



Roj: **STS 6031/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6031**

Id Cendoj: **28079140012011100535**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2011**

Nº de Recurso: **3756/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12917/2010,**
STS 6031/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil once.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Letrado D. Valentin García González, en nombre y representación de Atlantis Strategic Media Spain, S.L., y la Letrada D^a Laura de Gregorio González, en nombre de D^a Rosario , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 10 de septiembre de 2010, recaída en el recurso de suplicación nº 2030/2010 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid, dictada el 21 de julio de 2009 , en los autos de juicio nº 377/09, iniciados en virtud de demanda presentada por D^a Rosario , contra ATLANTIS STRATEGIG MEDIA SPAIN, S.L., sobre DESPIDO.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de julio de 2009, el Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda promovida por D^a Rosario , frente a la empresa ATLANTIS STRATEGIC MEDIA SPAIN, S.L., debía declarar y declaraba la improcedencia del despido de que fue objeto la demandante y condeno a la empresa demandada a readmitirla en su puesto de trabajo o alternativamente abonarle la cantidad de 8.835,00 €, en concepto de indemnización, mediante opción que deberá ejercitarse en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado, con la advertencia que de no optar expresamente dentro de ese plazo, se entenderá obligatoria la readmisión, con abono en ambos casos, sea cual sea el sentido de la opción, de la cantidad de 20.762,25 €, en concepto de salarios de tramitación devengados hasta la fecha, más a un haber diario de 147,25 €, desde la fecha, hasta que se notifique la presente resolución".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **1º** .- Que la actora ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de formación a directivos, desde el 25 de octubre de 2007, con la categoría profesional de Gerente de Ventas, percibiendo un salario mensual con inclusión de la prorrata de pagas medio de 4.417,50 € (53.010,02 €/12), con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias y comisiones. **2º** .- Que el Director General y Administrador de la sociedad mercantil demandada, D. Laureano , remitió una carta a todos los trabajadores de la empresa -incluyendo a la actora- el 15 de diciembre de 2008, en la que se expone que debido a la situación que experimenta en el Mercado Español y la ausencia de ventas se había decidido que cada uno de ellos, "perciba el 50 % de los sueldos de diciembre y enero (respectivamente). No deberá presentarse a trabajar desde el 16 de diciembre al 15 de enero fecha en la que retomará sus actividades habituales concurriendo a la oficina. Las vacaciones pendientes del año 2008 serán gozadas en el 2009 adicionalmente a las que por ley le corresponda". **3º** .- Que



el 2 de febrero de 2009, la demandada volvió a dirigir una carta a la actora y a la Comercial, Dña. Eugenia cuyo contenido se tiene por íntegramente reproducido a estos efectos - exponiendo que la situación económica de la empresa es sumamente crítica ante la caída de las ventas y que con el fin de reducir los costes de nuestra estructura ya se han adoptado una serie de medidas y, que "necesitamos proponerle un nuevo esfuerzo, ya que la única posibilidad de mantener su puesto de trabajo en la empresa es mantener sus salario según convenio más las comisiones de las ventas que genere. Desafortunadamente, mientras no consigamos incrementar el índice de ventas la empresa no tiene recursos suficientes ara asumir un coste salarial mayor al indicado. Esto supondría que Vd. percibiría un salario neto mensual de 1.000 € más las comisiones correspondientes a su cargo. La citada modificación tendrá efectos a partir del 05 de febrero de 2009..." 4º.- Que el día 4 de febrero de 2009, D. Laureano, la actora, Dña. Rosario, y Dña. Eugenia, celebraron a primera hora de la mañana la reunión que habitualmente celebran todos los días, y una vez finalizada, cuando se dirigían hacia la sala principal de ventas, Rosario preguntó a Laureano por qué no se le había abonado una determinada comisión, contestando éste que porque la venta la había hecho él, que no le iba a pagar nada, a lo que en tono normal la demandante le respondió, "eres un ladrón y un hijo de puta", e inmediatamente se marchó al baño, volviendo a continuación llorando diciendo que se sentía mal, que tenía una crisis de ansiedad, por lo que llamaron al SAMUR que acudió, sobre las 11,15 horas, que la atendieron de hiperventilación, consiguiendo que poco a poco se tranquilizara.. 5º.- Que la actora fue dada de baja médica por incapacidad temporal se mismo día, 4 de febrero de 2009, con el diagnóstico de ansiedad, emitiéndose parte de alta por mejoría, el 2 de marzo de 2009. 6º.- Que la demandada notificó a la actora el 9 de febrero de 2009, carta fechada el día 4 de ese mes, que se tiene por reproducida a estos efectos, imputándole que en conversación mantenida con el Director General "y tras las diferencias de opiniones entre ambos por la gestión de una de las ventas, Vd. le increpó alzando la voz, sin que mediara provocación bastante, diciéndole reiteradamente: "Eres un ladrón, te quieres quedar con mi dinero". Sus gritos han sido escuchados por todos los empleados la empresa (...). Posteriormente Vd. se dirigió al baño y en voz baja dijo "hijo de puta". El Director General le confirmó: " Rosario, me acabas de llamar hijo de puta" y Vd. contestó "¿Quién lo ha oído?". 7º.- Que no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante unitario o sindical de los trabajadores. 8º.- Que en fecha 5 de marzo de 2009, tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de sin avenencia.

