

Núm. 8/2016

Cálculo de la indemnización por despido improcedente para trabajadores con antigüedad anterior al 12 de febrero de 2012

Barcelona, 7 de abril de 2016

El [Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la posterior [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modificaron el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores en lo referente al despido improcedente. La disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 de 6 de julio, que ahora es la disposición transitoria undécima del Real Decreto legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a las "indemnizaciones por despido improcedente".

A continuación se realiza un análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2016, que resolvió el recurso de casación para la unificación de doctrina, en relación al cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente para trabajadores con antigüedad anterior al 12 de febrero de 2012, aplicando la DT 5ª de la Ley 2/2012, por la que se procede a clarificar y concordar dos sentencias anteriores con interpretaciones contradictorias al respecto (STS 29 septiembre 2014 rec. 3065/2013 y STS 2 de febrero de 2016 rec. 1624/2014). [Circular 1/2015](#)

Asimismo, se acompaña la sentencia en cuestión, la cual ha sido obtenida de conformidad con la licencia del Centro de Documentación Judicial.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016

La sentencia tiene por objeto determinar la indemnización por despido improcedente, aplicando la Disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012. La cuestión debatida en esta sentencia posee varias vertientes:

- La primera se refiere a la extinción de los contratos de interinidad por vacante en la Administración Pública.
- La segunda, al cálculo de la antigüedad a los efectos de la indemnización por despido improcedente.
- La tercera, al modo de hallar el importe indemnizatorio cuando entran en juego las previsiones transitorias respecto de contrataciones anteriores al 2012.

Respecto a la tercera cuestión, referida al cálculo de la indemnización, es sobre la que vamos a centrar nuestro análisis, ya que se trata del tema realmente debatido por el Tribunal Supremo.

En primer lugar, es necesario recordar que la Disposición transitoria quinta del Real Decreto 3/2012 en su apartado dos, establece que *"La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso."*

En consecuencia, la cuantía de 45 días de salario por año de servicio pasó a ser de 33 días de salario por año prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de 24 mensualidades (antes 42), estableciéndose un régimen transitorio para su aplicación.

A efectos prácticos, tenemos que:

- Si la formalización del contrato de trabajo se realizó del 12 de febrero de 2012 en adelante, el cálculo de la indemnización se realizará a razón de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades.
- Respecto de los contratos formalizados antes de 12 de febrero de 2012, el cálculo indemnizatorio se hace en dos tramos:
 - Por el tiempo de prestación de servicios anterior al 12 de febrero de 2012, el cálculo se hace a razón de 45 días de salario por año de servicio, y;
 - Por el tiempo de prestación de servicios posterior al 12 de febrero de 2012, el cálculo se hace a razón de 33 días de salario por año de servicio.

En la sentencia de 29 de septiembre de 2015, el Tribunal Supremo entendió que cuando en el primer tramo se superan los 720 días de indemnización sin llegar a 42 mensualidades (1260 días), se ha de adicionar el cálculo del segundo tramo a razón de 33 días por año de servicio, limitando la suma de ambos tramos a 42 mensualidades.

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2016, resolvió advirtiendo que el importe indemnizatorio por el período de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a 42 mensualidades en ningún caso, con independencia de que posteriormente se hayan prestado servicios.

Finalmente, la Sentencia de 18 de febrero de 2016 viene a clarificar la doctrina del Tribunal Supremo en base a las sentencias anteriormente mencionadas. El Alto Tribunal considera que el alcance adecuado de la aplicación de la DT 5ª, es el siguiente:

- La citada Disposición Transitoria solo se aplica a los supuestos en que el contrato se ha celebrado con anterioridad a 12 de febrero de 2012.
- Cuando se toman en cuenta períodos de servicios anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012, "el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario". Dicho de otro modo, si a 12 de febrero de 2012 no se ha alcanzado los 720 días indemnizatorios, siguen devengando indemnización por el posterior período, y el tope de 720 días opera para el importe global derivado de ambos períodos.
- De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el período anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior. Por aplicación de lo que prescribe la norma que *"se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso"*.
- Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes del 12 de febrero de 2012, hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado a esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.
- El cálculo de cada período, es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año.

