

Despido improcedente

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 3230/2017

Ponente: Excmo Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro

El TS **estima en parte** el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandada, contra la Sentencia de 26-05-2017 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación por despido, que casa y anula en parte, únicamente en cuanto al cálculo de la indemnización por despido, que debe calcularse hasta la fecha del cese en la prestación de servicios.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3230/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Sentencia núm. 179/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 27 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Club Internacional de Tenis Monte del Pilar, representada y defendida por el Letrado Sr. Serra Mena, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de mayo de 2017, en el recurso de suplicación nº 260/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 20 de enero de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 6 de

Madrid, en los autos nº 866/2016, seguidos a instancia de dicha recurrente contra D. Mario, sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Mario, representado y defendido por el Letrado Sr. Méndez López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

I. ANTECEDENTES

1

Con fecha 20 de enero de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia invocada por el Club Internacional de Tenis Monte del Pilar, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Mario contra dicho demandado, advirtiéndolo al demandante que puede acudir a dicho orden jurisdiccional a hacer valer sus posibles derechos".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto del HP 4. El resultado de ello es el siguiente:

1º .- El demandante, D. Mario, mayor de edad, con DNI nº NUM000, prestó servicios para el CLUB INTERNACIONAL DE TENIS MONTE DEL PILAR (en adelante también CIT), domiciliado en Majadahonda (Madrid) carretera de El Plantío Km3, en virtud de CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS PROFESIONALES formalizado por las partes el 01/09/2014, en cuyas cláusulas Primera a Cuarta se pactó lo siguiente:

Primera. - OBJETO. -- *El objeto del presente contrato son -las diferentes actividades que se detallan a continuación:*

- 1. Realización de todas las actividades necesarias y encaminadas para la captación de al menos 25 socios o abonados al semestre para el CIT.*
- 2. Captar sponsors y patrocinios para el CIT y sus competiciones.*
- 3. Atraer y captar todo tipo de eventos ya sean deportivos o sociales para el CIT.*
- 4. Confección y elaboración de planes de marketing, así como la ejecución de los mismos.*
- 5. Mantenimiento, actualización y mejoras de la página Web del CIT.*
- 6. La implantación y promoción de la escuela de alta competición.*
- 7. Control presupuestario.*

Segunda. - *El presente contrato tiene es de naturaleza mercantil no existiendo vínculo laboral entre ambas partes, dado que D. Mario desarrolla sus actividades con criterios organizativos propios sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiera sugerirle el CIT y su régimen aplicable será en atención a los pactos establecidos, y en su defecto según el contenido de los artículos 1.544 y. 1.583 del Código Civil (LEG 1889, 27).*

Tercera. - *La DURACIÓN. - Del presente contrato será de 1 año a computar desde el momento de su firma, y se prorrogará por idéntico periodo si las partes no denuncian el mismo con mes de antelación por medio fehaciente.*

Cuarta. - *HONORARIOS. - D. Mario facturará al CIT la cantidad de 30.000 euros anuales, girará mensualmente una factura al CIT de 2.500 euros y un concepto variable del 20% del importe de facturación anual (6.000 euros máximo) según la captación de ingresos a través de las actividades relacionadas en la cláusula primera. Dicha factura irá acompañada de un informe de gestión de los trabajos y objetivos conseguidos.*" (Doc. nº 1 del demandante). El Club Internacional de Tenis Monte del Pilar es una asociación privada de carácter deportivo sin ánimo de lucro, en la que los socios son los dueños del Club. La Junta Directiva del Club se elige cada 4 años entre los socios del Club, estando compuesta actualmente por 15 miembros. El contrato se firmó, porque el actor, -que estaba considerado un experto en el sector del tenis ya que prestaba servicios para otras entidades, y concretamente en la Federación Madrileña de Tenis-, y su mujer, ofrecieron al Club el servicio de captación de eventos y socios, así como de relaciones internacionales interesantes, junto al servicio de catering. (Testifical de D. Rubén, Presidente del Club desde hace 6 años).

2º.- El demandante emitía habitualmente facturas mensuales por importe de 2.500,00 € (y excepcionalmente por otros importes) correspondiente al mes natural anterior, por servicios prestados al demandado por conceptos como:

- *"Servicios Profesionales como la captación de nuevos socios, sponsors, patrocinios; Elaboración y ejecución de Planes de Márketing; etc."*.
- *"Servicios Profesionales, búsqueda de nuevos socios, marketing, etc."*.
- *"Servicios Profesionales, asesoramiento en Gestión Deportiva, Organización de Eventos, etc."*.
- *"Servicios Profesionales, colaboración para proceso electoral, asesoramiento de mantenimiento de pistas"*.
- *"Servicios Profesionales, organización de torneos, asesoramiento de mantenimiento de pistas"*.

- *"Servicios Profesionales, organización de. Torneos, Búsqueda Patrocinios".*
- *"Servicios Profesionales, Marketing, Búsqueda de Socios y Torneos".*
- *"Servicios Profesionales, Asesoramiento Nuevas Instalaciones". Etc.*

No consta que hubiera presentado factura por el mes de Agosto de 2013. En dichas facturas el actor deducía un 9% en concepto de *"Retención"*, y añadía un 21 % en concepto de *"L.V.A."* (Doc. n° 2 del demandante). Durante la vigencia de su contrato el actor no percibió cantidad alguna por el concepto *"variable"* por la captación de socios o abonados.

3º.- Mediante escrito notificado al demandante el 27/07/2016, le fue comunicado lo siguiente:

"Estimado Mario,

A través del presente escrito y de acuerdo a lo establecido en la cláusula Tercera del contrato de arrendamiento de servicios profesionales formalizado entre el C.IT y usted, con fecha 1 de septiembre de 2014, le 'informamos que a partir del próximo 1 de septiembre no prorrogaremos el referido contrato, lo que le comunicamos a los efectos oportunos".

El actor firmó la recepción de dicha carta haciendo constar de su puño y letra *"Recibí y conforme"*. (Doc. n° 27 del demandante, en relación con doc. n° 11 del demandado e interrogatorio del demandante).

