



Roj: **STS 758/2012 - ECLI:ES:TS:2012:758**

Id Cendoj: **28079140012012100024**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2012**

Nº de Recurso: **4329/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 2935/2010,**
STS 758/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de DON Cecilio , contra sentencia de fecha 29 de abril de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso núm. 41/10 , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia de fecha 6 de mayo de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla , en autos núm. 1336/08 seguidos por DON Cecilio frente a URBANIZACIONES ROSINGUR, S.L. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), sobre reclamación por despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Abogado del Estado, en nombre y representación de Fondo de Garantía Salarial.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de mayo de 2009 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda formulada por Cecilio contra Urbanizaciones Roginsur, SL y declaro la improcedencia del despido del actor condenando a la demandada a que su elección, debiendo efectuar la opción en el plazo de 5 días a contar desde la notificación de la presente resolución, la readmita en su puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 4171 euros, más los salarios de tramitación legalmente procedentes. No ha lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto al FOGASA, sin perjuicio de las responsabilidades que legalmente le correspondan".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. El hoy actor comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada el 18/4/07, a tenor de contrato de duración determinada, siendo contratado para prestar servicios en obras en Alcalá, siendo pasado posteriormente a otro centro de trabajo en Utrera, habiéndose procedido a su extinción, alegándose terminación de contrato, el 6/11/08.

Su salario a efectos de despido asciende a 59,43 euros día.

Su categoría profesional es la de oficial de 2ª.

2. Es aplicable a la relación laboral que une a las partes el Convenio Colectivo de la Construcción de la Provincia de Sevilla.



3. El actor percibe prestaciones por desempleo desde el 7/11/08.

4. Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Fondo de Garantía Salarial ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 29 de abril de 2010, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: " Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por FOGASA, contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de los de Sevilla, en virtud de dermanda sobre Despido, formulada por D. Cecilio, contra Urbanizaciones Roginsur S.L., debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia en lo que se refiere a la cantidad que como salario corresponde a efectos de despido que será de 50,39 euros día, a razón de los cuales se ha de abonar los salarios de trámite, ascendiendo la indemnización a 3528 euros, manteniéndose el resto de los pronunciamiento de la sentencia".

CUARTO.- Por el Letrado Don Manuel Zabala Albarrán, en nombre y representación de Don Cecilio, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 14 de septiembre de 2004, en el recurso núm. 2018/04.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de 22 de septiembre de 2011 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de enero de 2012, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. En las presentes actuaciones, el demandante, trabajador al servicio de la empresa "Urbanizaciones Roginsur SL" desde el 18 de abril de 2007 en virtud de un contrato por obra o servicio determinado como oficial de 2ª, fue cesado el 6 de noviembre de 2008 y, tras interponer demanda por despido, su pretensión se estimó en su integridad, declarándose dicho cese como despido improcedente por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla, que, al condenar a la empleadora -que, pese a constar debidamente citada, no compareció al acto del juicio- a readmitirle o a indemnizarle en los términos legales, incluidos "los salarios de tramitación legalmente procedentes", estableció la correspondiente indemnización (4.171 €) en función del salario diario que consideró probado (59,43 €/día), en el que se incluyó la prorrata de las pagas extraordinarias, según razona la resolución judicial, "por cuanto [el Convenio Colectivo] prohíbe su prorrateo y señala que el prorrateo se considerará como salario ordinario, por lo que el pago prorrateado no libera al empresario de satisfacer las gratificaciones extraordinarias (STS, 8/10/08 ; TSJ Madrid, 10/10/07)".

2. Recurrió en suplicación el Fondo de Garantía Salarial (FGS) y la Sala de Andalucía/Sevilla, en la resolución que es ahora impugnada en casación unificadora (sentencia de 29-4-2010, R. 41/10), después de rechazar las modificaciones fácticas propuestas por el FGS, aunque suprimiendo el salario regulador que, a efectos del despido, figuraba en el ordinal primero del relato histórico judicial de instancia porque, según sostiene aquella Sala, "predeterminaría el fallo", termina estimando el recurso, señalando literalmente que "una cosa es que las pagas extras prorrateadas por la empresa contra prohibición del Convenio no liberen del abono al empleador, y otra cosa es que el importe correspondiente, pase a formar parte del salario a efectos de despido, lo que [concluye] no resulta admisible porque, de este modo la penalización que se establece para la empresa, vendría a duplicar de manera artificial en el salario a efectos de despido el importe correspondiente a dichas pagas, estableciéndose así una doble penalización no prevista, porque el empleador podría verse obligado a pagar dos veces las pagas extras y además soportar la repercusión del doble pago en el despido, lo que no autoriza la norma antedicha [el art. 39 del Convenio de aplicación] ni ninguna otra".