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado de ATLANTIS STRATEGIC MEDIA SPAIN, S.L., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 10 de septiembre de 2010, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por ATLANTIS STRATEGIC MEDIA SPAIN SL contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid, de fecha 21 de junio de 2009, en sus autos nº 377/09, en virtud de demanda interpuesta por Doña Rosario contra la citada empresa recurrente, y con revocación parcial de la meritada sentencia, fijamos la indemnización por despido improcedente en 6.282,60 euros y el haber diario en 104,71 euros para los salarios de tramitación, confirmándola en todos los demás extremos. Sin costas."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, las representaciones letradas de Atlantis Strategic Madia Spain SL. y de Dª Rosario, interpusieron los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina, que se formalizaron ante esta Sala mediante escritos fundados en la contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por las Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya y del Tribunal Supremo, respectivamente, en fechas 26 de abril de 2006, rec. 9197/2005, la primera, y el 19 de febrero de 1993, recurso 1404/92, la segunda.

QUINTO.- Se admitieron a trámite los recursos, y tras ser impugnados por la partes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso presentado por la empresa y procedente el presentado por la parte trabajadora.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 28 de junio, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid dictó sentencia el 21 de julio de 2009, autos número 377/09, estimando en parte la demanda promovida por Doña Rosario frente a la empresa Atlantis Strategic Media Spain SL., declarando la improcedencia del despido de la actora, condenando a la demandada a que en el plazo de cinco días, opte entre readmitir a la trabajadora o abonarle la cantidad de 8.835 euros, en concepto de indemnización, debiendo abonar, cualquiera que sea el sentido de la opción, los salarios de tramitación en cuantía de 20.762'25 euros, devengados hasta la fecha, más 147'25 euros diarios, desde la fecha hasta que se notifique la sentencia. Tal y como resulta de dicha sentencia la actora ha venido prestando servicios para la demandada desde el 25 de octubre de 2007, con la categoría profesional de gerente de ventas, percibiendo un salario mensual medio de 4417,50 euros, con inclusión de prorrata de pagas extras y comisiones. El 15 de



diciembre de 2008 todos los trabajadores de la empresa, incluida la actora, recibieron una carta del director general, en la que se expone que debido a la situación en el mercado español y a la ausencia de ventas se ha decidido que cada trabajador perciba el 50% de los sueldos de diciembre y enero, comunicándole a la actora que no deberá presentarse a trabajar desde el 16 de diciembre al 15 de enero. El 2 de febrero de 2009, la demandada volvió a dirigir una carta a la actora y a la comercial Doña Eugenia comunicándoles que, ante la caída de ventas y con el fin de reducir costes, el salario neto mensual que va a percibir será de 1000 euros más las comisiones correspondientes a su cargo, teniendo efectos la modificación a partir del 5 de febrero de 2009. El 4 de febrero de 2009, el Director General D. Laureano, la actora, Doña Rosario y D^a Eugenia celebraron a primera hora de la mañana la reunión que habitualmente celebran todos los días y, una vez finalizada, la actora preguntó a D. Laureano por qué no se le había abonado una determinada comisión, contestando que no se le iba a abonar nada ya que la venta la había hecho él, a lo que en tono normal la demandante le respondió "eres un ladrón y un hijo de puta", e inmediatamente se marchó al baño, volviendo a continuación llorando, diciendo que tenía una crisis de ansiedad, permaneciendo en situación de IT, con el diagnóstico de ansiedad, desde dicha fecha hasta el 2 de marzo de 2002.