En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012, establece una regla general para el cálculo de la indemnización por despido improcedente cuando el contrato de trabajo se haya formalizado antes del 12 de febrero de 2012: *"El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario"* así como, una excepción a la regla general en caso que *"del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso."*

En conclusión, si en el primer tramo no se alcanza el tope de 720 días de salario, se suman ambos tramos hasta llegar a dicho tope, mientras que, si la indemnización correspondiente al primer tramo es igual o superior a 720 días de salario, la indemnización de este primer tramo es la definitiva y no debe sumarse el segundo tramo.

Id. Cendoj: 28079140012016100070
ECLI: ES:TS:2016:893
ROJ: STS 893/2016
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 18/02/2016
Nº de Recurso: 3257/2014
Jurisdicción: Social
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Procedimiento: SOCIAL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

TEMA.- Indemnización por despido improcedente de indefinido no fijo, aplicando la DTr 5ª de la Ley 3/2012. PUNTOS DESTACADOS.- 1) Hechos probados que son erróneamente interpretados por la sentencia de suplicación. 2) Extinción del contrato de indefinido no fijo. Despido improcedente. 3) Indemnización a quien trabaja desde 1993: lo devengado en febrero de 2012 actúa como tope, por sobrepasar 720 días, aunque no se alcancen las 42 mensualidades. NOTA.- Clarifica y concuerda STS 29 septiembre 2014 (rec. 3065/2013) y STS 2 de febrero de 2016 (rec. 1624/2014).

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA DE GIRONA, representado y defendido por el Abogado de la Generalitat y D. Hermenegildo , representado y defendido por el Letrado Sr. Reynes I Gracian, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de junio de 2014 y del auto de aclaración de dicha sentencia de 23 de junio de 2014, en el recurso de suplicación nº 1315/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Girona , en los autos nº 368/2013, seguidos a instancia de D. Hermenegildo contra el DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA DE GIRONA, sobre despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro** , quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 8 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimo la demanda de impugnación de despido promovida por D. Hermenegildo contra el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña"

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- El demandante ha venido prestando servicios por cuenta del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña para la prestación de servicios de educador en el centro educativo Montilivi de Gerona mediante contrato de fomento de ocupación al amparo del RD 1989/84 entre el 1 de agosto y el 8 de octubre de 1992, del 23 al 25 de noviembre de 1992 por contrato de interinidad para la sustitución de D. Pedro , mediante contrato de fomento de ocupación al amparo del RD 1989/84 entre el 4 de enero de 1993 y el 3 de enero de 1994 y desde el 4 de enero de 1996 hasta el 24 de marzo de 2013 por medio de contrato para sustituir trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo código L006132 (no controvertido y documental obrante en folios 46 a 196). El salario del demandante a efectos de despido es de 109,24 euros brutos diarios en cómputo anual, con prorrateo de pagas extras (certificado de empresa obrante en folio 164).

2º.- Por acuerdo de Gobierno de 28 de agosto de 2012 fue acordada la amortización del puesto de trabajo que ocupaba el demandante con efectos de 24 de marzo de 2013 (no controvertido y folios 179 a 191). Fue presentada reclamación previa, que fue desestimada (no controvertido y folios 8 a 12).

3º.- La parte demandante no ostenta ni ha ostentado la representación individual o colectiva de los trabajadores (no controvertido)".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2014 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar como estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Hermenegildo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Girona de 8 de Noviembre de 2013 en autos 368/13 de aquel juzgado seguidos a instancia del recurrente frente al DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA y revocando la misma debemos declarar y declaramos improcedente el despido del actor acordado por la empresa demandada y, en consecuencia, condenamos al Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya a la inmediata readmisión del actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad a producirse el despido o a su elección a que le abone una indemnización de 74.386,87 euros pudiendo ejercitar su derecho de opción en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, y entendiéndose que opta por la readmisión en el supuesto de no ejercerlo".