3. Disconforme el trabajador con la solución alcanzada por la Sala de Sevilla, se alza ahora en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción de los arts. 3.1 y 82 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 56 de la misma norma, así como del art. 37.1 del Convenio colectivo provincial de la Construcción de Sevilla, proponiendo como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 14 de septiembre de 2004 (R. 2018/04), firme en el momento de publicarse la recurrida. Esa resolución conoce del despido de un trabajador que interesaba que, a los efectos del cálculo de la indemnización correspondiente a su improcedencia, se tuviera en cuenta nuevamente, como salario regulador, el valor de las dos pagas extraordinarias anuales, a pesar de que las percibía prorrateadas y, por ello, su importe ya había sido computado para el cálculo de la indemnización. La sentencia referencial afirma que la prohibición de prorrateo establecida en el Convenio Colectivo de aplicación debía prevalecer sobre la voluntad de la empresa de abonarlas prorrateadas y concluye que "tal importe [incluido el prorrateo prohibido por el Convenio] ha de ser considerado como salario o jornal ordinario correspondiente a la mensualidad en que



indebidamente se ha incluido el proscrito prorrateo". De este modo, a ese "salario o jornal ordinario", le suma la prorrata de las dos pagas extras y tal resultado es el que sirve de módulo regulador tanto para los salarios de tramitación como para el cálculo de la indemnización por el despido improcedente.

4. Las sentencias comparadas son manifiestamente contradictorias entre sí porque mientras la recurrida, al considerar válido y eficaz a estos efectos el abono prorrateado de las pagas extras, pese a la prohibición convencional, no las computa en los términos reconocidos por la doctrina de esta Sala (entre otras, SsTS 19-9-2005 y 7-11-2005, R. 4524/04 y 4526/04), la sentencia referencial, por el contrario, a esos mismo efectos, entiende ineficaz el abono empresarial de las prorratas, considerándolas salario ordinario, y las computa en la forma aceptada por dicha jurisprudencia, esto es, sumando su importe al del salario ordinario y calculando sobre esa suma el módulo regulador de la indemnización y el trámite. En contra de lo que al respecto sostiene el FGS en su escrito de impugnación, en nada afecta a la concurrencia de la contradicción el hecho cierto de que estén en juego distintas disposiciones convencionales (el Convenio Provincial de la Construcción de Sevilla en la recurrida y el Provincial de la Construcción de Madrid en la de contraste) porque la regulación y, más en concreto, la prohibición expresa del prorrateo y su consideración como salario ordinario ["... se considerarán como salario ordinario correspondiente al período en que indebidamente se haya incluido dicho prorrateo...": art. 39.1 del Convenio de Sevilla; "... se considerará como salario o jornal ordinario correspondiente al período en que indebidamente se haya incluido dicho prorrateo": art. 34 del Convenio de Madrid], es idéntica en ambos casos; es decir, lo relevante a efectos de la contradicción es que en las dos normas convencionales se prohíbe el prorrateo y, de efectuarse por el empresario, incluso con la anuencia del trabajador, ese abono se considera salario ordinario. Carece igualmente de relevancia alguna, también en contra de lo que aduce el FGS, que, a diferencia de lo que aquí sucede, tal Organismo no estuviera presente en la sentencia referencial o que en ella la improcedencia del despido, así mismo a diferencia de lo que ahora acontece, no tuviera relación con el carácter o naturaleza indefinida de la contratación, o que, en fin, en ella se aluda a un defecto en la cuantía de la indemnización consignada por la empresa, porque, como vimos, lo decisivo no es sino el muy distinto modo de cómputo que en las sentencias sometidas al juicio de comparación se hace del salario regulador determinante de las consecuencias (indemnización y trámite) de un despido improcedente. Pues bien, pese a todo ello, una sentencia (la recurrida) excluye del cómputo las pagas extraordinarias a efectos de la determinación de la indemnización por despido y de los salarios de tramitación, mientras que la otra (la de contraste) hace justamente lo contrario. Procede pues un pronunciamiento unificador por concurrir las exigencias de los arts. 217 y siguientes de la LPL/1995 (Disposición Transitoria 2ª.3 Ley 36/2011).

