de 2000), afirma:

"En el presente caso, por lo que respecta a si concurre o no el supuesto determinante del nacimiento de la obligación del Estado de abonar los salarios reclamados, se ha de responder afirmativamente en cuanto que la fecha final que debe ser considerada es la del auto de aclaración y no la data de la sentencia. Téngase presente que tal y como señalaba el Auto del Tribunal Supremo de 7.1.2000 el artículo 407 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que "en los casos en que se pida aclaración de una sentencia conforme a lo prevenido en el art. 363, el término para interponer el recurso que proceda contra la misma Sentencia se contará desde la notificación del auto en que se haga o deniegue la aclaración". Y dicho auto, además, se hacía eco de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 32/1996 cuando decía: "... el Auto de aclaración -o rectificación- que se regula en el art. 267 LOPJ está llamado a integrarse en la resolución originaria con la que se viene a formar un todo, hasta el punto de que los plazos para recurrirla se computan precisamente desde la notificación del Auto de aclaración - y hoy de rectificación- (art. 407 LECiv). La doctrina constitucional viene destacando, en esta línea, la naturaleza "puramente accesoria" del Auto de aclaración (STC 142/1992)..." (en la misma línea, las SSTC 38/1990, 73/1991 y 31/1992 . De otro lado, no puede calificarse de extemporánea tal alegación por el hecho de que la parte demandante no lo hubiera aducido hasta el acto del juicio y no en su demanda puesto que no se trata de un dato fáctico sino de la aplicación de preceptos legales a partir de datos incontrovertidos, cuales son las fechas en que se sucedieron las actuaciones procesales relevantes a los presentes efectos".

(...) Dicha interpretación sistemática se refuerza con la teleológica. Los llamados salarios de tramitación no son sino una indemnización complementaria que compensa la pérdida de ganancia del trabajador injustamente despedido hasta que el mismo es readmitido o recibe la indemnización principal y por ello solamente se disminuyen, o se suspenden, cuando el trabajador encuentra un puesto de trabajo distinto o cuando empieza a cobrar la prestación de desempleo. Sin embargo, para evitar un alargamiento excesivo en los casos de insolvencia o de desaparición del empresario, el legislador ha fijado como fecha final para el cobro de esos salarios de tramitación no la de la efectiva readmisión o indemnización sino la de la notificación de la sentencia; pero esa determinación legal no tenía el propósito de distinguir entre notificación de la sentencia y notificación del auto aclaratorio de la misma que, en puridad, debe formar parte inescindible de ella a todos los efectos."

Doctrina que, sin perjuicio del cambio normativo producido desde la fecha de la referencial hasta el enjuiciamiento del presente, entre otros en el propio contenido del art. 56 ET, ha de aplicarse al supuesto enjuiciado, y en concreto al motivo primero del recurso -único que se examina-, por cuanto la cuestión que aquí se plantea no es otra, como queda dicho, que la de resolver si a efectos de determinar el importe de los salarios dejados de percibir (o salarios de tramitación), han de computarse éstos hasta la fecha de la sentencia que declara la extinción contractual, o hasta la notificación del auto de aclaración de la misma, y la solución no puede ser otra que esta última, puesto que la aclaración de la sentencia forma parte inescindible de la misma, fijando y/o sellando su contenido.

CUARTO.- Por cuanto antecede, y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación en parte (respecto al motivo primero) del recurso de casación para la unificación de doctrina, revocando en parte la sentencia recurrida, en el único sentido de fijar los salarios dejados de percibir desde el 5 de diciembre de 2015 hasta la fecha de la notificación del auto de aclaración de la sentencia de instancia de 18 de mayo de



2016, manteniendo inalterados los restantes pronunciamientos que contiene. Sin pronunciamiento sobre las costas (art. 235 LRJS).

FALLO

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

1º.- Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Dña. M^a Juncal López Aranjuelo, en nombre y representación de D. Isaac , frente a la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación número 1738/2016, interpuesto por el mismo frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de San Sebastián, en autos 721/2015, seguidos a instancia de D. Isaac , contra D. José , D. Landelino y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre Extinción de contrato, reclamación por daños y perjuicios y Despido.

2º.- Casar y revocar en parte dicha resolución, en el único sentido de fijar los salarios dejados de percibir desde el 5 de diciembre de 2015 hasta la fecha de la notificación del auto de aclaración de la sentencia de instancia de 18 de mayo de 2016, manteniendo inalterados los restantes pronunciamientos que contiene.

3º.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.