4º.- La prestación de servicios del demandante se llevó a cabo de la forma que seguidamente se expone, habiendo intervenido en las actividades del Club Internacional de Tenis demandado en los siguientes términos:

- * No tenía obligación de realizar una jornada mínima, ni un horario concreto.
- * Únicamente tenía obligación de acudir a las Juntas Directivas que tenían lugar aproximadamente una vez al mes, y cuando puntualmente se le llamaba para tratar alguna cuestión o aclarar alguna cosa.
- * Con arreglo a lo previsto en los Estatutos del Club, las elecciones para los órganos de Gobierno del mismo debían convocarse como mínimo cada cuatro años, pudiendo convocarse elecciones dentro de dicho periodo cuando así resultase procedente. (Doc. n° 12 de la demandada).
- * Durante la vigencia del contrato del actor, la Junta Directiva estaba integrada, por el Presidente, D. Rubén; el Secretario, D. Juan Carlos; el Adjunto a Presidente, D. Juan Alberto; el Tesorero, D. Marco Antonio; el Vicepresidente y Contador Financiero, D. Alfonso; el responsable de Organización y RRHH, D. Ambrosio; el responsable de la Escuela de Tenis, D. Artemio; la responsable de Tenis femenino, Da Lucía; la responsable de la escuela de Padel femenino, Da Marta; el responsable de Padel masculino, D. Casimiro, el

responsable de Comunicación, D. Cesar; El responsable de Instalaciones y Mantenimiento, D. Cosme; la responsable de Nuevas Actividades, Da Piedad; la responsable de relaciones con el socio, Salome. (Doc. n° 14 de la demandada, en relación con doc. n° 7 de la parte actora).

* Las tareas que tenía encomendadas el demandante eran las que figuran en su contrato (Doc. n° 1 del actor) y las que figuran en la última página del Acta de la Junta Directiva de fecha 07/03/2015 (Doc. n° 15 de la demandada), cuyo contenido es el siguiente:

"En relación con las actividades a que se hace mención en la cláusula primera del contrato suscrito con usted el 1 de septiembre del presente año, desde la vocalía de organización y recursos humanos creemos necesario desarrollar-de manera detallada las mismas, con el objetivo de garantizar su mejor entendimiento y cumplimiento.

- 1. En cualquier caso, tanto los medios de ejecución necesarios para llevar a cabo dichas actividades como la organización precisa para alcanzar los resultados previstos correrán de su cuenta.*
- 2. La captación de socios deberá hacerse principalmente en el área de influencia del Club utilizando los soportes de apoyo que usted estime conveniente y siempre bajo su criterio.*
- 3. En cuanto a los patrocinios, deberá utilizar preferentemente los contactos que ha ido adquiriendo a lo largo de su trayectoria profesional en este sector, teniendo en cuenta siempre su condición de colaborador externo del CIT y habida cuenta de su experiencia en la Federación Madrileña de Tenis y entidades similares.*
- 4. Para los eventos deportivos y sociales que se organicen en el Club, los requisitos y condiciones se asemejan a los mencionados en el punto anterior, pero en éste caso, dichos eventos deberán ser aprobados con antelación por la Junta Directiva, la cual estudiará si tales eventos se ajustan al modelo social del Club.*
- 5. Basándose en todo lo anterior, formara parte de sus funciones el presentar a la Junta Directiva un plan de marketing y de mejora de las plataformas digitales con las que cuenta el Club. Dicho documento deberá recoger también todas las acciones descritas en los puntos anteriores.*
- 6. La captación de jugadores de tenis, tanto de alta competición como en proceso de formación avanzado, se presentará al responsable de la escuela de tenis del CIT, el cual tendrá que dar el visto bueno para la ulterior incorporación de estos tanto en la propia escuela como en los equipos del Club.*
- 7. Todas las acciones referidas en este escrito y puesto que nacen de su propia iniciativa y se realizan fuera de las instalaciones del Club, deberán de reflejarse en un presupuesto anual que usted tendrá que presentar a la Junta Directiva a efectos de*

que esta última pueda tener conocimiento y hacer un seguimiento de tales acciones y que sirva además para estimar los beneficios que su colaboración puede aportar a la actividad diaria del Club."

"También tenía encomendadas las siguientes tareas que figuran en el Acta de la Junta Directiva de fecha 02/09/2014 (Doc. N° 4 de la actora -folios 75 a 76-) donde se presenta al actor como nuevo Director del Club, en el Acta de la Junta Directiva de fecha 05/03/2016 (Doc. N° 5 de la actora -folios 77 a 81), en el Acta de la Junta Directiva de fecha 30/05 /2015 (Doc. N° 28 de la demandante - folios 125 a 128), en el Acta de la Junta Directiva de fecha 11/07 /2015 (Doc. IV" 28 de la actora -folios 129 a 131), en el Acta de la Junta Directiva de fecha 24/10/2015 (Doc. N° 28 de la actora -folios 132 a 134) y en el Acta de la Junta Directiva de fecha 21/07/2016 (Doc. N° 28 de la actora folios 135 a 137). siendo las siguientes:

Acta de 02/09/2014:

- * Labores económico-financieras: Retrasar los pagos, cobras a los deudores y negociar con el Banco.
- * Reunirse con los miembros de la Junta Directiva.
- * Gestión de las instalaciones del club: Estudio y solución del problema de Telecomunicaciones.
- * Temas de personal o RRHH: aprobación de las horas extras del personal previa comunicación de las mismas por parte de los trabajadores.

Acta de 05/03/2016:

- * Asistencia a las Juntas Directivas.
- * En el ámbito económico era el encargado de la realización del presupuesto, así como de controlar sus desviaciones: Alto grado de cumplimiento de la eliminación de la deuda y mejora de la Cuenta de Resultados.
- * Gestión de las instalaciones del club, tanto las deportivas, como las no deportivas: Renovación pista central y pista 5, pavimentación terraza bar, poda y jardinería, mejora aire acondicionado y aseos de la escuela.
- * Responsable administrativo y económico de todos los ámbitos deportivos del club como competiciones, escuelas y campamentos de verano: Sección y Escuela de pádel y tenis.
- * Responsable de las relaciones institucionales del club con distintos organismos como Ayuntamiento, Federaciones, Registro, etc.: Federaciones y Asociación Empresarial de Majadahonda.

* Responsable de la gestión de las empresas de servicios subcontractadas y de las concesiones administrativas que prestan los servicios de fisioterapia, cafetería, tienda y pádel del club: Firma de acuerdo con concesionario de pádel para arreglo de instalaciones de más de 50.000.

* Responsable de las relaciones con los socios: Puesta en marcha de torneos sociales de tenis, pádel y mus, fiestas, días del club y creación del servicio de atención al socio. Control de las invitaciones gratuitas.

* La comunicación y el marketing del club era otra de sus funciones: Folletos, Campañas de publicidad y renovación de la página web.

* Creación y asistencia de las distintas Comisiones de Seguimiento: Régimen Interior, Jurídica, Económica, Marketing e Informática y de Socios.

* Responsable de temas disciplinarios: Creación de Reglamento de Régimen Interior.

* Responsable de redactar-el informe anual a presentar en la Asamblea General.

Acta de 30/05/2015:

* Análisis de las desviaciones financieras del Presupuesto del club para 2:015 a 30/04/15.

* Responsable del mantenimiento y reposición de las instalaciones infantiles.