Por el Letrado de D. Hermenegildo se presentó escrito de aclaración de sentencia que fue resuelto por auto de fecha 23 de junio de 2014, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Ha lugar a aclarar el fallo de la sentencia de 20 de junio de 2014 dictada en este rollo en el sentido de que la cantidad a satisfacer como indemnización por despido improcedente es la de 79.471,94 euros dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la referida resolución".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se interpusieron recursos de

casación para la unificación de doctrina a nombre del DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA DE GIRONA y D. Hermenegildo . Con fecha 15 de octubre de 2015 el Letrado de la Generalitat de Catalunya presentó escrito solicitando se tenga por desistido del recurso.

Por el Letrado Sr. Reynes I Gracian en representación de D. Hermenegildo , mediante escrito de 10 de octubre de 2014, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 56.1.b) del ET .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 7 de mayo de 2015 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 16 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión debatida posee varias vertientes. La primera se refiere al procedimiento para la extinción de los contratos de interinidad por vacante en la Administración Pública. La segunda, al cálculo de la antigüedad a los efectos de la indemnización por despido improcedente. La tercera, al modo de hallar el importe indemnizatorio cuando entran en juego las previsiones transitorias respecto de contrataciones anteriores a 2012.

1.Hechos litigiosos.

Puesto que fracasó la revisión intentada en suplicación, los hechos que hemos de tener en cuenta para la resolución del caso son los reflejados como tales por la sentencia de instancia y que ya han sido reproducidos más arriba. Basta, de momento, con realizar una síntesis de los mismos:

El trabajador ha venido prestando servicios para el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña desde el 01/08/1992, mediante diversos contratos temporales, hasta que fue extinguida la relación laboral por amortización de la plaza.

La sentencia de instancia reconoció al trabajador su condición de indefinido no fijo, pero desestimó la demanda de despido al considerar adecuada a Derecho la extinción operada.

2.La sentencia recurrida.

La sentencia de suplicación ahora impugnada estima el recurso del trabajador y revoca la resolución de instancia. Considera que, en el ámbito del empleo público, la extinción de los contratos de interinidad por vacante y de los indefinidos no fijos debe llevarse a cabo con arreglo a lo previsto en los arts. 51 y 52 ET ; al no haberse hecho así, declara el

despido improcedente, con las consecuencias legales derivadas de dicha declaración, ascendiendo la indemnización fijada a la cuantía de 74.386,87 ¤.

La empleadora solicitó aclaración de la sentencia a lo que la Sala accedió fijando la indemnización calculada desde el 04/01/1996 (fecha de celebración del último contrato) y con arreglo a la Disp. Tansit. 5ª Ley 3/2012, en 79.471,94 ¤.

3. El recurso de casación unificadora de la Administración empleadora.

El Abogado de la Generalidad de Cataluña, en representación de la Administración, recurre en casación unificadora e invoca como sentencia referencial la dictada por la Sala de Baleares el 18 de Febrero de 2014 (rec. 440/2016), que declara la validez de la extinción por amortización de la plaza de un trabajador indefinido no fijo que prestaba servicios en el Instituto Balear de la Juventud, sin necesidad de acudir al despido por causas objetivas contempladas en los arts. 51 , 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores

Resulta evidente que la sentencia recurrida es la que se adecua a la doctrina de la Sala establecida a partir de la STS 24/06/2014 (R. 217/2013), reiterada, entre otras, y en lo que a los trabajadores indefinidos no fijos se refiere, por las SSTS 08/07/2014 (R. 2693/2013) y 11/02/2015 (R. 840/2014), lo que determina que el recurso hubiera debido ser inadmitido por falta de contenido casacional.

Antes de que esta Sala realizara cualquier pronunciamiento acerca del referido recurso, mediante escrito de 7 de octubre de 2015, al amparo del artículo 450 LEC , el Abogado de la Administración demandada formalizó expresa renuncia al mismo. En concordancia con ello, mediante su Decreto de 19 de octubre de 2015 el Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala declaró desistido el recurso de casación para la unificación de doctrina.

4.El recurso de casación unificadora interpuesto por el trabajador.

A) El 10 de octubre de 2014 tuvo entrada en el registro del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el recurso de casación unificadora interpuesto por el trabajador.