Recurrida en suplicación por la demandada, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 10 de septiembre de 2010, recurso 2030/10, estimando en parte el recurso formulado y revocando en parte la sentencia impugnada, fijando la indemnización por despido improcedente en la cuantía de 6.282'60 euros y el haber diario en 104'71 euros para los salarios de tramitación, confirmándola en todos los demás extremos. La sentencia entendió que el salario que ha de tenerse en cuenta en cuanto a la parte fija del mismo, es el percibido por la trabajadora en el momento del despido, esto es, el correspondiente a la nómina de enero de 2009 -fue despedida en febrero de 2009- y respecto al salario variable ha de estarse al promedio de los últimos doce meses, lo que se corresponde con el periodo de enero de 2008 a enero de 2009 y no con el periodo tenido en cuenta por la sentencia, que se corresponde con el periodo de enero a diciembre de 2008. En cuanto a las expresiones dirigidas por la actora a su superior hay que tener en cuenta que las mismas no pueden ser entendidas en un sentido literal, ni en su significación simplemente semántica, sino en conexión a la situación extremada de tensión y conflicto laboral existente en la empresa -reclamación de comisión que el superior le niega, reducción de salarios, crisis económica de la empresa, temor a no cobrar en el futuro- por lo que, ponderando todas las circunstancias, la Sala concluye que no ha existido ánimo ofensivo que justifique el despido.

Contra la citada sentencia se han interpuesto sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, por la parte actora y por la demandada, aportando la primera como sentencia de contraste la dictada por esta Sala el 25 de febrero de 1993, recurso número 1404/92, y por la segunda la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 26 de abril de 2006, recurso número 9197/05, firmes en el momento de publicación de la recurrida. La parte actora y la demandada han impugnado el recurso presentado por la parte contraria, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima que es procedente el recurso de la trabajadora e improcedente el de la empresa, por no existir la necesaria identidad fáctica exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- Por razones de método procede examinar, en primer lugar, el recurso formulado por la recurrente Atlantis Strategia Media Spain S.L.

A tales efectos se ha de determinar si respecto a la sentencia de contraste concurre el presupuesto de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticas, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 26 de abril de 2006, recurso 9197/05, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Rubén contra la sentencia de 30 de septiembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarragona, en los autos 535/05, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa FCC Medio Ambiente SA. Tal y como resulta de dicha sentencia el actor ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 1 de julio de 1990, con la categoría profesional de peón. Al comienzo de la jornada del día 9 de mayo el señor Juan Alberto, responsable del servicio de recogida nocturna de la empresa, se dirigió al señor Rubén y le comunicó que esa noche iría con él a trabajar, una vez subidos al camión empezó a discutir el actor con el señor Juan Alberto el por qué se le había cambiado de turno, dando puñetazos en la guantera y gritando le dijo "hijo de puta y cabrón". Con anterioridad el actor había sido sancionado, el 18 de noviembre de 1992 por falta muy grave, por abuso de confianza y desobediencia manifiesta a las órdenes de su superior. El 9 de mayo de 2005 por falta grave por desobediencia en la forma de realizar los servicios, según las instrucciones dadas por el responsable. La sentencia razona que las expresiones proferidas por el señor Rubén son gravemente ofensivas y constituyen un atentado directo al honor y a la dignidad Don Juan Alberto, responsable del servicio y superior jerárquico



del trabajador, proferidas sin causa ni justificación alguna, hallándose presente también otro trabajador de la empresa, teniendo además en cuenta no solo la gravedad de la ofensa sino también el resto de circunstancias concurrentes: dos sanciones anteriores, una por falta grave de desobediencia en la forma de realizar los servicios y otra por falta muy grave por abuso de confianza y desobediencia manifiesta a las órdenes de su superior, debiendo tenerse en cuenta que la causa por la que insultó a su superior fue únicamente un cambio de equipo, que no de turno, motivado por los continuos enfrentamientos con los integrantes de su equipo, por su forma indisciplinada de trabajo.