* Encargado de dar presupuesto por el mantenimiento de la pista central de tenis.

* Responsable de la oferta de los Campamentos de verano de pádel y tenis

Acta de 11/07/2015:

* Análisis de las desviaciones financieras del Presupuesto del club para 2.015 a 30/06/15.

* Gestión del servicio de fisioterapia subcontractado

* Gestión de las actividades de los Campamentos de Verano

* Gestión de personal: despido de trabajador acordado en SMAC

Acta de 24/10/2015:

* Gestión del contrato para la escuela de pádel de y del arreglo de las pistas

* Responsable de la realización de la Programación Socio-Cultural

Acta de 21/07/2016:

* Gestión de Campamentos de Verano

* Responsable del mantenimiento de las instalaciones del club. contratación con empresa de desatranco para realizar una limpieza de las mismas"

Con anterioridad D. Humberto realizaba funciones similares a las del actor. Con posterioridad tales funciones las realiza Da Ángela mediante contrato mercantil. (Testifical de D. Rubén, Presidente del Club).

* En la primera Junta Directiva a la que asistió el demandante en fecha 02/09/2014, fue presentado a los restantes miembros como nuevo Director del Club. En las actas de las siguientes Juntas Directivas se hizo constar que comparecía el demandante como Director Gerente del Club. Se le otorgaba ese cargo nominativo a fin de que tuviera mayor facilidad para captar y relacionarse con los clientes. (Testifical de D. Rubén, Presidente del Club).

* En dicha Junta Directiva se propuso retrasar al máximo los pagos pendientes de las reparaciones que el Club había tenido que hacer en el verano, y cobrar lo antes posible a los deudores, habiéndose encargado al demandante que hablara con el Banco y explicara la situación.

* Por otra parte, en dicha Junta se propuso que el demandante se reuniera con todos y cada uno de los miembros de la misma para que le expusieran los temas que llevaban cada uno; se encargó al actor que hiciera un estudio y solucionara el problema de las Telecomunicaciones; y respecto al tema del Personal se estableció que todas las horas extras serían comunicadas al demandante con antelación para que las aprobase. (Doc. n° 4 de la parte demandante).

* Cada miembro de la Junta tenía su parcela específica y el actor intervenía a veces porque se lo pedían, y otras veces porque se prestaba a ello voluntariamente, sin ser responsable de las instalaciones del Club. (Testifical de D. Rubén, Presidente del Club).

* En el Acta de la Junta Directiva de 14/10/2014 se hizo constar en el punto 4°, que el Presidente y el Director Gerente pasaban a informar de diversas actuaciones y propuestas.

* En el Acta de la Junta Directiva de 29/04 /2015 se hizo constar que el demandante había comunicado que la secretaría de la Alcaldía de Majadahonda había solicitado una sala para una reunión con los vecinos de la urbanización La Sacedilla, habiéndose aprobado con un coste de 250 C.

* Además se hizo constar en el acta, que se había solicitado a la Dirección del Club un Plan Urgente de captación de Socios con las nuevas tarifas aprobadas por la Asamblea, y así como un estudio de la posibilidad de aumentar los ingresos de la sección de Padel.

* En el Acta de la Junta Directiva de 30/05/2015, se hizo constar en el punto 3º que se había expuesto la SITUACIÓN FINANCIERA AL 30 DE ABRIL, habiendo tomado la palabra entre otros el demandante, que analizó una por una las desviaciones más significativas, explicando los motivos. En el punto 4º se expuso que el demandante había comentado que el presupuesto de una nueva zona infantil era muy elevado, de 5000 a 9000 €, por lo que sugería que se estudiara su realización en el siguiente otoño. En el punto 7º se expuso, que el demandante explicó la oferta de campamentos de verano para ese año, integrando todos los campamentos en uno, teniendo la opción los niños que se apuntaran a las opciones de Summer, Tennis, Padel. En cuanto al Proyecto de cambio de la página web, el demandante propuso posponer ese punto para las siguientes reuniones.

* En el Acta de la Junta Directiva de 30/06/2015, se hizo constar en el punto 1º respecto del Resumen Anual de la Escuela de Tennis, que el demandante proponía fuera pospuesta su presentación, al no tener todavía los números finales.

* En el Acta de la Junta Directiva, de 26/11/2015, se hizo constar en el punto 2º, que el demandante exponía que el Club Rotarios de Majadahonda solicitaba que su sede fuera el Club, habiéndose desestimado la solicitud por unanimidad. En el punto 3º que sobre la intención del Club de solicitar fraccionamiento del pago del IBI, el demandante explicaba que ya se había tenido una reunión con el grupo de Ciudadanos, y estaban muy interesados por el posible cambio de coeficiente, con reducción a la baja del IBI. Además se hizo constar que el demandante había propuesto la realización de un ITF Sénior la última semana de junio con una organización conjunta con Debora, así como crear una Escuela de Idiomas en el Club, existiendo una empresa interesada.

* En el Acta de la Junta Directiva de. 02/02/2016, se hizo constar en el punto 6 que el demandante hacía entrega del acta de la última reunión; además se hizo constar que el demandante comentó que algunos socios habían preguntado por la Comisión Deportiva que siempre había existido en el Club, y consideraba que tendría muchos temas a tratar, por lo que proponía su creación.

* En el Acta de la Junta Directiva de 06/02/2016, se hizo constar en el punto 6º, que el demandante presentaba un resumen de las tarifas de los Clubes más importantes de Madrid, y en el punto 8º que el demandante presentaba las programaciones de las que darían publicidad anual y mensualmente.

* En el Acta de la Junta Directiva de 29/02/2016 se hizo constar en el punto 1º que D. Rubén había comentado que para el mejor funcionamiento de la dirección y Administración, y para que todos los miembros de la Junta Directiva tuvieran la información adecuada y al mismo tiempo, había dado instrucciones para que la información económica estuviera a disposición de la JD de forma ordenada, solo a través del Gerente y el Contador, con carácter exclusivo, siendo éstos los que informarían a la Comisión Permanente y a la JD. En el punto 3º se hizo constar respecto al Padel, que el demandante había informado que D. Salvador estaba a punto de llegar a un acuerdo con sus proveedores para la realización

de la obra por un coste de 50.000 €, quedando claro que debía anexarse el presupuesto y proyecto al nuevo contrato, informando que el Presidente de la Federación Madrileña de Pádel había propuesto al Club para que colaborase en la Federación. En el punto 4º se hizo constar que el demandante exponía que la sociedad Sanitas quería hacer un Marco de colaboración con el Club, realizando una interesante oferta a los socios, y también para posibles patrocinios. En el punto 5º se hizo constar que el demandante informaba de que se acababa de recibir el aplazamiento del IBI por parte del Ayuntamiento de Majadahonda, siendo positivo, pero que el Ayuntamiento decía que sería la última. En el punto 6º se hizo constar que el demandante expuso el posible convenio con el Club La Magdalena.