Se aduce que la antigüedad para el cálculo de la indemnización es superior a la tenida en cuenta por la sentencia de suplicación. El recurso le reprocha que no ha tenido en cuenta que entre el penúltimo y el último contrato no hay solución de continuidad, alegando la existencia de un error material en los hechos probados, que fijan la fecha de extinción del contrato anterior en el día 03/01/1994, cuando en realidad fue el 03/01/1996, celebrándose el último contrato el día siguiente, el 04/01/1996.

B) De conformidad con lo previsto en el artículo 226.3 LRJS , el Ministerio Fiscal emitió su Informe el 9 de julio de 2015, considerando improcedente que esta Sala entrase a resolver una cuestión que no había sido debatida en suplicación.

5.Estructura de nuestra sentencia.

Queda expuesta la razón por la que solamente hayamos de examinar uno de los dos recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos en su día. Por ello, una vez clarificado el objeto litigioso en su actual configuración (Fundamento Primero) y a la vista de cuanto expone el Ministerio Fiscal pero también por tratarse de un presupuesto procesal del recurso de casación unificadora (art. 219.1 LRJS) habremos de prestar

atención detallada a la concurrencia de la preceptiva identidad entre las sentencias comparadas y a la eventual existencia de algún obstáculo que impida examinar la pretensión del trabajador recurrente, en particular el planteamiento de cuestión nueva (Fundamento Segundo).

Tras despejar esos obstáculos podremos entrar de lleno en la cuestión referida al cálculo de la indemnización, único tema realmente debatido ante esta Sala (Fundamento Tercero). Tras ello podrá darse final respuesta al recurso (Fundamento Cuarto).

SEGUNDO.- Sentencias contrastadas y debate suscitado.

1. Presupuesto y alcance del recurso de casación unificadora.

Son cuatro los temas que vamos a despejar con carácter preliminar, a fin de poder realizar posteriormente la remisión a ellos y así aligerar el razonamiento: 1) el modo en que ha de apreciarse la contradicción entre sentencias; 2) la necesidad de que lo debatido se haya planteado en suplicación; 3) la imposibilidad de revisar los hechos probados; 4) los márgenes de la solución a que lleguemos.

A) El artículo 219 LRJS 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", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

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, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

B) La Sala ha señalado, con reiteración, que el carácter extraordinario del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que la identidad de la controversia se establezca teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación, de suerte que todo motivo formulado en este recurso que no coincida con el recurso de suplicación constituye una cuestión nueva, dado que la identidad, a efectos de la contradicción exigida en el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se produce a partir de la controversia en suplicación, en cuanto el término de referencia en el juicio de contradicción "es una sentencia que al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente en el recurso de suplicación".

La identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en

que ésta ha sido planteada en suplicación, de suerte que la contradicción basada en una cuestión no suscitada en la sustanciación de la suplicación impide que dicha contradicción pueda ser apreciada, de modo que, en definitiva, nada hay que unificar, objeto de este recurso extraordinario, cuando no existen doctrinas contrapuestas, porque una de las sentencias comparadas no abordó el problema, SSTS 15/04/2013 (R. 772/2012), 16/04/2013 (R. 1331/2012), 21/07/2014 (R. 2099/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

C) Hemos de llamar la atención sobre la imposibilidad de que en casación unificadora se inste una revisión directa o indirecta de los hechos declarados probados. 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. 1057/13)].

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)].

D) Es cierto que la Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario (SSTS 03/06/94 -rcud 1881/93 -; [...] 17/12/07 -rcud 4661/06 -; y 23/12/08 -rcud 3199/07 -). Este Tribunal «no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida» (SSTS 29/09/03 -rcud 4775/02 -; 16/01/06 -rcud 670/05 -; y 07/07/06 -rcud 1077/05 -).

Pero cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada». Así se dice, por ejemplo, en SSTS 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013 , Pleno).

Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. «Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los

Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» (STC 172/1994, de 7/Junio , FJ 3).

2. La sentencia de contraste (STS 16 abril 1999, rec. 2779/1998).

A efectos de contraste se ha invocado la STS de 16 abril 1999 (rec. 2779/1998). Aborda un pleito por despido de trabajador al servicio de Correos y Telégrafos, estando centrada la discusión en el modo de calcularse la indemnización por despido improcedente. La sentencia de suplicación toma en cuenta el último de los contratos de la serie, pero la nuestra accede a la pretensión del trabajador para que se contabilice el tiempo de servicio de todos ellos, sean o no ajustados a Derecho.

