



Roj: **STS 4346/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4346**

Id Cendoj: **28079140012013100580**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2013**

Nº de Recurso: **2926/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "ATLANTA AGENCIA DE VIAJES, S.A.", representada y defendida por la Letrada Doña Eulàlia Pardo de Atín Maresch contra la sentencia dictada en fecha 16-julio-2012 (rollo 4519/2011) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador Don Ángel Daniel contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, de fecha 25-abril-2011 (autos 155/2011), en autos seguidos a instancia de referido trabajador contra la citada empresa, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido Don Ángel Daniel, representado y defendido por la Letrada Doña Natalia Irureta Bolorinos.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina**,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO**.- El día 16 de julio de 2012 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 4519/2011 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, en los autos nº 155/2011, seguidos a instancia de Don Ángel Daniel contra la empresa "Atlanta Agencia de Viajes S.A." sobre reclamación de cantidad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es del tenor literal siguiente: " *Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por el demandante D. Ángel Daniel contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid en fecha 25-4-11 en autos 155/11, seguidos a instancia del recurrente contra Atlanta Agencia de Viajes S.A. y en consecuencia revocamos dicha sentencia en parte, condenando a la empresa al abono de 10.424,95 euros en concepto de preaviso, además de la cantidad ya fijada en la sentencia de 4.999,49 euros manteniendo subsistente el resto de los pronunciamientos* ".

**SEGUNDO**.- La sentencia de instancia, de fecha 25 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, contenía los siguientes hechos probados: " *Primero.- Don Ángel Daniel vino prestando servicios para la empresa Atlanta Agencia de Viajes, S.A desde el 8 de enero de 2008 con categoría de Director en virtud de contrato de trabajo suscrito en esa fecha y con las condiciones previstas en el anexo suscrito el 18 de diciembre de 2007, que como documento número 1 y 2 del demandante se dan por reproducidos. Segundo.- El 21 de octubre de 2010 la empresa comunicó al actor su despido disciplinario, reconociendo a los meros efectos formales la improcedencia y ofreciéndole una indemnización de 23.800,09 euros que fue consignada en los Juzgados de lo Social de Madrid, correspondiendo su reparto al Juzgado número 32 que ha gestionado la entrega de aquella al trabajador. Tercero.- La empresa tiene establecido con el trabajador un sistema de incentivos en virtud del cual se abonaría al actor en los años 2009 y 2010 el 20% de su retribución fija de 60.000 euros anuales si se alcanzase un volumen de negocio de 800.000 euros anuales y se realizasen 3 visitas semanales de nuevos clientes y 5 visitas semanales de seguimiento de clientes ya existentes. Cuarto.- En el año 2008 el actor generó incentivos*



que le fueron abonados en julio de 2009 por importe de 9.600 euros. Quinto.- La empresa no ha abonado al trabajador incentivos correspondientes a los años 2009 y 2010, importe alguno por falta de preaviso al despido disciplinario, devolución de retenciones del 10% en importe de 4.850 euros y gastos de devolución por importe de 148,49 euros. Sexto.- El 2 de diciembre de 2010 presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose sin efecto el preceptivo acto previo el 22 de diciembre de 2010. Séptimo.- La empresa se encuentra en el ámbito del Convenio Colectivo estatal de agencias de viajes 2004-2006 (BOE 107/2005, de 5 de mayo de 2005) y su revisión salarial para 2010 (BOE 66/2010, de 17 de marzo de 2010) ".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que estimando en parte como estimo la demanda formulada por Don Ángel Daniel contra la empresa Atlanta Agencia de Viajes, S.A debo condenar y condeno a ésta a que abone a aquel la cantidad de 4.999,49 euros " .

**TERCERO.-** Por la Letrada Doña Eulàlia Pardo de Atín Maresch, en nombre y representación de la empresa "Atlanta Agencia de Viajes, S.A." 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 Superior de Justicia de Madrid, de fecha 9-abril-2012 (rollo 2767/2011 ). SEGUNDO.- Alega infracción de lo dispuesto en los arts. 1091 del Código Civil (CC ) y 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET ).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 18 de febrero de 2013 se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida, Don Ángel Daniel , representado y defendido por la Letrada Doña Natalia Irueta Bolorinos, para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 9 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si en un supuesto en el que la empleadora pactó con el trabajador en su contrato de trabajo que ambas partes podrían poner término a la relación laboral mediante preaviso de tres meses sustituible por compensación económica, tal compensación debería ser abonada cuando la empresa procediera al despido disciplinario del trabajador reconociendo su improcedencia y optando la empleadora por la indemnización.