* En el Acta de la Junta Directiva de 05/03/2016, se hizo constar en el punto 3º una Reflexión sobre el primer año de mandato de la Junta Directiva, tomando la palabra el Presidente, quien junto al demandante fueron exponiendo uno a uno los retos del Programa analizando su grado de ejecución. En el punto 8º se hizo constar que el demandante comentó que estaba en estudio un posible convenio con la Asociación Empresarial de Majadahonda, destacando la posibilidad de patrocinios para eventos del Club. En el punto 9º se hizo constar respecto del Informe Anual a presentar a la Asamblea General, que el demandante pidió que si faltaba algo, por favor se lo remitieran para incluirlo y realizar una buena presentación. En el punto 13 se hizo constar: "Se informa y se acuerda la necesidad de incorporar una persona para ayudar al Gerente del Club en, la puesta en marcha y seguimiento de la informatización integral. La selección de esta persona se llevará a cabo por don Rubén y Don Ambrosio y se partirá de un posicionamiento de trabajador en prácticas o similar".

* En el Acta de la Junta Directiva de 28/04/2016, se hizo constar en el punto 2º, que a la reunión con el Alcalde de Majadahonda asistirían en representación del Club el Presidente y otras cuatro personas, entre ellas el actor. En el punto 3º se hizo constar: Resumen del ITF: D. Mario expone un pequeño resumen de cómo ha sido el torneo. Deportivamente fue un éxito de participación y calidad. Y económicamente todavía no se ha cerrado pero nunca dará pérdidas".

* En el Acta de la Junta Directiva de 07/06/2016, se hizo constar en el punto 3º que en cuanto al Mantenimiento del Club, el demandante exponía la situación actual de varios temas, como eran el estado de las pistas para los próximos torneos, para el campamento de verano y el programa de mejora de las pistas en el mes de agosto. En el punto 5º se hizo constar, que la realización de la página web la estaba supervisando don Javier y que las conversaciones con el nuevo programa iban dando sus frutos, esperándose que para septiembre se pudiera instalar todo. (Docs. nº 13 a 25 de la demandada, en relación con Docs. nº 4 a 7 y 27 y 28 del demandante).

* El 01/04/2015, D. Rubén elaboró el documento nº 10 del ramo de prueba del demandante, en el que consta lo siguiente:

"(...)Otorga poder tan amplio y bastante como en Derecho se requiera y sea necesario, a favor de DON Mario, mayor de edad, vecino a estos efectos de Majadahonda (Madrid), con domicilio en la CARRETERA000 Km NUM001, y provisto de DNI y NIF nº NUM000, para que en su nombre y representación ejercite las facultades que a continuación se relacionan:

1.- Comparecer en Juzgados, Tribunales, Magistraturas, Fiscalías, Sindicatos, Delegaciones, Jurados, Comisiones, Notarías, Registros y toda clase de oficinas públicas o privadas, autoridades y organismos del Estado, Provincias, Municipios y Comunidades Autónomas, en asuntos administrativos, contenciosos y laborales.

2.- Y para el ejercicio de las facultades antedichas, otorgue y firme cuantos documentos públicos y privados considere convenientes o necesarios". (Doc. nº 10 del demandante).

* D. Rubén no otorgó poderes a favor del actor mediante escritura pública. (Testifical de D. Rubén).

* Además tenía tarjetas de visita en las que figuraba como Director-Gerente del Club Internacional de Tenis demandado. (Doc. nº 11 de la parte actora). Gozaba de despacho con teléfono, fax y ordenador proporcionados por la empresa con cuenta de correo del club: DIRECCION000 <mailto: DIRECCION000> en el centro de trabajo sito en las instalaciones del club de Majadahonda - carretera del Plantío a Majadahonda km. núm. 3-. (Doc. nº 26 de la demandada).

* También tenía una tarjeta Master Card del BBVA en la que aparecía como titular junto al Club Internacional de Tenis. (Doc. nº 12 de la parte actora).

* El demandante remitió el 30/01/2015 al Registro de Asociaciones Deportivas de la Comunidad de Madrid el Acta de la Junta Electoral proclamando la candidatura del proceso Electoral desarrollado en el Club, actuando en calidad de Director, habiéndosele dirigido a él, en tal calidad la contestación de la Comunidad de Madrid. (Docs. nº 14 y 15 del demandante).

* El demandante firmó algunos contratos y nóminas de trabajadores del Club. Incluso era consultado por la asesoría del club sobre la renovación de un contrato de trabajo de un empleado de la empresa (Docs. nº 17 y 18 del demandante).

* El 15/06/2016 el actor firmó un contrato con el propietario de una pirámide de pelotas de tenis, por el cual el propietario renunció a retirar la pirámide de las instalaciones del club por un precio de 0 euros. (Doc. nº 19 del demandante).

* El 21/07/2016, D. Cornelio remitió por e-mail al demandante "la propuesta de presupuesto de gastos extraordinarios para 2016/2017 y su comparativa con la de 2015/2016". (Doc. n° 20 del demandante).

* El 29/06/2016, D. Donato remitió a la dirección de correo del demandante información relativa a la Asociación Española de Clubes de Tenis y las reuniones de El Espinar. El 20/07/2016, D. Mario remitió a la dirección de correo de la Secretaría de Presidencia del Consejo Superior de Deportes un e-mail solicitando la invitación de Don Feliciano para asistir a las finales de la "VI Prueba del Rafa Nadal Tour. (Doc. n° 22 del demandante).

* El horario de apertura de las instalaciones del Club es de 9.00 a 22,00 horas de Lunes a Domingo, pudiendo alargarse en caso de celebrarse algún tipo de evento.

* Las recepcionistas están presentes de 8.30 a 20.45 horas, si bien la cafetería puede permanecer abierta más tiempo, en cuyo caso se queda algún pistero o alguien de recepción.

* Cuando el demandante acudía al Club, utilizaba una mesa que existía en un hall del piso superior, donde había un ordenador que podía utilizar cualquiera que lo necesitara. A la derecha había una puerta que comunicaba con el despacho del Presidente, y a la izquierda otra puerta que comunicaba con un cuarto trastero. (Testifical de D. Rubén, Presidente del Club, en relación con doc. n° 30 del demandante).

* El demandante utilizaba un vehículo propio y su ordenador personal, habiendo solicitado al Club que le facilitase un teléfono móvil que le fue facilitado.

* En la plantilla del Club hay unos 20 o 22 trabajadores.

* El demandante no tenía mando alguno sobre los responsables de las distintas áreas del Club. (Testifical de D. Rubén).