Esta resolución recopila numerosos precedentes y sintetiza la evolución experimentada por la propia Sala. La doctrina que allí acogemos puede sintetizarse mediante la reproducción de un par de fragmentos de la propia sentencia:

Cuando a una declaración de despido improcedente han precedido varios contratos temporales, la indemnización legal de cuarenta y cinco días por año de servicios ha de calcularse tras una consideración conjunta y global de todos esos contratos, y no tras el análisis único del último concluido.

El tiempo de servicio a que se refiere el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (...) debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma.

Aquí estamos ante la injustificada terminación de un contrato que, también por irregularidades, asumió condición de temporalmente indeterminado o indefinido. Por lo que, la calificación de despido improcedente que de ello se sigue debe ser reparada con la indemnización que, con carácter general, establece la legislación vigente, o sea, cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, incluido el prestado bajo la cobertura de los diversos contratos temporales suscritos entre las partes.

3. La sentencia recurrida (STSJ Cataluña 20 junio 2014, rec. 1315/2014).

Recordemos que el Juzgado de lo Social había desestimado la demanda del trabajador y que éste formalizó recurso de suplicación. La STSJ Cataluña de 20 junio 2014 (rec. 1315/2014), ahora recurrida, reproduce los hechos declarados probados en la instancia y que más arriba quedaron transcritos; en ellos se observa la siguiente secuencia contractual:

Contrato de fomento del empleo (RD 1989/1984): del 1 de agosto al 8 de octubre de 1992.

Contrato de interinidad por sustitución: del 23 al 25 de noviembre de 1992.

Contrato de fomento del empleo (RD 1989/1984): del 4 de enero de 1993 al 3 de enero de 1994.

Contrato de sustitución a trabajadores con reserva del puesto: del 4 de enero de 1996 al 24 de marzo de 2013.

La STSJ acoge el criterio de que el trabajador poseía la condición de indefinido no fijo y

de que la extinción de su contrato había de seguir los trámites de los arts. 51 y 52.c ET , sin que bastara con amortizar la plaza desempeñada. Al no haberlo entendido así la sentencia del Juzgado procede a revocarla y a estimar el recurso "con las consecuencias legales inherentes a tal declaración". Sin razonamiento especial alguno, el fallo establece en 74.386,87 euros el importe de la indemnización que la Generalitat habría de satisfacer si no readmitiese al trabajador.

La empleadora condenada, con amparo en el artículo 267 LOPJ , interesó aclaración del importe indemnizatorio y la Sala catalana dictó el Auto de 23 de junio de 2014. Su parte dispositiva acuerda aclarar el fallo de la sentencia "en el sentido de que la cantidad a satisfacer como indemnización por despido improcedente es la de 79.471,94 euros dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la referida resolución".

La motivación del Auto indica que se actúa "teniendo en cuenta que la fecha inicial de prestación de servicios a efectos del cómputo indemnizatorio es la de 4 de enero de 1996".

4. Examen de la contradicción y de las controversias suscitadas.

A) La STS de 16 de abril de 1999 (rec. 2779/1998), como se ha visto, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador a los efectos de que la indemnización por despido improcedente fuera fijada desde el inicio de la relación laboral, coincidente con la fecha de celebración del primer contrato temporal. La sentencia considera que la contratación temporal fue fraudulenta y tiene en cuenta que los contratos temporales están encadenados sin solución de continuidad.

La sentencia recurrida también estima el recurso del trabajador y asume su pretensión básica (que la extinción contractual sea considerada improcedente). Mantiene el relato de hechos probados de la instancia y realiza su cálculo indemnizatorio tomando como base "la fecha inicial de prestación de servicios a efectos del cómputo indemnizatorio". Eso implica no contabilizar el periodo de servicios anterior, con la consiguiente minoración de la cuantía indemnizatoria.