**2.-** La sentencia recurrida ( STSJ/Madrid 16-julio-2012 -rollo 4519/2011), revocatoria de la de instancia (SJS/Madrid nº 41 de 25- abril-2011 -autos 155/2011), ha dado una respuesta positiva. Partiendo de que " los importes legales de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo son de derecho necesario relativo, y por lo tanto mejorables respecto del trabajador por convenio colectivo o pacto individual, como viene reconociendo la jurisprudencia, entre otras las sentencias del TS de 19-11-01 y 23-5-05 ", y, tras analizar las sentencias de esta Sala Social del Tribunal Supremo de fechas 7-diciembre-1985 , 2-diciembre-1989 , 12- marzo-1991 y 19-noviembre-2001 , concluye que " Tal jurisprudencia resulta de aplicación en el presente supuesto, ya que en el contrato se pactó que ambas partes podrían poner término a la relación laboral mediante preaviso de tres meses, el cual podría sustituirse por una compensación en metálico equivalente al salario diario correspondiente a la retribución de ese año multiplicado por el período de tiempo incumplido (cláusula 13.1). Ambas partes y la sentencia coinciden en que la relación laboral del actor era ordinaria y no especial de alta dirección, pese a la denominación plasmada en el anexo del contrato. Ciertamente la legislación laboral no permite la finalización del contrato de trabajo por la sola voluntad del empresario, pero precisamente por ello se ha estipulado seguidamente que corresponderá el pago de la indemnización prevista en el Estatuto de los Trabajadores en caso de resolución de la relación laboral en el caso de decisión unilateral de la empresa (cláusula 13.2.1) además de en los casos de incumplimientos contractuales graves de la empresa (13.2.2) y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (13.2.3) " y que " Por ello hay que concluir que la indemnización por despido improcedente, reconocido por la empresa, es compatible con la indemnización por falta de preaviso que se ha pactado para los casos de decisión unilateral de ruptura de la relación laboral " .

**3.-** Solución contraria se da en la sentencia invocada como de contraste ( STSJ/Madrid 9-abril-2012 -rollo 2767/2011 ) por la empleadora ahora recurrente en casación unificadora, afectante a otro trabajador de la misma empresa que había suscrito un anexo a su contrato de trabajo en el que se contenía análoga estipulación y había sido despedido disciplinariamente reconociendo la empresa la improcedencia y habiendo optado por la indemnización. Parar llegar a tal conclusión denegatoria se razona que " Se centran los términos del presente debate en la interpretación de lo expresamente pactado por las partes en el anexo al contrato de trabajo ... en cuya cláusula 13.1 se establece ... que #Ambas partes podrán poner término a la relación



laboral a que el presente contrato se refiere, mediante preaviso de tres (03) meses, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 2.1 del presente contrato. Este preaviso podrá sustituirse por una compensación en metálico equivalente al salario diario correspondiente a la retribución de ese año multiplicado por el período de tiempo incumplido# ", resaltando que " No cabe duda de que la cláusula 13.1 del Anexo al contrato de trabajo ... regula los supuestos de resolución del contrato de trabajo por la voluntad unilateral de las partes, ya sea ésta, por dimisión del trabajador o por desistimiento empresarial, y que solo en estos supuestos se prevé el preaviso de tres meses ", que " Mientras que las cláusulas 13.2 y 13.3 del Anexo al contrato de trabajo ..., regulan los supuestos de extinción por incumplimientos del empresario que dan lugar a la preceptiva indemnización y por incumplimientos del trabajador que no dan lugar a indemnización alguna ", concluyendo que " Es por ello, por lo que la Sala entiende que los términos del contrato son claros y que no dejan duda sobre la intención de los contratantes, y habrá de estarse en consecuencia al sentido literal de la cláusula controvertida de modo que habiéndose procedido por la mercantil ... al despido disciplinario de la trabajadora mediante comunicación empresarial de fecha ..., habremos de concluir ineludiblemente que la trabajadora no tiene derecho al preaviso de tres meses interesado en esta sede de recurso ".

4.- Como se deduce de lo expuesto, y señala el Ministerio Fiscal en su informe, concurre el requisito o presupuesto de contradicción entre sentencias exigido en el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) para viabilizar el recurso de casación unificadora, pues ante litigantes en idéntica situación, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas llegan a pronunciamientos distintos; por lo que debe entrarse a analizar los motivos del recurso, invocando la empresa recurrente como infringidos por la sentencia recurrida los arts. 1091 Código Civil (" Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos ") y 3.1.c) Estatuto de los Trabajadores (" 1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: ... c. Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados ").

