



Roj: **STS 6581/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:6581**

Id Cendoj: **28079140012013100908**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/10/2013**

Nº de Recurso: **1297/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1728/2012,**
STS 6581/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Octubre 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 letrada Sr. Martín Pastor en nombre y representación de ORACLE IBERICA SRL contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 5087/11 , interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid , en autos núm. 323/11, seguidos a instancias de D. Bernardino contra la ahora recurrente sobre **despido**.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Bernardino representado por el letrado Sr. Rodríguez Parada.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13-05-2011 el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- D. Bernardino ha venido prestando servicios para la empresa Oracle Ibérica SRL con antigüedad de 1 de octubre de 1996 y categoría de licenciado en el puesto de trabajo de responsable del Area de negocio "Data Management" para el sur de Europa (España, Portugal, Italia y Francia).

2º.- El actor venía percibiendo un salario fijo anual de 159.970,34 euros y una antigüedad de 3.085 euros; además de un salario variable cuya cuantía es distinta según la anualidad.

3º.- La empresa ponía a disposición del personal directivo un vehículo automóvil para uso propio, con un valor de uso anual en 2010 para el actor asciende a 11.065,06 euros.

4º.- La empresa tiene concertado un seguro colectivo de vida y accidentes para los trabajadores, aportando por el actor un importe anual en el año 2010 de 1.505,77 euros. Tiene también concertado un seguro médico con la entidad SANITAS a favor del actor por importe anual en 2010 de 1.720,86 euros, aportando el 50% la empresa y el otro 50% el trabajador.

5º.- El salario variable se abona computando el año fiscal que a tales efectos comprende desde junio de una anualidad a mayo de la siguiente. El sistema de devengo y cálculo se establece para cada división por los Directivos y responsables de ésta a comienzos del año fiscal, asignándose un fondo económico que se distribuye al finalizar dicha anualidad según los criterios y conforme a los requisitos establecidos para cada ejercicio. Dichos criterios para el año 2010 son los que se dicen en los documentos 6 a 13 de la demandada, siendo el cálculo de la cantidad devengada por el demandante conforme a las condiciones pactadas el que



aparece en los documentos nº 12 y 13 de la empresa. La cuantía percibida por el demandante en tal concepto en el año 2009 fue de 30.698,9 €, y en el año 2010 de 22.177,77 €.

6º.- En fecha 11 de noviembre de 2010 la empresa comunicó al actor cuales eran las condiciones a él aplicables para el bonus del año 2011, tal como constan en el documento número 21 de la empresa, contestando el actor en fecha 19 de enero 2011 tal y como consta en su documento 58, ambos por reproducidos.

7º.- El 24 de noviembre la empresa comunicó al demandante que con efectos de 31 de enero de 2011 procedería a su **despido**, presentándole para su firma el documento número 11 del actor que se da por reproducido, siendo firmado por éste. Conforme al mismo, se ofreció al trabajador el reconocimiento de la improcedencia, el abono de una indemnización de 45 días por año de servicio, dos meses de preaviso y la autorización para no comparecer al puesto de trabajo hasta el momento del **despido**. El actor no volvió a la empresa desde entonces hasta el 31 de enero de 2011. El 25 de enero de 2011 la empresa comunicó al trabajador por escrito remitido por burofax y entregado posteriormente en mano el 31 de enero de 2011, la extinción de su contrato de trabajo por **despido** con fecha de 31 de enero de 2011. En dicha comunicación se expresaba como motivo de la decisión el de las faltas de adecuación en su actuación profesional a las necesidades que la empresa necesitaba. En el mismo escrito la empresa manifestaba que reconocía la improcedencia del **despido** y que ponía a su disposición su indemnización, liquidación, saldo y finiquito.

8º.- De forma y en tiempo coetáneo al demandante, la empresa comunicó a otros dos trabajadores; D. Eutimio y D. Florentino, la extinción de su contrato de trabajo alegando la misma causa que en la del actor.

9º.- En el mes de julio de 2010 la empresa se reunió con el Comité de Empresa Europeo para comunicarle, entre otras cosas, que la fusión prevista con otra entidad iba a dar lugar a la extinción de unos 70 puestos de trabajo en España. El día 1 de diciembre se iniciaron los contactos con el Comité de Empresa de España para la tramitación de un Expediente de Regulación de Empleo. El día 1 de febrero de 2011 las partes alcanzaron un acuerdo que suscribieron formalmente, una vez consultado con la Dirección de la empresa, el 14 de febrero de 2011.