* En abril de 2016 fue contratado en prácticas D. Javier, socio y usuario del Club, ya que en la Junta Directiva celebrada el 05/03/2016 se había informado y acordado la necesidad de incorporar una persona para ayudar al Gerente del Club en la puesta en marcha y seguimiento de la informatización integral. El contrato lo llevó a cabo el Presidente del Club, junto al Responsable de RRHH, D. Ambrosio, no habiendo intervenido el demandante en dicha contratación. El Sr. Javier acudía al Club de lunes a viernes y solía trabajar a la entrada, detrás de la recepción, reuniéndose con el actor en la oficina de la planta primera del Club una o dos veces por semana, para comprobar cómo iba lo relativo a la página web. (Testifical del Sr. Javier, en relación con Doc. n° 5 del demandante).

* El actor se encargaba de gestionar el buen estado de las instalaciones de alcantarillado del Club.

5º.- El actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC sobre Despido el 02/09/2016, habiéndose tenido por intentado dicho acto sin avenencia el 19/09/2016".

2

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 26 de mayo de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado del demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de esta ciudad en autos núm. 866/2016, debemos revocar y revocamos dejando sin efecto la resolución impugnada y, en su lugar estimando íntegramente la demanda formada por D. Mario, contra el Club Internacional de Tenis Monte del Pilar, debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido del que fue objeto el demandante el día 01/09/2014 por parte de la empresa demandada a la que debemos condenar, y condenamos a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del Sr. Mario en su puesto de trabajo con las mismas condiciones laborales que tenía antes del despido abonándole, los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de su readmisión, o al abono de la indemnización de SIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA y SEIS euros con OCHENTA y OCHO céntimos. Sin costas".

3

Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Serra Mena, en representación de la empresa Club Internacional de Tenis Monte del Pilar, mediante escrito de 1 de agosto de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que:

PRIMERO. - Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 2010 (rec. 1207/201) y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2009 (rec. 3098/2007).

SEGUNDO. - Se alega la infracción del art. 1.1 ET.

TERCERO. - Se alega la infracción de los arts. 49.1.k), 55.7 y 56.1 ET.

4

Por providencia de esta Sala de 12 de marzo de 2018 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.

5

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el primer motivo y procedente el segundo motivo del recurso.

6

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 25 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1

Antecedentes y términos del debate.

Como consecuencia del cese de quien venía desarrollando sus tareas gerenciales al amparo de un contrato de arrendamiento de servicios se suscitan dos cuestiones. La primera sobre la propia ontología del vínculo que discurre entre el demandante y el Club Internacional de Tenis Monte del Pilar. La segunda, si persistiera su consideración como contrato de trabajo, para fijar el momento hasta el cual hay que contabilizar la prestación de servicios a efectos de calcular la indemnización por despido improcedente.

1. Los hechos litigiosos.

Más arriba ha quedado reproducido en su integridad el muy extenso relato sobre las condiciones en que el demandante vino prestando sus servicios durante dos años (desde septiembre de 2014 hasta agosto de 2016). Por referencia a los que la sentencia ahora recurrida considera más relevantes, debemos destacar los siguientes:

- * Percibe 2.500 euros mensuales, que periódicamente facturaba a la empresa, sin condicionarse a la obtención de patrocinios o resultados empresariales.
- * Recibe instrucciones de la empresa: tenía obligación de acudir a las Juntas Directivas de periodicidad mensual y siempre que se le llamara para tratar o aclarar cualquier cuestión.
- * Tenía asignada la vocalía de organización y de recursos humanos y disponía de despacho con teléfono, fax y ordenador.
- * Las tareas a realizar impedían que tuviera fijado un horario o jornada predeterminada.

2. Sentencia del Juzgado de lo Social.

Mediante su sentencia 23/2017 de 20 de enero (proc. 866/2016) el Juzgado de lo Social nº 6 de Madrid desestima la demanda de despido. Considera que la obligación asumida por el demandante era "utilizar sus habilidades como experto en el sector del tenis, - ya que venía trabajando por cuenta propia como organizador de eventos de otros clubs de tenis e incluso en la Federación Madrileña de Tenis siendo eso lo que determinó la aceptación de su ofrecimiento para ser contratado -, para atraer y captar socios, sponsors, patrocinios y eventos deportivos, elaborando ejecutando planes de marketing, lo que conllevaba la mejora de la página web de la CIT; así como para implantar y promocionar la escuela de alta competición, y por otra parte, para actuar como gestor de cuentas, llevando a cabo el control presupuestario del Club demandado".

A la calificación extralaboral del contrato llega también el Juzgado tras constatar que el actor ni siquiera intentó probar "la mayor parte de las circunstancias que alegó en la demanda para sostener que la relación que mantenía con el Club era de naturaleza laboral, resultando significativo que de los tres testigos propuestos dos fueran pisteros o mozos despedidos disciplinariamente por la demandada que no entraban en las oficinas más que cuando llovía [...]".

3. Sentencia de suplicación, recurrida.

La STSJ Madrid (Sección Primera) 494/2017 de 26 mayo (rec. 260/2017), ahora recurrida, estima el recurso del demandante. Acoge una importante revisión de los hechos probados y posteriormente valora las circunstancias en que se presta la actividad, para concluir que concurre "la prestación de un servicio por el demandante por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa demandada que lo recibía a cambio de una retribución fija mensual".

Estando en presencia de un contrato de trabajo que finaliza por decisión empresarial sin que concurra causa legal que lo justifique el despido debe declararse improcedente.

La propia sentencia establece en 88 días indemnizatorios el monto de la cantidad a percibir, tras multiplicarse por el salario día a tales efectos (82,20 euros), lo que asciende a 7236,88 euros.

Mediante Auto de 14 de junio el TSJ aclaró que la fecha de inicio de la relación contractual fue el 1 de septiembre de 2014 pero la extinción no fue el 1 de septiembre de 2016 sino el día en que se dictó la propia sentencia de suplicación. Argumenta que la extinción de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales no puede producir efectos porque lo existente era un contrato de trabajo.

4. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Con fecha 28 de julio de 2017 el Abogado y representante del Club formaliza recurso de casación unificadora, estructurado en los dos motivos que hemos adelantado. Desemboca en una petición principal (que declaremos la incompetencia de jurisdicción, por no existir una verdadera relación laboral) y otra subsidiaria (que la fecha de extinción contractual, con efectos para el cálculo de la indemnización, es la del cese material de los servicios, y no la del día en que se dictó la sentencia de suplicación).