Si bien es cierto que entre las dos sentencias comparadas "a priori" parece que concurre la mas perfecta identidad, pues en ambas se examina el despido de un trabajador motivado por los insultos que dirige a su superior jerárquico, porfiriendo las expresiones de "hijo de puta", "cabrón" en la de contraste, e "hijo de puta" y "ladrón" en la recurrida, un examen mas detenido de las mismas conduce a la conclusión de que no concurre la identidad fáctica requerida por el artículo 217 de la LPL . En efecto, en ambas sentencias se enjuicia la gravedad de la conducta del trabajador para calificar el despido de improcedente -sentencia recurrida- o procedente -sentencia de contraste- por lo que han de examinarse las circunstancias concurrente, a fin de aplicar los principios de proporcionalidad y gradualidad. Pues bien, mientras en la sentencia recurrida existe una situación de tensión en la empresa, provocada por la bajada de los sueldos, la crisis de la empresa y el temor a no cobrar los salarios, que alcanza su momento álgido cuando la trabajadora reclama al Director General una determinada comisión, que entiende le corresponde, y el le contesta que no se la va a pagar porque ha sido el mismo el que ha realizado la operación, lo que desencadena la reacción de la trabajadora que en tono normal le dice "eres un ladrón y un hijo de puta", en la de contraste no concurre dicha circunstancia. En efecto, en la de contraste no existe situación alguna de tensión en la empresa, ni reducción de salarios, ni negativa de la empleadora a pagar una comisión, sino que por el simple hecho de que al trabajador se le cambia de equipo para salir de noche con el camión, empieza a dar puñetazos a la guantero y a decir al responsable del servicio y superior jerárquico del trabajador "eres un cabrón y un hijo de puta", concurriendo la circunstancia de que el cambio de equipo venía motivada por los reiterados enfrentamientos con los integrantes del equipo de trabajo del actor por su forma indisciplinada de realizar el trabajo, razón por la que había sido sancionado con anterioridad, por falta grave el 9 de mayo de 2005 y por falta muy grave el 18 de noviembre de 1994, circunstancias que conducen a la Sala a declarar la procedencia del despido. Dada la diferencia de circunstancias concurrentes, las sentencias comparadas no son contradictorias, aunque el resultado al que han llegado sea diferente.

Por todo lo cual ha de desestimarse el recurso formulado por la empresa Atlantis Strategic Media S.L.

TERCERO .- La trabajadora recurrente invoca como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala de lo Social el 25 de febrero de 1993, recurso 1404/92 , que hay que examinar para determinar si es contradictoria con la recurrida.

La citada sentencia estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Gabriela contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 1 de octubre de 1991, en el recurso de suplicación, num. 726/91 , interpuesto contra la sentencia de 15 de febrero de 1991, del Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid , en los autos 875/90, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Asociación Colegio Suizo de Madrid, sobre extinción de contrato, revocando la sentencia recurrida únicamente en el importe de la indemnización a cuyo abono se condena a la empresa demandada, que se fija en 4.609.687 ptas.