10º.- El 11 de marzo de 2011 presentó la empresa solicitud de Expediente de Regulación de Empleo, dictándose resolución por la Dirección General de Trabajo en esa misma fecha autorizando la extinción de 67 contratos de trabajo con aplicación desde la fecha de la resolución hasta el 31 de mayo de 2011. Entre las condiciones del Acuerdo se estableció que la extinción de menores de 60 años daría lugar a una indemnización de 55 días por año de servicio, sin límite de años y dividiendo el salario anual sobre 360 días. Dicha resolución es la que figura en el documento número 27 de la demandada, dándose por reproducido.

11º.- A fecha de celebración del juicio oral no se ha nombrado ni se ha contratado a ninguna persona para ocupar el puesto de trabajo del demandante.

12º.- La empresa pone a disposición de los trabajadores una tarjeta de uso único para el abono de las comidas por un importe exacto y común. En el año 2010 el importe de éste concepto ha ascendido a 1.200 €.

13º.- El 25 de febrero de 2011 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose sin avenencia el preceptivo acto previo el 16 de marzo de 2011."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando como estimo la demanda formulada por D. Bernardino contra la empresa Oracle Ibérica SRL, debo declarar y declaro la improcedencia del **despido** condenando a ésta a que readmita al trabajador en las mismas condiciones anteriores al **despido** o a que, si así lo manifiesta por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, le indemnice con la cantidad de 433.136,16 €; así como, en cualquier caso al abono de los salarios devengados desde el **despido** hasta la notificación de esta sentencia a la empresa, por importe de 549,45 € por día."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Bernardino, y Oracle Iberica SRL. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 20-03-2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Bernardino y de ORACLE IBERICA SRL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de los de Madrid, de fecha 13 de mayo de 2011, en los autos número 323/11, en virtud de demanda presentada por D. Bernardino frente a ORACLE IBERICA SRL, en reclamación por **despido**, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, condenando a la empresa recurrente a abonar al letrado que ha impugnado su recurso la cantidad de 300 euros, en concepto de honorarios. Dese a los depósitos y consignaciones que se hayan constituido el destino legal.

TERCERO.- Por la representación de ORACLE IBERICA SRL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 11-05-2012. Se aportan como sentencias



contradictorias con la recurrida, para los cuatro motivos invocados, las dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 14-06-2005, (R-5237/04) y 7-04-2003 (R- 551/03), y de este Tribunal Supremo de 17-12-2009 (rcud. 957/09), 9-05-2011 (rcud. 2374/10), y 18-12-09 (rcud. 71/2009)

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 26-11-2012 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25/09/2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa recurrente plantea varios puntos de contradicción.

El primero de ellos suscita la cuestión de la naturaleza jurídica que ha de atribuirse al seguro de vida y de accidente que tenía concertado la empresa para sus trabajadores. Niega la parte recurrente que pueda atribuírsele el carácter salarial al mismo, como hace la sentencia recurrida, confirmando la de instancia.

A fin de cumplimentar la exigencia de la previa existencia de contradicción del art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se aporta en el recurso, como sentencia referencial, la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia el 14 de junio de 2005 (rollo 5237/2004).

En dicha sentencia, dictada en proceso de **despido**, se rechazaba la pretensión del trabajador de incluir los seguros de vida y accidente en el cálculo del salario a efectos de indemnización por **despido**. La Sala de Madrid consideró que se trataba de una mejora voluntaria de la Seguridad Social, excluida del art. 26.2 del Estatuto de los trabajadores (ET), y, por tanto, habían de considerarse devengos extrasalariales, incluso en el caso resuelto en que se había pactado que se computarían para cuantificar el salario regulador del **despido**.

Concorre la necesaria contradicción pues en ambos casos se discute si el seguro de vida y accidentes contratado por la empresa ha de computarse como salario regulador a los efectos de **despido** improcedente, llegando las sentencias comparadas a soluciones opuestas.

SEGUNDO.- Con arreglo al art. 26.1 ET , tienen la consideración de salario " *la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo* ".

Por el contrario, no tienen la consideración de salario " *las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspenso o **despidos*** " (art. 26.2 ET).

Ninguna duda cabe que el abono del seguro en beneficio del trabajador por parte de la empresa deriva de la existencia de la relación laboral entre las partes y, es por tanto, una contrapartida a las obligaciones del trabajador.

Por otra parte, contrariamente a lo que sostiene la sentencia de contraste, se hace difícil considerar que el citado seguro constituye uno de los supuestos de exclusión del apartado 2 del citado art. 26 ET y ello aun cuando se llegara a aceptar su naturaleza de mejora de la Seguridad Social -para lo cual habría de analizarse si, efectivamente, mediante el indicado seguro se estaría mejorando directamente prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social con arreglo a los arts. 191 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) -. En tal hipotético caso, lo que podría quedar excluido del concepto de salario sería, con arreglo a la norma legal, la obtención de las ulteriores prestaciones o indemnizaciones derivadas de aquel beneficio de origen contractual, pues es a éstas a las que expresamente se refiere el mencionado precepto.