**SEGUNDO.- 1.-** La jurisprudencia de esta Sala, como se recoge en la detallada sentencia recurrida, ha venido dando, en supuestos análogos, una respuesta acorde con la compatibilidad de la indemnización por extinción contractual derivada de despido declarado o reconocido como improcedente con la indemnización pactada en caso de falta de preaviso, advirtiendo incluso que " si encuentra el empleador la posibilidad de eludir el cumplimiento de su obligación contractual mediante el cauce de la gratuita imputación de una causa extintiva del contrato totalmente improsperable, ya sea objetiva ... o motivadora de despido disciplinario; ... ello equivaldría aceptar como jurídicamente eficaz una conducta que entraña claro abuso de derecho y aún fraude de ley, conculcaciones ambas del ordenamiento terminantemente proscritas por los arts. 7.º-2 y 6.º-4 del Código Civil , de eficacia **cuasiconstitucional** ".

2.- En la STS/Social 7-diciembre-1985 , dictada en recurso de casación por infracción de ley, se argumenta para llegar a dicha conclusión estimatoria que " De una parte, porque inexistente la causa alegada, la decisión extintiva queda sin otro fundamento que la voluntad de quien la adopta, que con aquélla se quiso solapar. De la otra, porque si es cierto que la extinción por causa objetiva puede ser calificada de nula, improcedente o procedente (art. 53-5 del Estatuto) ..., y que de dicha calificación de improcedente se siguen -normalmente- los mismos efectos que cuando recae sobre despido disciplinario, tales consecuencias están legalmente previstas en beneficio del trabajador, sin que las mismas puedan, en ningún caso, irrogarle perjuicio. El que evidentemente se produce si encuentra el empleador la posibilidad de eludir el cumplimiento de su obligación contractual mediante el cauce de la gratuita imputación de una causa extintiva del contrato totalmente improsperable, ya sea objetiva ... o motivadora de despido disciplinario; porque ello equivaldría aceptar como jurídicamente eficaz una conducta que entraña claro abuso de derecho y aún fraude de ley, conculcaciones ambas del ordenamiento terminantemente proscritas por los arts. 7.º-2 y 6.º-4 del Código Civil , de eficacia **cuasiconstitucional**. La indemnización prevista para el supuesto de despido improcedente constituye un remedio para el conculcado derecho del trabajador a mantener su empleo, que sólo en defecto de otro más eficaz cabe aplicar, pues si éste se halla previsto constituye un derecho por él adquirido del que en modo alguno puede ser privado. Y tal sucede en el presente caso, en el que el contrato -que es fuente de la relación laboral según el art. 3-1,c) del ET , del que se sigue también como del número 5 del propio precepto la prevalencia del principio «pro operario» como rector de la misma- especifica cuál ha de ser la indemnización que corresponde al trabajador si aquél terminara por la sola voluntad de la empresa. Con ello prevé una causa de extinción que está legitimada por el art. 49-2 del tan repetido Estatuto ... que una vez más incide en explicitar la tutela, que merecen los derechos del trabajador al advertir sobre posible abuso contra los mismos ... ".

3.- La misma doctrina se sustenta en la STS/Social 2-diciembre-1989 , recaída en recurso de casación por infracción de ley, que se remite a la antes citada, señalando que " La tesis del recurrente viene igualmente abonada por la doctrina de la Sentencia de la Sala de 7 de diciembre de 1985, que con amparo en lo dispuesto en



los mencionados arts. 1091 del Código y 3.1 c) del Estatuto, declara compatibles la indemnización legalmente establecida por la rescisión injustificada y la debida por el preaviso pactado y no observado; y todo ello ante un contrato ordinario, en el que quedaba de manifiesto la escasa indemnización ofrecida por la empresa. También en el caso de autos se trata de un preaviso de extinción pactado en el contrato y no cumplido por la empresa, respecto del que se pide ahora su equivalente indemnizatorio".

4.- " A sensu contrario ", la propia doctrina es deducible de la STS/Social de 27-marzo-1990 (casación por infracción de ley), al concluir que " No corresponde el abono de la indemnización correspondiente al período de preaviso también pedida por el recurrente, puesto que el cese se ha producido por resolución por voluntad del trabajador y no por desistimiento del empleador o empresario ".

5.- Se concreta que únicamente cuando se opta por la extinción contractual es aplicable la cláusula de preaviso, razonándose en la STS/Social 12-marzo-1991 (infracción de ley), que " la cláusula de preaviso, añadida a un contrato de trabajo es válida, el problema surge sobre el alcance que, la convenida entre las partes, ha de tener en un despido disciplinario que por ser declarado improcedente, da lugar a la doble posibilidad de que el trabajador se reintegre a su puesto de trabajo con la percepción de los salarios de tramitación o que cese en el trabajo mediante una indemnización; por ello se ha de concluir que sólo en este último supuesto se ha prescindido de sus servicios, y en su consecuencia, sólo entonces, es aplicable la cláusula de preaviso, que al no haber sido respetada, se traduce en un aumento de la indemnización acordada, igual a los salarios que se hubieran percibido durante el tiempo de preaviso convenido ".