B) El Informe del Fiscal subraya que la sentencia recurrida en ningún momento examinó la posibilidad del cómputo íntegro de los servicios prestados a través de la cadena de contratos, sino que simplemente se limitó a fijar la antigüedad en una fecha determinada, sin motivación alguna, atendiendo a los hechos probados de la sentencia de instancia. Esta circunstancia impide resolver ahora la cuestión así planteada, al no haberse pronunciado sobre la misma la sentencia recurrida.

C) Tiene razón en sus observaciones el Ministerio Fiscal. Lo que ha hecho la sentencia recurrida es aplicar la doctrina de la sentencia de contraste a los hechos declarados probados; hechos que pueden adolecer de errores, pero que no fueron combatidos a través del recurso de suplicación y que la Sala de Barcelona toma como presupuesto para fijar " *la fecha inicial de prestación de servicios a efectos del cómputo indemnizatorio* ". Entre el 3 de enero de 1994 y el 4 de enero de 1996 media un dilatado vacío y esa solución de continuidad hace que se roma la unidad del vínculo. Aunque el Auto aclaratorio omite cualquier explicación acerca del modo de calcular la indemnización, se trata de una interpretación verosímil y, desde luego, de un dato objetivo.

A los efectos del recurso de casación unificadora interpuesto, a lo que debemos ceñirnos, resulta relevante:

El trabajador no interesó del Juzgado la corrección de errores materiales acerca del periodo de prestación de servicios.

El trabajador no solicitó en su recurso de suplicación la corrección de los datos sobre la duración del contrato de trabajo suscrito en enero de 1993.

La Sala de suplicación resolvió sobre los hechos declarados probados.

El trabajador no instó aclaración de la favorable sentencia de suplicación que había obtenido (antes o después del Auto complementario).

El recurso de casación unificadora tampoco ha denunciado vicios internos de la sentencia recurrida (concediendo menos de lo pedido, albergando contradicciones, etc.).

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación (también excepcional en el caso de la unificadora) impide que construyamos los motivos del recurso o que la parte suscite cuestiones ausentes del debate de suplicación, o que revisemos los hechos declarados probados.

D) A pesar de todo lo anterior, el dato que la parte actora pretende hacer valer en este recurso extraordinario es cierto pues así se deduce de lo alegado en la demanda (hecho primero) y de la documental aportada (docs 5, 6 y 7) donde consta que celebró dos prórrogas del contrato firmado el 04/01/1993 con fecha de finalización del 03/01/1994 y prorrogado hasta el 03/01/1996, celebrando las partes un nuevo contrato el 04/01/1996. En consecuencia, es claro que se trata de un mero error material. Ahora bien, recordemos los límites que la casación impone respecto de la fijación de lo acaecido.

No es posible en unificación de doctrina rectificar los hechos declarados probados. Ahora bien, lo que sucede en este caso es que los mismos vienen formulados con evidente error y discordancia interna. Hasta aquí se ha venido razonando sobre los que aparecen así reflejados en el correspondiente apartado de la sentencia dictada por el Juzgado. Pero, en su Fundamento jurídico segundo, tal resolución declara al trabajador como indefinido no fijo precisamente teniendo en cuenta que "los contratos de 1 de agosto a 8 de octubre de 1992 y de 4 de enero de 1993 a 3 de enero de 1996 fueron celebrados con infracción del art. 5.2 DCT 1989/1984", indicando que la suma de ambos periodos tiene una duración de 3 años y 2 meses, y por tanto superior a la fijada en ese precepto, a la sazón aplicable.

La sentencia de suplicación parte precisamente del dato de que el trabajador es indefinido no fijo, sin cuestionarlo, por lo que el razonamiento que realiza el juez *a quo* en el Fundamento Segundo es una premisa que ha de ser considerada en su globalidad, y no sólo su argumentación jurídica. Aunque consignados en lugar inadecuado, los hechos en que se basa la fundamentación deben ser considerados como probados, de acuerdo con nuestra doctrina constante.

En consecuencia, por cuanto respecta a la existencia de la contradicción entre las sentencias, entendemos que la misma concurre puesto que en un caso no se tiene en cuenta la antigüedad desde el inicio de la relación y en el otro sí, siendo la sentencia de contraste la que alberga la doctrina de la Sala.

TERCERO.- Cálculo de la indemnización.