B) Con fecha 25 de abril de 2018 el Abogado y representante del trabajador presenta escrito impugnando el recurso. Niega que las sentencias comparadas en el primer motivo sean contradictorias, al resolver sobre supuestos diversos. Respecto del segundo motivo, también descarta la concurrencia de la contradicción legalmente exigida; subsidiariamente, muestra su conformidad con la doctrina de la STSJ Madrid recurrida porque posee carácter constitutivo respecto de la existencia de un contrato de trabajo. Pide que desestimemos el recurso.

C) Con fecha 24 de mayo de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.2 LRJS. Considera que el primer motivo no puede prosperar porque las sentencias opuestas son diversas. Sin embargo, respecto del segundo entiende que se cumple la exigencia legal y que la doctrina correcta se contiene en la sentencia de contraste.

5. Alcance de la exigencia legal de contradicción.

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". 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.

El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Si bien esta labor

normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata.

2

Existencia de relación laboral. Motivo 1º del recurso.

1. Formulación del motivo.

Señala el recurrente como primer motivo de contradicción, la determinación de la naturaleza laboral o mercantil de la relación contractual mantenida entre el actor y la empresa.

Considera que no concurren los requisitos de laboralidad contemplados en el artículo 1.1 ET: se trata de un profesional que cumple sus tareas sin sujeción a horario o jornada y sin obligación precisa de acudir al centro de trabajo. La fijeza de la retribución concuerda con el sistema de remuneración a profesionales y el tener a disposición un despacho carece de relevancia cuando no existe obligación de acudir.

2. Sentencia referencial.

Para el contraste legalmente exigido el recurso ofrece la STSJ Madrid de 14 de junio de 2010 (R. 1207/2010).

Resuelve el caso de arquitecta técnica que ejerce labores de Project Manager. Percibe 1530 € mensuales, más IVA, siendo retenido por la empresa el IRPF correspondiente. Las licencias y permisos necesarios para el trabajo y el seguro de responsabilidad civil básico hasta 180.000 € son por cuenta de la trabajadora. La actora realizaba sus cometidos en la obra que tenía asignada y acudía la empresa en la que no tenía despacho propio sino uno utilizado por los "itinerantes".

La sentencia descarta que haya dependencia, pues la demandante desarrollaba su trabajo con total libertad y autonomía y sin sujeción a pauta alguna. En cuanto a la retribución fija, no es incompatible con una relación profesional en el ámbito civil bajo la forma de "igualda".

3. La difícil contradicción respecto del tipo de vínculo profesional existente.

El conocido sistema indiciario acogido por la jurisprudencia a la hora de determinar si concurren las notas de ajenidad y, en especial, de dependencia propician que la contradicción legalmente requerida sea particularmente compleja en estos casos. Como apunta el Ministerio Fiscal, la determinación de si existe o no contrato de trabajo en un concreto supuesto está vinculada a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso, por lo que la unificación doctrinal es difícil.

De hecho, sentencias de esta Sala Cuarta han debido descartar el examen del tipo de nexo existente en el caso por no concurrir la necesaria similitud entre los hechos comparados respecto de administrador de finca urbana (STS 14 febrero 2000, rec. 1538/1999); corresponsal de Radiotelevisión Española (STS 10 febrero 2000, rec. 2556/1999); promotoras de afiliaciones a la Mutualidad de Previsión "Divina Pastora" (STS 17 enero 2000, rec. 555/1999); monitor de equitación al servicio de Ayuntamiento (STS 3 octubre 2000, rec. 2886/1999); cónyuge de socio titular de la mitad del capital social (STS 5 octubre 2000, rec. 3045/1999); vendedora de productos en panadería (STS 26 marzo 2001, rec. 1130/2000); aparejador del Insalud (STS 18 marzo 2002, rec. 1015/2001); vendedores telefónicos de productos editoriales (STS 9 febrero 2004, rec. 2515/2003); asesor de Organismo Público (STS 28 octubre 2004, rec. 5529/2003); alternadoras en locales de ocio (STS 17 noviembre 2004, rec. 6006/2003); socio de Cooperativa de Trabajo contratada por Administración Pública para tareas de mantenimiento (STS 13 julio 2006, rec. 2203/2005); instaladores de cortinas por cuenta de comercio del ramo (STS 14 marzo 2006, rec. 5343/2004); arquitecto al servicio de Corporación Local y con estudio abierto al público (STS 7 noviembre 2006, rec. 2250/2005), socia fundadora y presidenta de una sociedad de mujeres (STS 20 marzo 2007, rec. 747/2006), médico radiólogo en clínica privada (STS 11 julio 2012, rec. 2812/2011), músico de un establecimiento hotelero (STS 9 julio 2012, rec. 2859/2011) y otros muchos.

4. Posibilidad de contradicción.

La expuesta dificultad no significa que resulte, ni mucho menos, imposible la concurrencia de la suficiente identidad entre los hechos relevantes acreditados en cada caso. De ese modo, por ejemplo, hemos podido pronunciarnos sobre el tipo de vínculo que encauza la actividad de unos actores de doblaje (STS 9 diciembre 2010, rec. 1874/2009 y otras); un administrador solidario que es socio y gerente (STS 26 diciembre 2007, rec. 1652/2006); algunos Agentes de Seguros (STS 23 marzo 1995, rec. 2120/1994) o directivos de Compañías Aseguradoras (STS 13 noviembre 2001, rec. 1146/2001); cobradores de recibos (STS 21 junio 2011, rec. 2355/2010); alumnos de Escuelas-Taller (STS 7 julio 1998, rec. 2573/1997); Arquitecto de Ayuntamiento (STS 23 noviembre 2009, rec. 170/2009); Asesor Jurídico (STS 19 noviembre 2007, rec. 5580/2005); Contratados en régimen administrativo (STS 24 septiembre 1998, rec. 3311/1997 y otras); vendedores de productos catalogados (STS 15 junio 1998, rec. 2220/1997); titulares de un contrato de control y depósito de mercancías (STS 7 marzo 1994),