SEGUNDO.- 1. El recurso merece favorable acogida partiendo de la precitada doctrina jurisprudencial que, en esencia, y de conformidad con las previsiones establecidas en el Convenio de la Construcción de Madrid, como vimos, de contenido prácticamente idéntico al del mismo sector de la Provincia de Sevilla, *"ha dejado fuera de las posibilidades de negociación entre empresario y trabajador otra forma distinta de abono ... [de las pagas extras] cual ocurre con el prorrateo que en el presente caso el empresario introdujo y el trabajador [al parecer] vino aceptando tácitamente"* (TS 8-3-2006, R. 958/05).

Esta Sala, abordando el mismo problema de fondo, aunque aquí tiene un reflejo concretado en el modo de cómputo del salario regulador de las consecuencias económicas del despido improcedente previstas en el art. 56.1.a) y b) del ET (cuya determinación dentro del proceso de despido es perfectamente posible: por todas, STS 12-7-2006, R. 2048/05) e -insistimos- sobre la base de una normativa convencional diferente pero de idéntico contenido, tiene textualmente dicho:

"La clave para decidir este litigio está, básicamente, en los artículos 31 del Estatuto de los Trabajadores y 31 y 34 del Convenio de la construcción aplicable. El primero de esos preceptos, al tratar de las gratificaciones extraordinarias a abonar, una con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra cuando se diga en el convenio colectivo o el pacto entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores, termina diciendo que "No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades". El legislador ha dispuesto en esta materia reglas que reservan a la ley una parte de la disciplina de las gratificaciones extraordinarias, como es el número de ellas y que una se abone con ocasión de las fiestas de Navidad; en lo que respecta al mes en que se deba abonar la otra gratificación, la cuantía de ambas y la posibilidad de un prorrateo en las doce mensualidades, se remite a lo que conste en la negociación colectiva, bien en el convenio colectivo aplicable, bien a través de acuerdos de empresa, excluyendo del pacto individual cualquier modificación de esta condiciones, salvo cuanto tenga por objeto mejorar las que corresponden a los trabajadores. Así pues, y en lo que ahora interesa, el acuerdo individual entre empresario y trabajador para prorratear el abono de las gratificaciones extraordinarias en los doce meses del año no parece contar con la necesaria autorización legal para legitimarlo, en cuanto que el artículo 31 de los Estatutos de los Trabajadores reserva la ordenación de este aspecto a la negociación colectiva, lo que nos lleva al análisis de lo que en este campo se haya acordado, principalmente en lo que se refiere al modo y al tiempo en que el empresario tiene que



dar cumplimiento a esta obligación, esto es, partiendo de la base de que debe distinguirse entre el periodo de devengo de las gratificaciones y el momento en que debe ser satisfechas".

Dicha sentencia seguía diciendo lo siguiente, perfectamente aplicable al presente caso como en seguida veremos:

"El artículo 31 del Convenio de referencia establece que "El trabajador tendrá derecho exclusivamente a dos gratificaciones extraordinarias al año, que se abonarán en los meses de junio y diciembre, antes de los días 30 y 20 de cada uno de ellos, respectivamente". Por su parte, el artículo 34 del mismo pacto colectivo, al tratar del salario global, dispone que "Queda prohibido todo pacto por salario global, debiéndose abonar todos los devengos pactados en este convenio en las fechas previstas para cada uno de ellos, de tal manera que cualquier prorrateo de las gratificaciones extraordinarias (junio y diciembre) se considerará como salario o jornal ordinario correspondiente al periodo en que indebidamente se haya incluido en dicho prorrateo"; la única salvedad que consiente la cláusula convencional se refiere al supuesto de distribución variable de la jornada, que no es el que ahora nos ocupa (...). Aceptar la tesis contraria (...) supondría desconocer la fuerza vinculante de los convenios colectivos, reconocida en el artículo 37.1 de la Constitución y en el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores" (SsTS 19-9-2005 y 7-11-2005 , R. 4524/04 y 4526/04 , en doctrina reiterada en la precitada de 8-3-2006, R. 958/05 . Solución contraria puede verse, precisamente porque el Convenio no prohibía el prorrateo, en nuestra sentencia de 18-5-2010, R. 2973/09).