Como ya apuntamos en nuestra sentencia de 27 de junio de 2007 (rcud. 1008/2006), el seguro de vida forma parte de la estructura del salario, como una partida más. Lo que se pone de relieve incluso en la configuración de las hojas de nómina.

Así mismo cabe poner de relieve la calificación fiscal del seguro como retribución en especie en el mismo sentido que el uso del vehículo. A tenor del art. 42.2 de la Ley 35/2006 , sobre la renta de las personas físicas, la exclusión, a efectos fiscales en el concepto de retribución en especie de las primas de seguros, solo abarca, a las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador y a las primas o cuotas satisfechas a entidades aseguradoras



para la cobertura de enfermedad, cuando no excedan de 500 € anuales, siendo el exceso sobre dicha cuantía retribución en especie.

Por consiguiente, con independencia de que el seguro se hubiera estipulado individualmente o por un compromiso de carácter colectivo de la empresa, la prima que la empresa abonaba mensualmente por el citado beneficio constituye una retribución en especie por la prestación de servicios, junto con los demás conceptos que integran la hoja de salarios.

Por todo ello, el recurso debe ser desestimado en este extremo, ya que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina ajustada a Derecho.

TERCERO.- Los restantes puntos que plantea el recurso de casación de la empresa han de ser rechazados por no reunir el requisito de admisibilidad de la contradicción.

Así, se suscita la cuestión de la vulneración de principio de igualdad por concederse al trabajador una indemnización superior a la que se fijó en el ERE por el que se autorizó la extinción de otros contratos de trabajo.

El 24 de noviembre de 2010 la empresa le comunicó al actor su **despido** y le presentó a la firma un documento en el cual ofrecía el reconocimiento de la improcedencia, así como una indemnización de 45 días de salario por año de servicio; documento que firmó el actor. El 25 de enero de 2011 la empresa materializó el **despido** mediante un burofax alegando la causa de tal decisión y reconociendo su improcedencia. Al mismo tiempo fueron despedidos otros dos trabajadores por la misma causa. En julio de 2010 la empresa se había reunido con el comité de empresa europeo para discutir, entre otras cosas, la extinción de 70 puestos de trabajo. El 1 de diciembre de 2011 se iniciaron los contactos con el comité de empresa español para tramitar un expediente de regulación de empleo, que se aprobó finalmente por resolución de la autoridad laboral. En dicho acuerdo se estableció que la extinción contractual de los menores de 60 años lo sería con una indemnización de 55 días de salario por año de servicio, sin límite de años y dividiendo el salario anual por 360 días.

La sentencia recurrida ha confirmado la de instancia que fijó la indemnización aplicando el mismo baremo que el establecido para la extinción indemnizada de los contratos mediante el ERE, con el objeto de evitar un trato desigual e injustificado del actor con respecto a dichos trabajadores.

La empresa alega como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de abril de 2003 (R. 551/2003), que desestima el recurso de suplicación del actor interpuesto con la finalidad de que se le reconozca la indemnización de 100 días de salario por año de servicio -fijada en un ERE de la empresa- frente a la reconocida por el juzgado de lo social a razón de 45 días de salario por año de servicio. Alega la infracción de los arts. 17.1 ET y 14 CE. La sentencia de contraste desestima el motivo y el recurso, porque no aprecia paridad de situaciones entre la del actor y los trabajadores afectados por el ERE cuya inclusión ha obedecido a muy diversos criterios, tal y como consta en los hechos probados. En concreto, la inclusión de los trabajadores nacidos después del 30 de junio de 1952 se produjo solamente por acuerdo de la comisión paritaria, y es sólito que uno de los criterios de preferencia sea la posibilidad de acceder al subsidio de desempleo para mayores de 52 años, lo que no es el caso del actor que nació en el año 1970.