Tal y como resulta de dicha sentencia la actora presta servicios para la demandada desde el 1 de septiembre de 1978, ostentando la categoría profesional de profesora de BUP y percibiendo un salario mensual, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias de 222.163 ptas., habiendo procedido la empresa en el curso 1990-1991 a reducir su jornada laboral en dos horas lectivas semanales, con reducción proporcional del salario, pasando a percibir de 245.855 ptas. a 206.246 ptas. a partir de septiembre de 1990. La sentencia entendió que, a efectos de fijar el salario para el cálculo de la indemnización que por despido improcedente corresponde a la actora, se ha de tener en cuenta el salario que corresponde al trabajador al tiempo del despido y no el que arbitrariamente abona la empresa, por lo que, al ser la propia actuación empresarial -que se considera como incumplimiento grave que justifica la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador- la que ha determinado una reducción ilícita del salario, no puede tener eficacia para reducir la base de cálculo de la indemnización procedente.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral . En efecto, en ambas sentencias se examina el salario que ha de tenerse en cuenta, a efectos de fijar la indemnización - por despido improcedente en la sentencia recurrida y por extinción de contrato a instancia del trabajador en la de contraste- cuando la empresa en el mes anterior ha procedido a reducir de forma unilateral dicho salario, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados



contradictorios. En efecto, mientras la sentencia recurrida entiende que el salario que ha de tomarse en consideración, a efectos de calcular la pertinente indemnización, es el salario que se percibía en el momento del despido, la de contraste entiende que ha de tomarse en cuenta el salario que el trabajador debía percibir, que es el que venía percibiendo con anterioridad a que la empresa, de forma unilateral, procediese a reducir la jornada de trabajo y el salario. No empece tal conclusión el hecho de que en la sentencia recurrida la acción ejercitada sea la de despido y en la de contraste la de extinción del contrato a instancia del trabajador, pues lo relevante es la forma de calcular la indemnización, teniendo en cuenta los avatares del salario de los trabajadores, siendo procedente recordar que en los supuestos de extinción de contrato, a instancia del trabajador, la indemnización a la que tiene derecho es la señalada para el despido improcedente, a tenor del artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo es irrelevante que en el supuesto de la sentencia recurrida no conste que la trabajadora hubiera formulado reclamación contra la decisión de la empresa de que no debía presentarse a trabajar desde el 16 de diciembre al 15 de enero y que iba a percibir el 50% del salario, en tanto en la de contraste la decisión de la empresa de reducir la jornada en dos horas y el salario en proporción, es la que origina que la trabajadora pida extinción de contrato ya que, como ha quedado consignado el debate gira en torno al salario que ha de tenerse en cuenta para calcular la indemnización.

El recurrente ha cumplido, en contra de lo que afirma la demandada al impugnar el recurso, los requisitos establecidos en el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral ya que analiza los hechos de cada una de las sentencias, la identidad de los mismos, de los fundamentos y las pretensiones y los compara, poniendo de relieve el resultado contradictorio al que han llegado.

Cita asimismo la infracción legal que entiende ha cometido la sentencia recurrida y la fundamenta.

Por todo lo cual, cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

CUARTO .- El recurrente alega vulneración de lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y en el 26 del mismo cuerpo legal.

Aduce, en esencia, que el salario que se ha de tomar en cuenta, a efectos de fijar la pertinente indemnización, es el salario percibido en el mes anterior al despido, antes de que la empresa decidiera que solo se iba a trabajar quince días en el mes de enero con la reducción del 50% del salario, es decir, ha de tomarse en consideración el salario que le corresponde percibir a la actora, no el efectivamente percibido.

La censura jurídica formulada ha de tener favorable acogida. A este respecto hay que señalar que la sentencia dictada por esta Sala el 25 de febrero de 1993, recurso 1404/92, invocada por el recurrente como sentencia de contraste, señala: *"La determinación de este salario -art. 56.1 a) ET - no ha sido cuestión pacífica en la doctrina y así se ha establecido en ocasiones que se trata del salario que realmente se estuviera percibiendo en el momento del cese y no el que se pudiera tener derecho a percibir, por lo que el mayor salario que el trabajador considere que debe percibir podrá ser objeto de controversia en otro proceso, pero no en el de despido. Pero la más reciente doctrina de la Sala ha establecido que «el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido», pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es «en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley ... una reclamación inadecuada» [S. 7-12-1990 (RJ 1990\9760) que cita la de 10-12-1986 (RJ 1986\7315), y S. 3-1-1991 (RJ 1991\47)]. En este sentido la S. 24-7-1989 (RJ 1989\5909) señala también que «el salario regulador de la indemnización es aquel que corresponde al trabajador al tiempo del despido y no el que arbitrariamente abona la empresa» y la de 2-2-1990 (RJ 1990\807) precisa que sería contrario al principio de buena fe aceptar la actuación de la empresa que reduce unilateralmente el salario para perjudicar al trabajador no sólo en sus retribuciones, sino incluso en el importe de la indemnización por extinción de la relación laboral. Este mismo criterio ha de aplicarse para la resolución del contrato de trabajo en virtud de la remisión del art. 50.2 del Estatuto de los Trabajadores y en el supuesto que se examina es la propia actuación empresarial, que se considera como un incumplimiento grave que justifica la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador, la que ha determinado una reducción ilícita del salario que como tal (art. 6.3 del Código Civil) no puede tener eficacia para reducir la base de cálculo de la indemnización procedente."*