Puesto que los tres años de prestación de servicios (entre 1993 y 1996) al amparo de un contrato temporal deben contabilizarse a efectos de la indemnización por despido

improcedente, queda por despejar el modo de cuantificarla.

1.Elementos fácticos del cálculo.

Coherentemente con lo dispuesto respecto de la demanda (art. 104.a LRJS) el legislador exige que las sentencias por despido incorporen como hechos probados los datos sobre antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido (art. 107.a LRJS).

En nuestro caso, realizando la referida integración de los hechos probados con lo expuesto en la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado, y valorando la cadena de contrataciones, el resultado es el siguiente:

Hay que contabilizar como periodo de prestación de servicios el que media desde 4 de enero de 1993 hasta 24 de marzo de 2013.

El salario/día a efectos indemnizatorios es de 109,24 ¤.

2. La Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio .

A) El escueto razonamiento jurídico del Auto de aclaración dictado el 23 de julio de 2014, al calcular la indemnización de despido, se limita a exponer que resulta aplicable al caso lo previsto en la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012 . El texto de su número 2 es el siguiente:

"La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso".

B) No es fácil determinar el exacto alcance que posea esta norma intertemporal, dirigida a dulcificar la rebaja de la cuantía indemnizatoria que la Ley 3/2012 llevó a cabo (de 45 a 33 días por año; de 42 a 24 mensualidades como máximo).

En la STS 29 septiembre 2014 (rec. 3065/2013) realizamos una primera aproximación al tema, conforme a la cual si el día 12 de febrero de 2012 se hubieran superado los 720 días indemnizatorios (aplicando el módulo de 45 días por año) sería posible seguir devengando indemnizaciones (a razón de 33 días por año) hasta alcanzar el módulo de las 42 mensualidades.

Posteriormente, al resolver el recurso 1624/2014, en la STS de 2 de febrero de 2016 hemos advertido que el importe indemnizatorio por el período de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a cuarenta y dos mensualidades en ningún caso, con independencia de que posteriormente se hayan prestado servicios.

C) Sobre la base de las referidas sentencias, a la vista de los datos que el presente caso arroja, y con ánimo de clarificar nuestra doctrina, interesa que precisemos el alcance que consideramos adecuado a la citada Disposición Transitoria:

a) La Disposición Transitoria solo se aplica a los supuestos en que el contrato se ha celebrado con anterioridad a 12 de febrero de 2012; la fecha inicial de cómputo, en supuestos (como el presente) de unidad esencial del vínculo es claro que se retrotrae hasta el inicio del periodo computable.

b) Cuando, por aplicación de este precepto, se toman en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012 "el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario".

c) De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el periodo anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior.

d) En sentido contrario, la norma implica que si por el periodo de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad.

e) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.

f) Quienes a 12 de febrero de 2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el periodo posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos.

g) El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, "prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año" en los dos supuestos.

3.Cálculo de la indemnización en el presente caso.

A) En su recurso de casación unificadora, el trabajador interesa que se aplique la doctrina de la sentencia de contraste y "se reconozca la antigüedad del actor desde 4/01/1993 y se calcule la indemnización con arreglo a esta antigüedad, fijándose el importe de la indemnización, salvo error u omisión, en 89.134,27 º".

B) Por las razones expuestas más arriba, hay que atender la petición del trabajador y tomar como fecha inicial de prestación de sus servicios el día 4 de enero de 1993, es decir, tres años antes de la fecha indicada por el aludido Auto de aclaración.

C) Por ministerio de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012 (actual Transitoria Undécima del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, dimanante del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) deben diferenciarse dos periodos de prestación de servicios, actuando la fecha del 12 de febrero de 2012 como separadora.

Para el tiempo anterior a 12 de febrero de 2012 opera una indemnización de "45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año". Eso significa que debemos contabilizar diecinueve años y dos meses de actividad; el prorrateo por meses

desemboca en el devengo de 3,75 días indemnizatorios por cada mensualidad de servicios prestados ($45:12 = 3,75$).