No puede apreciarse contradicción en este segundo motivo de recurso. La sentencia recurrida llega a la conclusión de que la exclusión del actor del ERE supone un trato desigual e injustificado asumiendo implícitamente los fundamentos de la instancia, que valora varias circunstancias. Así, el **despido** se acuerda «por falta de adecuación en su actuación profesional» pero no hay constancia de que fuese voluntad de la empresa extinguir el contrato por causas disciplinarias. Por otra parte, cuando le anuncian el **despido** el demandante deja de acudir al trabajo mientras que se está negociando el expediente de regulación de empleo, cuya causa es de índole económica, y además en esas fechas son despedidos otros dos trabajadores por la misma causa, con una categoría principal y alta retribución, al igual que el actor. Y no consta tampoco que se haya contratado a otra persona para sustituirlo. De todo ello deduce el juez de instancia que «la decisión empresarial podía y debería haberse adoptado en el conjunto del Expediente, cuando en el mismo se procede a la extinción de muchos contratos y con unas condiciones beneficiosas». Afirmación que conduce al reconocimiento de la indemnización calculada y en las mismas condiciones previstas para el grupo de edad que le corresponde al actor. La sentencia de contraste no aprecia base alguna que justifique la inclusión del actor en el ERE y merecer por tanto el mismo trato que los trabajadores afectados, porque no se da ninguna de las específicas circunstancias constatadas en la sentencia recurrida: el demandante es despedido por fin de los trabajos para los que fue contratado y la Sala no aprecia esa voluntad empresarial de apartar al actor de la empresa en tanto se sustancia un ERE para despedir a 67 trabajadores en condiciones sustancialmente mejores a las ofrecidas al demandante. Aparte de eso, el actor de la sentencia de contraste pretende equiparse con los trabajadores nacidos después de una determinada fecha que son objeto de un trato preferente por razón de la edad y sus posibilidades de acceder al subsidio de desempleo para mayores de 52 años, lo cual no ocurriría en caso por ser más joven.



CUARTO.- A continuación, se opone la empresa al devengo de salarios de tramitación alegando la existencia de error excusable en el importe de la indemnización ofrecida. El 2 de febrero de 2011 la demandada depositó en los juzgados de lo social la suma de 351.925,55 € en concepto de indemnización por el **despido** del actor. La sentencia del juzgado ha reconocido una indemnización de 433.136,16 €, calculado conforme al baremo del ERE, y no aprecia error excusable en la consignación cuando la diferencia -de importe elevado- deriva de los propios actos de la empresa al excluir al demandante del ERE con unas condiciones que le beneficiarían. El argumento lo asume íntegramente la sentencia recurrida.

La sentencia alegada de contraste para el tercer motivo es la de esta Sala de 17 de diciembre de 2009 (R. 957/2009). Pero no puede apreciarse contradicción con la sentencia recurrida porque considera error excusable una diferencia de 80,99 € entre la indemnización consignada y la reconocida, resultado de la controversia sobre la categoría profesional que debía asignarse a la actora según el convenio colectivo. El supuesto es distinto, como se advierte, al decidido por la sentencia recurrida.

QUINTO.- Finalmente, la empresa sostiene que el salario regulador del **despido** ha de dividirse entre 365 días y no entre 360 y, asimismo, que la doctrina de los actos propios no opera cuando el empleado no ha aceptado la oferta de la empresa.

La sentencia recurrida ha razonado que si bien con carácter general el salario regulador se obtiene dividiendo el salario anual por 365 días, en este caso la empresa estipuló que la indemnización se fijaría dividiendo por 360 días y a esa decisión ha de estarse en virtud de la doctrina de los actos propios.

La primera sentencia de contraste citada para el motivo es la de esta Sala de 9 de mayo de 2011 (R. 2374/2010), reiterando la doctrina de que el salario computable es el resultado de dividir por los 365 días del año el salario anual, único punto en el que estima el recurso de la empresa. Si se está al razonamiento de la sentencia recurrida valorando la forma de cálculo ofrecida por la empresa, tanto en los **despidos** individuales como en los derivados del ERE, en la que expresamente se refiere a 360 días, no hay identidad entonces con la sentencia de contraste al no constar en ella un dato semejante.

En el segundo submotivo la parte recurrente argumenta que la doctrina de los actos propios no opera cuando reconocida la improcedencia del **despido** y consignada la indemnización el trabajador no acepta la oferta dado su carácter transaccional y no vinculante para la empresa. Tampoco cabe apreciar contradicción con la sentencia de esta Sala y fecha 18 de diciembre de 2009 (R. 71/2009), en la que se denuncia la infracción de los arts. 56.2 1 y 2 ET en relación con los arts. 110.1 y 111.1 de la misma Ley y estima el recurso de la empresa alegando que cuando se eleva significativamente el importe de la indemnización el empresario puede variar el sentido de su opción. Lo cual es un problema que no se plantea en la sentencia recurrida.

SEXTO.- Todo lo dicho nos lleva a desestimar el recurso, como propone el Ministerio Fiscal, con imposición de las costas a la parte recurrente y condena a la pérdida del depósito dado para recurrir, debiendo asumir que se de a la consignación el destino legal.

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 representación de ORACLE IBERICA SRL frente a la sentencia dictada el 20 de marzo de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 5087/11 , iniciados en el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, autos núm. 323/11, a instancias de D. Bernardino . Con imposición de costas, y pérdida del depósito dado para recurrir, al que se dará el destino legal correspondiente.

Devuélvase las actuaciones al Organo Jurisprudencial de procedencia ,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. Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.