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, la empresa procede unilateralmente, un mes antes del despido, a reducir el salario de la trabajadora pues, tal como resulta del hecho probado quinto, el Directo General y Administrador de la empresa remitió una carta a todos los trabajadores el 15 de diciembre de 2008 en la que, invocando la ausencia de ventas, decide que cada uno de ellos perciba el 50% de los sueldos de diciembre y enero, no teniendo que presentarse a trabajar desde el 16 de diciembre al 15 de enero. A la vista de tales datos, aplicando la doctrina anteriormente consignada, el salario que ha de tomarse en consideración,



a efectos de fijar la indemnización por despido improcedente es el que correspondía percibir a la actora, es decir, el que venía percibiendo con anterioridad a la citada decisión empresarial.

QUINTO. - De conformidad con lo razonado, procede la estimación del recurso formulado por la parte actora, por cuanto que la sentencia recurrida infringió los preceptos legales mencionados y por ello, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de ser casada y anulada y, resolviendo el debate planteado en suplicación, procede la desestimación del recurso de esta clase formulado por la demandada en el extremo relativo al salario que ha de tomarse en consideración a efectos del cálculo de la indemnización que, en cuanto al salario fijo, es el que le correspondía percibir a la trabajadora, es decir, el percibido con anterioridad a que la empresa lo redujera al 50% .

Hay que señalar que no habiendo recurrido la actora el importe del salario variable que se fijó en la sentencia de suplicación, ha de estarse a dicho salario que asciende a 1311'63 euros mensuales de promedio -fundamento de derecho segundo "in fine"- En cuanto al salario fijo, teniendo en cuenta que el percibido en el momento del despido ascendía a 1829'75 euros, correspondiente a quince días de trabajo porque la empresa redujo unilateralmente jornada y salario (al 50%), el que debería haber percibido la actora ascendería a 3.659'50 euros, correspondientes al mes completo, por lo que sumado al salario variable de 1311'63 euros arroja un total de 4971'13 euros mensuales, incluida prorrata de extras. Sin embargo, dado que la sentencia de instancia fijó dicho salario en 4.417'50 euros -hecho probado primero- y que la misma no fue recurrida por el trabajador, en la fase procesal del recurso de casación para la unificación de doctrina no puede elevarse dicha cantidad, por lo que hemos de atenernos a la misma para fijar la indemnización y el importe de los salarios de tramitación.

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 la representación letrada de D^a. Rosario contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 10 de septiembre de 2010, recaída en el recurso de suplicación número 2030/10 , interpuesto por Atlantis Strategic Media Spain SL. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, el 21 de julio de 2009 , en autos 377/09, seguidos a instancia de Doña Rosario contra dicho recurrente, sobre despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida en el extremo relativo al importe del salario fijo y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos en dicho extremo el recurso formulado por la demandada y estimando en parte la demanda formulada fijamos la indemnización por despido improcedente en 8835 euros y el haber diario en 147'25, manteniendo el resto de la sentencia tal y como se consigno. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación letrada de Atlantis Strategic Media Spain SL contra la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 2030/10 . Se condena en costas a dicha recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso. Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se le dará el destino legal. Se acuerda el mantenimiento del aval prestado hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización del mismo.

Devuélvase las actuaciones al órgano 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. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.