rec. 615/1993); transportistas (STS 16 marzo 1999), rec. 681/1998, etc.; Director de hotel (STS 22 abril 1997), rec. 3321/1996); empleados de las Cámaras de Comercio (STS 13 julio 1992 (RJ 1992, 5610), rec. 418/1992 y otras); encuestadores (STS 14 febrero 1994), rec. 123/1992 y otras); guías turísticos (STS 10 abril 1995), rec. 2060/1994); informador radiofónico (STS 11 mayo 2009, rec. 4162/2003); Inspector comercial (STS 20 noviembre 2007, rec. 2105/2006 y otras); limpiadora en comunidad de propietarios (STS 25 enero 2000, rec. 582/1999) o en oficinas (STS 20 julio 2010), rec. 3344/2009); empleados en locutorio (STS 20 julio 2010, rec. 4040/1998); maquilladora de televisión (STS 3 mayo 2011), rec. 2228/2010 y otras); técnico de mantenimiento de maquinaria (STS 29 diciembre 1999), rec. 1093/1999); personal sanitario en empresa (STS 23 octubre 2003), rec. 677/2003 y otras) o en centro de reconocimiento de conductores (STS 20 julio 2001), rec. 4207/1999); personal médico al servicio de Compañías Sanitarias (STS 9 diciembre 2004), rec. 5319/2003) o Clínicas privadas (STS 29 noviembre 2010), rec. 253/2010); Odontólogos (STS 7 octubre 2009), rec. 4169/2008 y otras); Peritos tasadores de seguros (STS 8 octubre 1992), rec. 2754/1991); Profesorado de enseñanzas no regladas (STS 22 julio 2008, rec. 3334/2007), o en Escuelas Universitarias adscritas (STS 7 diciembre 1999), rec. 323/1999), o en Colegios Universitarios (STS 5 junio 2007, rec. 2072/2000); Profesor de Religión en Centros Públicos (STS 31 octubre 2000), rec. 442/2000); Psicóloga en Centro de reconocimiento (STS 20 septiembre 1995), rec. 1463/1994); reporteros gráficos (STS 19 julio 2002, rec. 2869/2001); representantes de comercio (STS 13 mayo 1998, rec. 4523/1997); asesor sindical (STS 7 octubre 2005, rec. 2854/2004); subagentes de seguros (STS 28 febrero 2008, rec. 3174/2006 y otros); tertuliano radiofónico (STS Pleno 19 febrero 2014, rec. 3205/2012); trabajos familiares (STS 11 marzo 2005, rec. 2109/2004); trabajador que es accionista y Preside el Consejo de Administración (STS 739/2017 de 28 septiembre); Profesor de Academia que imparte cursos de FP ocupacional (STS 381/2018 de 10 abril); Músicos de Banda perteneciente a Fundación (STS 862/2017 de 7 septiembre); Traductor forense (STS 902/2017 de 16 noviembre); montador de ascensores (STS 44 y 45/2018 de 7 enero) etc.

5. Consideraciones específicas.

A la vista de los supuestos examinados por las sentencias contrapuestas, consideramos que no concurre aquí la identidad sustancial que reclama el legislador.

En la sentencia recurrida consta que el actor recibía órdenes de la empresa y cumplía sus funciones bajo la dependencia de esta. Consta además disponía de despacho en la empresa con teléfono fax y ordenador proporcionados por la empresa, de teléfono móvil, de tarjeta de crédito en la que aparecía como titular junto al Club, o de tarjetas de visita en las que figuraba con el cargo de Director-Gerente del Club.

En la referencial, lo que consta es que la arquitecta desarrollaba su trabajo sin recibir instrucciones u órdenes de la empresa; desde luego, no constan todas las circunstancias a las que se ha hecho referencia en el supuesto de la sentencia recurrida relativas a los medios

materiales de que el demandante disponía para realizar su trabajo.

Las tareas realizadas son asimismo diversas. En la referencial se ejerce una profesión colegiada; en la recurrida se trata de tareas gerenciales.

En consecuencia, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, vamos a desestimar el motivo por falta de contradicción.

3

La indemnización por despido improcedente Motivo 2º del recurso.

1. Formulación del motivo.

El segundo motivo de contradicción tiene por objeto la determinación de la fecha final para el cálculo de la indemnización por despido cuando la sentencia declara la existencia de relación laboral. Se discute si debe tomarse en como fecha final la comunicación extintiva referida a la relación mercantil o la de la sentencia que declara que se existía una relación laboral.

2. Sentencia referencial.

A efectos referenciales el recurso analiza la sentencia dictada por esta Sala con fecha 10 de junio de 2009 (rcud. 3098/2007).

El trabajador fue objeto de despido disciplinario el 25 de mayo de 2006. El día 30 del mismo mes recibió una comunicación en la empresa por la que esta reconocía la improcedencia del despido y optaba por la indemnización poniendo a su disposición el importe de esta, los salarios devengados del 25 al 30 de mayo, así como los correspondientes hasta la fecha del despido. Tanto el Juzgado de lo Social como la Sala de suplicación declararon la improcedencia del despido.

En casación la empresa recurrente planteó la cuestión del "módulo años de servicio" de la indemnización por despido, y en concreto cual ha de ser la fecha límite para dicho cálculo, la del despido que postula la recurrente, o la de la sentencia, que es lo que sostuvo la sentencia de instancia. Esta Sala, citando la sentencia de 21 de diciembre de 1990 (rec. 2397/1989) concluyó que la indemnización por despido debía calcularse únicamente hasta la fecha del despido, al recalcar la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo de despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo.

3. Análisis de la contradicción.

Coincidiendo nuevamente con el Informe del Ministerio Fiscal, consideramos que existe contradicción entre las sentencias comparadas ya que en ambos casos el objeto de debate es el mismo, el momento final del cálculo de la indemnización por despido. Los fallos alcanzados son contrapuestos.

La recurrida declara que la fecha de extinción de la relación contractual del actor debe fijarse en la fecha en que se dicta. La de contraste, por el contrario, concluye que la indemnización por despido debe calcularse únicamente hasta la fecha del despido.

El hecho de que en la sentencia recurrida se declare que la relación contractual del actor con la empresa tenía naturaleza laboral y no mercantil, despejándose la duda litigiosa sobre el particular, es inocuo a estos efectos. Una vez que se concluye el carácter laboral del vínculo, la calificación del cese acordado por la empresa y sin causa, como la propia recurrida indica, equivale a un despido improcedente. La decisión que ahora adoptamos, además, concuerda con la valoración de la propia sentencia referencial:

"Entre las dos sentencias comparadas concurre la exigencia de fallos contradictorios, en relación a la cuestión que se plantea, pues mientras la recurrida calcula la indemnización por despido improcedente hasta la fecha en que se dicta la sentencia, la de contraste la calcula únicamente hasta la fecha del despido. Igualmente se cumple la exigencia de identidad en la cuestión jurídica planteada, en cuanto las pretensiones de las partes en vía de suplicación fueron las mismas, denunciando la misma infracción jurídica, sin que la inexistencia de un específico razonamiento por parte de la sentencia recurrida enerve esta igualdad, pues la contradicción en este punto no deriva tanto de los argumentos que la sentencia haya utilizado como del planteamiento jurídico de la cuestión, lo que permite apreciar la existencia de contradicción incluso en aquellos supuestos en los que la sentencia haya aplicado por error preceptos jurídicos distintos de los invocados por la parte o incluso en el caso -que aquí concurre- de que la misma no contenga argumentación expresa sobre el aspecto denunciado, siempre y cuando, aunque sea de forma tácita, resuelva la cuestión controvertida".