Puesto que 19 años ($19 \times 12 = 228$) y dos meses equivalen a doscientas treinta mensualidades ($228 + 2 = 230$), el total de días indemnizatorios ($230 \times 3,75 = 862,5$) supera los 720 días indemnizatorios.

D) Ello significa que opera la excepción: la indemnización será de 862,5 días de salario. Prescribe la norma que " *se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso* ". Es evidente que esa cuantía máxima ($42 \times 30 = 1260$ días) está muy alejada de la devengada por el trabajador (862,5 días).

La transformación de esos días indemnizatorios (862,5) en cantidad monetaria ($862,5 \times 109,24 = 94.219$) arroja una cifra distinta a la reconocida en el fallo inicial de la sentencia ($74.386,87 \text{ €}$) y en el Auto aclaratorio ($79.471,94 \text{ €}$) pero también a la interesada por el recurso casacional ($89.134,27$). Comprobación práctica e inmejorable de las dificultades interpretativas que la norma en cuestión suscita.

E) De acuerdo con lo razonado en el apartado anterior, aunque no se hubiera alcanzado el máximo indemnizatorio absoluto de las 42 mensualidades, el tiempo de servicios posterior a 12 de febrero de 2012 es inhábil para acrecentar la cuantía fijada. Dicho de otro modo: al entrar en vigor la reforma legislativa de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, respetado por Ley 3/2012) el trabajador ha prestado servicios por tiempo superior a 19 años y eso provoca que el ulterior trabajo resulte inocuo desde la perspectiva de la Disposición Transitoria Quinta aplicable al caso.

CUARTO.- Resolución del recurso.

De conformidad con el artículo 228.2 LRJS hemos de declarar que la sentencia recurrida ha quebrantado la unidad de doctrina. Conforme establece la sentencia de contraste, cuando a una declaración de despido improcedente han precedido varios contratos temporales, la indemnización legal de cuarenta y cinco días por año de servicios ha de calcularse tras una consideración conjunta y global de todos esos contratos, y no tras el análisis único del último concluido.

En consecuencia, resolviendo el debate suscitado en suplicación hemos de estimar el recurso interpuesto por D. Hermenegildo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Girona de 8 de Noviembre de 2013 en autos 368/13 de aquel juzgado seguidos a instancia del recurrente frente al DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. Su despido debe declararse improcedente, condenando al Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya a la inmediata readmisión del actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad a producirse el despido o a su elección a que le abone una indemnización de 94.219 euros pudiendo ejercitar su derecho de opción en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, y entendiéndose que opta por la readmisión en el supuesto de no ejercitarlo.

La determinación de un importe indemnizatorio diverso del interesado por el trabajador genera dudas, pero no presenta obstáculos insalvables:

Primero porque la solicitud contenida en el recurso de casación se hace "salvo error u omisión".

Segundo, porque en el recurso de suplicación, que estamos ahora resolviendo, pedía que se le pagase "la máxima indemnización legal".

Tercero, porque no estamos sujetos a un rígido sistema de alternativas en la identificación de cuál sea la solución legalmente aplicable.

Cuarto, porque la cuantía en cuestión, al cabo, no deja de ser el resultado matemático de interpretar la norma y de aplicar los parámetros legales para el cálculo de la indemnización por despido.

Los términos en que está redactado el artículo 235.1 LRJS conducen a que no proceda la imposición de costas en el presente caso.

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

FALLAMOS

1) Estimamos el recurso de casación de doctrina interpuesto por D. Hermenegildo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 20 de junio de 2014, en el recurso de suplicación 1315/2014 , que revocamos.

2) Resolviendo el recurso de suplicación formalizado por el Sr. Hermenegildo , revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Girona de 8 de Noviembre de 2013 en autos 368/13, seguidos a instancia del recurrente frente al DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA.

3) Declaramos improcedente el despido del actor acordado por la empleadora demandada y, en consecuencia, condenamos al Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya a su inmediata readmisión en las mismas condiciones que regían con anterioridad a producirse el despido o a su elección a que le abone una indemnización de 94.219 × (noventa y cuatro mil doscientos diecinueve euros) pudiendo ejercitar su derecho de opción en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, y entendiéndose que opta por la readmisión en el supuesto de no ejercitarlo.

4) No ha lugar a la imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.