2. Para comprender la aplicabilidad al presente supuesto de la doctrina transcrita basta con transcribir también el texto literal del art. 39 del Convenio de la Construcción de la Provincia de Sevilla (BOP nº 278, de 30-11-2007), como adelantamos, de contenido prácticamente idéntico, en lo que aquí interesa, al del mismo sector productivo de la Provincia de Madrid. Dice así:

" Artículo 39. Prohibición del prorrateo y proporcionalidad en el devengo de las pagas extraordinarias.

1. Se prohíbe para los nuevos contratos el prorrateo de las pagas extraordinarias y de la indemnización por finalización de contrato, prohibiéndose por tanto, con carácter general el pacto por salario global. El prorrateo de las pagas extraordinarias o el de la indemnización por finalización de contrato se considerarán como salario ordinario correspondiente al período en que indebidamente se haya incluido dicho prorrateo, todo ello salvo lo establecido en el párrafo siguiente.

2. El importe de las pagas extraordinarias para el personal que, en razón de su permanencia, no tenga derecho a la totalidad de su cuantía, será abonado proporcionalmente conforme a los siguientes criterios:

a) El personal que ingrese o cese en el transcurso de cada semestre natural, devengará la paga en proporción al tiempo de permanencia en la empresa durante el mismo.

b) Al personal que cese en el semestre respectivo se le hará efectiva la parte proporcional de la gratificación en el momento de realizar la liquidación de sus haberes.

c) El personal que preste sus servicios en jornada reducida o a tiempo parcial, devengará las pagas extraordinarias en proporción al tiempo efectivamente trabajado.

Las pagas extraordinarias no se devengarán mientras dure cualquiera de las causas de suspensión de contrato previstas en el artículo 45 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

3. Y saliendo al paso de la hipotética absorción o compensación que pudiera estar en la base del razonamiento de la sentencia aquí impugnada, esta Sala también tiene dicho que:

" El argumento quiebra en este caso, en primer lugar, porque no se trataría del medio de extinción de la obligación de la compensación, pues no se estamos a presencia de personas que sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, pues el actor no aparece como obligado a prestación alguna, tratándose si acaso del pago regulado en los artículos 1157 y siguientes del Código civil , y en segundo término, el convenio colectivo no consiente el efecto que el recurrente pretende dar al pago efectuado porque, luego de disponer de manera categórica que queda prohibido todo pacto por salario global, el prorrateo de las pagas extraordinarias no libera al empresario, sino que lo abonado se "considerará como salario o jornal diario correspondiente al periodo en que indebidamente se ha incluido en su prorrateo", estableciendo el pacto una penalidad que debe soportar el empresario que no abone las gratificaciones extraordinarias en las fechas previstas para cada una de ellas en el artículo 31 del convenio (...), sanción que consiste en lo satisfecho de manera irregular y extemporáneamente, sin que con ello se extinga la obligación de satisfacer, además, las gratificaciones extraordinarias." Con lo que en forma alguna puede aceptarse la posibilidad de compensación y absorción de las dos diversas cantidades contempladas en este caso" . (TS 8-3-2006, R. 958/05 , FJ 2º.3).



TERCERO.- Todo lo precedentemente razonado determina, visto el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, la estimación del recurso y la necesidad de casar y anular la sentencia impugnada por ser contraria a la buena doctrina ya unificada sobre el particular punto aquí discutido, sin que para ello constituya óbice alguno que quien aquí recurra sea el FGS, y sin perjuicio de las limitaciones legales (art. 33. 1 y 2 ET) que, en sus responsabilidades, hayan de reconocérsele en su caso. Y resolviendo el debate de suplicación, debemos desestimar el de tal clase interpuesto en su día por el FGS, lo que conduce, en definitiva, a confirmar la sentencia de instancia, sin que haya lugar a dictar pronunciamiento alguno sobre costas por gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita (art. 233 LPL/1995).

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. MANUEL ZABALA ALBARRÁN, en representación de D. Cecilio , contra la sentencia dictada el 29 de abril de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla, en recurso de suplicación núm. 0041/2010 , la que casamos y anulamos; y resolviendo en trámite de suplicación el recurso de tal naturaleza interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia de instancia, lo desestimamos en su integridad, confirmando así la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla (autos 1336/08) de 6 de mayo de 2009. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional 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. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.