6.- En los recursos de casación unificadora previstos en la posterior normativa procesal social se ha seguido la anterior línea interpretativa, como se refleja en la STS/IV 19-noviembre-2001 (rcud 3083/2000 ), razonando que " En ... la cláusula sexta del contrato, en la que se regulan las indemnizaciones en caso de extinción del contrato, se establece ... que «si la decisión extintiva procediera de la empresa, ésta vendrá obligada a preavisar con una antelación mínima de un año. De no cumplirse el mencionado plazo de preaviso, la empresa vendrá obligada a indemnizar al señor ..., independientemente de la indemnización prevista en el párrafo primero de esta cláusula, en la cuantía correspondiente al período de preaviso no observado». El tenor literal de lo pactado hace compatible la percepción de los salarios correspondientes al período de preaviso no cumplido, con la indemnización por despido que se establece en el párrafo anterior del contrato. A tal conclusión ha de llegarse a la vista de la expresión «independientemente de la indemnización prevista». Y tal pacto no es contrario al orden público ni de imposible cumplimiento, sino una obligación que, de acuerdo con el art. 1091 del Código Civil -precepto cuya infracción denuncia el recurrente- genera obligaciones exigibles ".

7.- En el mismo sentido concluyen las SSTS/IV 25-11-2008 (rcud 5057/2006 ) y 11-marzo-2013 (rcud 712/2012 ), declarando que la referida cuestión ya " ha sido examinada y resuelta por esta Sala en sus sentencias de 7 de diciembre de 1985 , 2 de diciembre de 1989 , 12 de marzo de 1991 (Rec 709/90 ) y 19 de noviembre de 2001 (Rec 3083/00 ). En ellas se viene a concluir que la cláusula por preaviso juega cuando el empresario opta por no readmitir, momento en el que se rescinde el contrato por su voluntad y debe abonar la indemnización correspondiente, legal o pactada, y la compensación por el preaviso que se hubiese convenido. Como se dice en las dos últimas #el problema surge sobre el alcance que la convenida entre las partes ha de tener en un despido disciplinario que, por ser declarado improcedente, da lugar a la doble posibilidad de que el trabajador se reintegre a su puesto de trabajo con la percepción de salarios de tramitación o que cese en el trabajo mediante una indemnización; por ello se ha de concluir que sólo en ése último supuesto se ha prescindido de sus servicios, y en su consecuencia, sólo entonces, es aplicable la cláusula de preaviso, que al no haber sido respetada se traduce en un aumento de la indemnización acordada, igual a los salarios que se hubieran percibido durante el periodo de preaviso convenido, razones que obligan a estimar el motivo... #". Concluyendo que " Cual se infiere de esta doctrina, la indemnización por falta de preaviso se suma a la indemnización por la rescisión contractual, cuando habiéndose pactado en el contrato el patrono accede a la rescisión del mismo tras la declaración de improcedencia del despido ".

**TERCERO.-** Procede, por lo expuesto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, – y reiterando y asumiendo la doctrina de esta Sala, reflejada, entre otras, en las citadas SSTS/Social 7-diciembre-1985 , 2-diciembre-1989 , 27-marzo-1990 y 12-marzo-1991 recaídas en recursos de casación por infracción de ley y en las SSTS/IV 19-noviembre-2001 (rcud 3083/2000 ), 25-11-2008 (rcud 5057/2006 ) y 11-marzo-2013 (rcud 712/2012 ) –, entender que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia recurrida, y declarar que la indemnización por despido improcedente, reconocido por la empresa, es compatible con la indemnización por falta de preaviso que se ha pactado para los casos de decisión unilateral de ruptura de la relación laboral; pues el supuesto ahora enjuiciado en el que la empresa procedió al despido disciplinario del trabajador reconociendo su improcedencia y optando la empleadora por la indemnización equivale a una extinción unilateral empresarial que da derecho a la indemnización por preaviso incumplido pactada contractualmente entre las partes, dado que otra interpretación, como destacó desde antiguo nuestra jurisprudencia, posibilitaría





al empleador eludir el cumplimiento de su obligación contractual mediante el cauce de la gratuita imputación de una causa extintiva del contrato totalmente improsperable, lo que equivaldría aceptar como jurídicamente eficaz una conducta que entrañaría claro abuso de derecho y aún fraude de ley ( arts. 6 y 7 CC ). Con costas y pérdida del depósito, dando a la consignación o afianzamiento, en su caso, el destino legal ( arts. 228.3 y 235.1 LRJS ).

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

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "ATLANTA AGENCIA DE VIAJES, S.A.", contra la sentencia dictada en fecha 16-julio-2012 (rollo 4519/2011) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , en el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador Don Ángel Daniel contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, de fecha 25-abril-2011 (autos 155/2011), en autos seguidos a instancia de referido trabajador contra la citada empresa. Con costas y pérdida del depósito, dando a la consignación o afianzamiento, en su caso, el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,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. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.