Superado, pues, el requisito de la contradicción procede que entremos en el fondo de la cuestión suscitada y que unifiquemos las doctrinas contradictorias.

4

Doctrina de la Sala sobre *dies ad quem* a efectos de indemnización por despido improcedente.

La doctrina de esta Sala sobre la cuestión suscitada se halla recogida no solo en la sentencia referencial, sino en otras muchas, tanto anteriores como posteriores. En este sentido puede verse las SSTs de 1 de julio de 1991; 17 de mayo de 2000 (rcud. 1791/1999); 21 de octubre de 2004 (rec. 4966/2002); 18 febrero 2016 (rec. 3257/20º 4); 16 septiembre 2016 (rec.

38/2015); 565/2017 de 28 junio (rcud. 2846/2015); 582/2017 de 4 julio (rcud 2991/2016).

Seguidamente recogemos sus núcleos argumentales

1. Eficacia extintiva del despido.

Con arreglo a la formulación de las primeras sentencias que unificaron doctrina sobre el tema, "no se puede sostener que el despido no extingue el contrato, sino que tal efecto pende de lo que definitivamente se resuelva en la vía judicial". Un argumento crucial para nuestra construcción viene constituido por el carácter extintivo, constitutivo si se quiere, que posee la decisión empresarial de dar por terminado el contrato de trabajo.

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo de despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo; así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 3 del Convenio 158 de la O.I.T; así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 33/1987, de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular". Por ello sólo en el supuesto, que no es el de autos, en que se hubiese optado por la readmisión y ésta fuese irregular se admite el cómputo de períodos posteriores al despido, lo que deriva, no de que el despido no extinga el contrato, sino que el empresario, con su opción, ha restablecido el contrato".

2. Sentido de la "convalidación" judicial.

En ocasiones se ha cuestionado el carácter ejecutivo que posee la decisión empresarial de despedir acudiendo a un razonamiento construido a partir de la previsión legal (actual art. 55.7 ET) conforme a la cual "el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación". Nuestra doctrina ha salido al paso de ese enfoque, del siguiente modo:

"[...] lo que a contrario sensu significa que el despido improcedente cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo restablecen o hacen renacer el contrato inicialmente extinguido. ".

3. Salarios de tramitación y cotizaciones.

En determinados supuestos, el despido comporta la obligación empresarial de seguir abonando salarios y cotizaciones a la Seguridad Social hasta una fecha posterior. Sin embargo, ni siquiera cuando ello sucede se ha variado nuestra doctrina sobre carácter extintivo de la decisión empresarial pues ello concuerda con

"[...] la reiterada doctrina de esta Sala sobre la naturaleza indemnizatoria, no salarial, de los denominados salarios de tramitación (sentencia de 9 de diciembre de 1999, que sigue otras anteriores) es coherente con el argumento antes expuesto". La misma sentencia advierte que la obligación del empresario de mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el tiempo que coincida con los salarios de tramitación supone simplemente que esa obligación es aplicable a la Seguridad Social pública".

4. Efectos reflejos sobre la indemnización.

Llevando al terreno del cálculo de la indemnización por despido improcedente cuanto llevamos expuesto, la conclusión que surge parece clara:

"Este razonamiento permite concluir afirmando que el acto del despido disciplinario es de naturaleza constitutiva, es decir, extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido, de manera que no es lógico sostener que ese periodo de tiempo haya de computarse en la antigüedad del trabajador, a ningún efecto, pues en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes."

La solución que damos a este supuesto, lógicamente, no vale para el caso en que la extinción de la relación laboral se acuerde en la propia sentencia que declara la improcedencia del despido; en este caso el tiempo de servicios, a efectos indemnizatorios, se computa hasta la fecha de la sentencia que declara la extinción. En tal sentido puede examinarse tanto el art. 110.1 LRJS cuanto la doctrina que contiene nuestra STS 6 octubre 2009 (rcud 2832/2008); como en ella se explica "la solución adoptada en la sentencia recurrida en cuanto a la indemnización, limitando el periodo computable como tiempo de servicios al comprendido entre la fecha de inicio de la relación laboral y la fecha del despido, que sería la aplicable cuando la empresa pudiera hacer uso del derecho de opción ex art. 56.1 ET entre readmisión del trabajador o extinción contractual indemnizada, no resulta la decisión coherente cuando se decreta en la propia sentencia la imposibilidad de readmitir".

Resolución.

A) El artículo 228 dispone que "Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe".

B) Lo razonado pone de manifiesto que respecto del modo de calcular la indemnización la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste. Eso conlleva, de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, la estimación del motivo y subsiguiente estimación parcial del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida únicamente en cuanto al monto de la indemnización por despido, que debe calcularse únicamente hasta la fecha del despido acaecido el 31 de agosto de 2016, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, con devolución del depósito constituido y sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

C) Respecto del cálculo de la indemnización, hay que recordar que el trabajador venía percibiendo una cantidad de 2.500 euros mensuales, sin variación según el concreto número de días que posea cada mes. En consecuencia, tampoco procede tener en cuenta que haya sido despedido en año bisiesto, sino que el importe anual percibido (30.000 €) debe dividirse entre 365 (82,19 € día), como de ordinario. El artículo 56.1 ET dispone que la indemnización por despido improcedente es de 33 días por cada año de servicios, prorrateándose por meses los periodos inferiores ($33:12=2,75$ días por mes de servicios). Eso significa que en el presente caso la estimación del recurso de suplicación del trabajador debe desembocar en la calificación de su despido como improcedente, como resuelve la sentencia recurrida, pero con una indemnización de cinco mil cuatrocientos veinticuatro euros con cincuenta y cuatro céntimos ($24 \times 2,75 \times 33 = 5.424,54$ €) si es que la empresa opta por su abono en lugar de la readmisión.

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 empresa Club Internacional de Tenis Monte del Pilar, representada y defendida por el Letrado Sr. Serra Mena.

2º) Casar y anular en parte la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de mayo de 2017, en el recurso de suplicación nº 260/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 20 de enero de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Madrid, en los autos nº 866/2016, seguidos a instancia de dicha recurrente contra D. Mario, sobre despido, únicamente en cuanto al cálculo de la indemnización por despido, que debe calcularse hasta la fecha del cese en la prestación de servicios, acaecido el 31 de agosto de 2016, ascendiendo a un total cinco mil cuatrocientos veinticuatro euros con cincuenta y cuatro céntimos (5.424,54 €), manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

3º) Ordenar la devolución del depósito constituido.

4º) Ordenar que las cantidades depositadas o avaladas sean destinadas al fin legalmente previsto.

5º) No imponer las costas derivadas del presente recurso, debiendo asumir cada parte las propias.

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

Así se acuerda y firma.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance