



Roj: **STS 4591/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4591**

Id Cendoj: **28079140012009100478**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2009**

Nº de Recurso: **3098/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JORDI AGUSTI JULIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 7501/2007,**
STS 4591/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José María Campos Casquet, en nombre y representación de ALMERIAGRO, S.A., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de fecha 20 de junio de 2007, dictada en el recurso de suplicación número 1000/07, interpuesto por la ahora recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de los de Almería, de fecha 3 de octubre de 2006, dictada en virtud de demanda formulada por D. Edemiro, frente a la empresa ALMERIAGRO S.A., sobre Despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D. Edemiro, representado por la Letrada Sra. Pérez Fernández.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de octubre de 2006, el Juzgado de lo Social número 4 de Almería, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: " 1º.- El demandante, D. Edemiro, mayor de edad, con DNI Nº NUM000, ha prestado servicios para la demandada, "ALMERIAGRO, S.A.", dedicada a la actividad agrícola, productora y comercializadora de plantas, con la categoría profesional de director comercial, antigüedad de 04/08/03 y salario a efectos de despido de 2.166,32 euros mensuales (72,21 euros/día), incluyendo el prorrateo de pagas extraordinarias.- 2º.- El 25/05/06 el demandante fue despedido mediante carta del siguiente tenor literal, debiendo cesar en la prestación de sus servicios: "Muy Sr. Nuestro: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del real decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores y Título VII del convenio colectivo provincial del sector de trabajo en el campo publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de 10 de agosto de 2.004, le participo lo que sigue: La dirección de esta empresa ha podido constatar los siguientes hechos: El no cumplimiento por su parte de los objetivos de producción marcados por la empresa, habiendo quedado por debajo del rendimiento de trabajo normal exigido por ésta para los cuatro primeros meses del año 2.006.- Dicha conducta de disminución del rendimiento exigible constituye una transgresión de obligaciones y constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la correcta ejecución del contrato, habiéndose visto quebrados los valores de confianza intrínsecos a un contrato de trabajo que le competen, no pudiendo más que catalogarse como falta laboral muy grave, tipificándola con ese carácter y de forma expresa el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores y el arto 60 del convenio colectivo.- Por lo anterior, habiendo uso de las facultades que al respecto confiere el artículo 58 del Estatuto de los trabajadores



y Titulo VII del referido convenio colectivo, la dirección de esta empresa lamenta adoptar la decisión de imponerle una sanción de despido disciplinario con fecha de efectos el día 25 de mayo de 2.006.- Desde este momento se encuentra a su disposición en el domicilio de la empresa el saldo a su favor de la adjudicación por salarios devengados y no percibidos por los respectivos importes que en derecho le correspondan (...).- 3º.- El 30/05/06 el actor recibió la siguiente carta: "Muy Sr. Nuestro: Como le consta, esta empresa procedió el pasado día 25 de los corrientes a comunicarle la extinción por causa de despido de su relación laboral con fecha de efectos del mismo día.- En este acto y mediante la presente, y pudiendo no concurrir causas suficientes para el reconocimiento de la procedencia del despido que le fue notificado, la empresa reconoce expresamente la improcedencia de despido practicado y optando por compensar al trabajador la indemnización legalmente procedente.- En consecuencia se le ofrece y se pone a su disposición en el domicilio de la empresa el importe de la indemnización por despido improcedente en cantidad neta de ocho mil ochocientos cincuenta y dos euros con setenta y cinco céntimos de euros (8.852,75 euros netos), cantidad correspondiente a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, más el importe correspondiente a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el día de la fecha (5 días) por importe bruto de 347,14 euros, equivalente a un importe neto de 345,50 euros, encontrándose igualmente en dicho domicilio el importe de los salarios devengados y no percibidos hasta la fecha de efectos del despido (25 de mayo) más la liquidación por finiquito que en derecho le corresponda (...).- 4º.- El pasado 27/06/06 se celebró acto de conciliación ante el CMAC, en el transcurso del cual la demandada reconoció la improcedencia del despido y ofreció depositar en la cuenta de este Juzgado las cantidades mencionadas en el hecho probado anterior, terminando el acto sin avenencia.- 5º.- El 30/5/06 la demandada consignó en la cuenta de este Juzgado, a disposición del trabajador, la suma de 9.198 euros (8.852,75 euros en concepto de indemnización por despido y 345,50 euros por salarios de trámite).- 6º.- El actor no ostenta cargo sindical alguno ni de representación de los trabajadores.- 7º.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo provincial del sector de trabajo en el campo y el Acuerdo de la Comisión Paritaria del mismo sobre incremento salarial para el año 2.006, publicado en el BOP de 29 de marzo pasado".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Edemiro , contra ALMERIAGRO, S.A.", DEBO DECLARAR Y DECLARO IMPROCEDENTE el despido del demandante llevado a cabo por dicha demandada en fecha 5 de mayo de 2006, condenando a ésta a que, a su elección y en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución, proceda a la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se opte por la readmisión o extinguir la relación laboral, en cuyo caso deberá indemnizar a la misma con la suma de 10.010.11 euros más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que opte por la extinción de la relación laboral, descontando en ambos casos de dichos salarios de tramitación los que legalmente correspondan".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, dictó sentencia de fecha 20 de junio de 2007 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que estimando parcialmente el Recurso de Suplicación deducido por ALMERIAGRO, S.A. contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Cuatro de los de Almería en fecha Tres de Octubre de dos mil seis ., en Autos seguidos a instancia de D. Edemiro en reclamación sobre DESPIDO contra ALMERIAGRO S.A., debemos revocar parcialmente dicha resolución, de condenar a la demandada a abonar al actor la suma de 10.280,89€ como indemnización por la extinción del contrato y al abono de los salarios de tramitación desde el 26 de mayo al 30 del mismo mes a razón de 72,21 € diarios, descontando en ambos casos la cantidad ya percibida por el actor, absolviéndola el resto de los pedimentos articulados en su contra.- Una vez firme devuélvase a la recurrente la cantidad depositada para recurrir y a la consignada a tal efecto se dará el destino legal".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de ALMERIAGRO, S.A., el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 29 de agosto de 2007, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 24 de noviembre de 2003 (Rec. nº 6235/03) y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 29 de julio de 2003 (Rec. nº 675/03).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2008 , se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación del recurso, sin haberlo verificado, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado 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 3 de junio de 2009, fecha en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El trabajador demandante, Don Edemiro , fue objeto de despido disciplinario el día 25 de mayo de 2006 por la empresa demandada ALMERIAGRO, S.A., para la que venía prestando servicios como Director comercial. Con posterioridad, el día 30 del mismo mes, el demandante recibió una comunicación de la demandada por la que ésta reconocía la improcedencia del despido y optando por la indemnización ponía a su disposición el importe de la misma en cuantía de 8.852 ,75 euros, los salarios devengados del 25 al 30 de mayo, así como los correspondientes hasta la fecha del despido. Formulada demanda por despido, en el acto de conciliación celebrado el día 27 de junio, la demandada reconoció la improcedencia del despido y ofreció depositar en la cuenta del Juzgado las cantidades señaladas, terminando el acto sin avenencia.

2.- El Juzgado de lo Social nº 2 de Almería dictó sentencia declarando la improcedencia del despido condenando a la empresa demandada a su opción a la readmisión o al pago de la oportuna indemnización, fijando el importe de la misma en cuantía superior a la consignada, al incrementar el salario regulador en el 4% de incremento establecido en el Convenio colectivo para el año 2006, con abono en todo caso de los salarios devengados desde la fecha del despido.

3.- Interpuesto por la empresa demandada recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2007 (rec. 1000/2007), en la que tras estimar en parte la revisión fáctica, estima asimismo parcialmente el recurso sobre la base -con cita de doctrina de esta Sala- de que el hecho de no haber incluido en el módulo salarial para el cálculo de la indemnización el 4% de incremento salarial previsto para el año 2006, se debió a un error excusable, toda vez que se consignó la cuantía del último salario percibido por el demandante, siendo discutible la masa salarial e incluso si el aumento pactado en convenio le era de aplicación, al percibir una retribución superior a la máxima establecida en el convenio. Por otra parte, y dado que se realizó la consignación del importe de la indemnización y salarios devengados hasta el reconocimiento de la improcedencia del despido, con anterioridad a la fecha de la conciliación administrativa, la Sala concluye que no procede la condena al abono de los salarios de tramitación, limitando los mismos al período del 25 al 30 de mayo, todo ello sin perjuicio de que la demandada abone al actor la cuantía exacta de la indemnización por despido es decir, el último salario real devengado incrementado en el 4% que establece el acuerdo de 7 de febrero de 2006 sobre revisión salarial.

4.- Esta sentencia es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada, formulando dos motivos. En el primer motivo, la parte recurrente plantea la cuestión del "módulo años de servicio" de la indemnización por despido, y en concreto cual ha de ser la fecha límite para dicho cálculo, la del despido (tesis que sostiene la recurrente) o la de la sentencia (que es lo que sostuvo la sentencia de instancia y mantiene la recurrida), denunciando la infracción de los artículos 56.1 y 49 k) del Estatuto de los Trabajadores , estando seleccionada como sentencia para la confrontación doctrinal, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 24 de noviembre de 2003 , en el recurso de suplicación 6235/2003. En esta sentencia, y en lo que aquí interesa, se debatió, al amparo de lo dispuesto en el artículo 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores el cálculo de la indemnización en función del tiempo de servicios efectivamente trabajado, entendiendo la Sala que la indemnización ha de quedar limitada al momento en que la relación laboral se extingue por el despido, sin que pueda extenderse hasta el momento en la sentencia, que es puramente declarativa de la improcedencia del despido que ya ha desplegado los efectos extintivos del vínculo contractual.

5.- Por lo que respecta al segundo motivo del recurso, la cuestión suscitada por la recurrente es la del salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización, entendiendo que no resulta de aplicación la revisión salarial del convenio aplicable, denunciando como infringidos los artículos 26.1 y 26.5 del Estatuto de los Trabajadores , estando seleccionada como sentencia para el contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en fecha 29 de julio de 2003 , en el recurso de suplicación 675/2003. El caso resuelto por la Sala es el del despido al amparo del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores de un Director financiero, y en lo ahora interesa, se debatió el importe del salario para el cálculo de la indemnización, al entender la empresa, que el demandante percibía en 12 mensualidades una retribución superior a la prevista en quince pagas anuales en el convenio colectivo aplicable, por lo que la indemnización extintivas y los salarios de tramitación debía calcularse sobre 12 pagas mensuales y no quince. Así fue acogido por la Sala, con estimación del motivo, razonando, que el salario del demandante -3.577 ,51 euros por 12 pagas mensuales es muy superior al establecido en el convenio aplicable, que sin embargo prevé el abono de 15 pagas. Entiende la Sala, que el cálculo debe realizarse sobre la base del salario efectivamente percibido por el trabajador, con respecto de los límites legales y convencionales, sin que pueda calcularse sobre la base de un salario muy superior al efectivamente percibido, como resultaría de añadir el importe de otras tres pagas.



SEGUNDO.- 1.- En su preceptivo informe, el Ministerio Fiscal niega que entre las sentencias comparadas se de la necesaria contradicción.

2.- Con carácter previo, la primera cuestión que ha de resolver la Sala es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones contrastadas concurre la necesaria contradicción exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral . Pues bien, comenzando con el descrito últimamente, que es el segundo motivo, el examen comparativo de la sentencia recurrida y la de contraste pone de manifiesto la inexistencia de la contradicción exigible. En efecto, no sólo son diferentes las acciones ejercitadas, sino también los presupuestos fácticos sobre los que se apoyan las reclamaciones de las partes, al objeto de conseguir la modificación del salario regulador de la indemnización por despido, no existiendo tampoco doctrina para unificar pues ambas sentencias parten de la base de que la indemnización debe calcularse sobre la base del salario efectivamente percibido por el trabajador. Ahora bien, para la sentencia recurrida debe ser el salario real percibido, superior al convencional, más una subida del 4%, por ser éste el incremento fijado por la revisión del convenio colectivo aplicable; revisión que se estima afecta a todo los trabajadores.

En el caso resuelto por la sentencia de contraste, el trabajador percibía su salario en 12 pagas, en cuantía global superior a las 15 pagas establecidas en el convenio aplicable, pretendiendo que se le fijara como salario, a efectos indemnizatorios, el real percibido pero por quince pagas en vez de 12 pagas, petición rechazada por la sentencia, pero sin que se plantee ni resuelva debate alguno, como en el caso de la recurrida, sobre la adición al salario real de un incremento salarial, por revisión de la masa salarial, establecido en el convenio colectivo aplicable. De ahí, que -como ya se ha dicho. No concorra el requisito de la contradicción que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral .

3.- En cambio, si concurre el requisito de contradicción exigible con respecto al primer motivo de recurso entre la sentencia recurrida y la invocada para el contraste, resultando necesario reseñar los siguientes acontecimientos concurrentes en el caso : En fecha 8 de noviembre de 2006, se dictó auto de aclaración de la sentencia de instancia, fijando la indemnización en la cuantía de 10.280,89 euros, teniendo en cuenta el período comprendido desde el inicio de la relación laboral y hasta la fecha en que se dictó la sentencia. La también aquí recurrente, formuló recurso de suplicación, y en el segundo motivo, denunciando la infracción de los artículos 56.1.a), en relación con el 49.1.k), ambos del Estatuto de los Trabajadores , mostró su disconformidad, con la cuestión que ahora también suscita, entendiéndolo, que la indemnización debe calcularse hasta la fecha del despido, y no hasta la fecha de la sentencia. Y esta cuestión no fue objeto de un específico debate ni de pronunciamiento por la Sala de suplicación, que se limitó a confirmar el importe de la indemnización fijada en la resolución de instancia.

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

4.- En su consecuencia, procede entrar en el análisis y decisión de este motivo de recurso, toda vez que, además, el escrito se ajusta a los requisitos exigido en el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral .

TERCERO.- 1.- La cuestión controvertida ha sido ya objeto de estudio y resolución por la doctrina de esta Sala. Así, ya en la sentencia de 21 de diciembre de 1990 (recurso 2397/1989), decíamos que : *"Sostiene el recurrente, en interpretación del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores , que a efectos de la indemnización cuando el despido es declarado improcedente, se ha de computar como tiempo de servicio en la empresa el que media entre la iniciación del contrato y el día en que el empresario opta por la indemnización. Para ello se basa en la idea de que el despido no extingue el contrato, en relación a lo que basta recordar lo razonado en la Sala en la reciente sentencia del día 7 del corriente mes en que se afirma «tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo de despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo; así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 3 del Convenio 158 de la O.I . T; así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 33/1987, de 12 de marzo , invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo*



en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular». Por ello sólo en el supuesto, que no es el de autos, en que se hubiese optado por la readmisión y ésta fuese irregular se admite el cómputo de períodos posteriores al despido, lo que deriva, no de que el despido no extinga el contrato, sino que el empresario, con su opción, ha restablecido el contrato".

2.- Esta doctrina ha sido ratificada por las sentencias posteriores de 1 de julio de 1991, 17 de mayo de 2000 y 21 de octubre de 2004 (rec. 4966/2002). En esta última se añade que : *"confirma esta tesis la nueva redacción del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores que en su número 7 dispone que "el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo...", lo que a contrario sensu significa que el despido improcedente cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo restablecen o hacen renacer el contrato inicialmente extinguido. Y la reiterada doctrina de esta Sala sobre la naturaleza indemnizatoria, no salarial, de los denominados salarios de tramitación (sentencia de 9 de diciembre de 1999 , que sigue otras anteriores) es coherente con el argumento antes expuesto". La misma sentencia advierte que la obligación del empresario de mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el tiempo que coincida con los salarios de tramitación, supone simplemente que esa obligación es aplicable a la Seguridad Social pública.*

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

CUARTO.- 1.- Lo razonado pone de manifiesto que la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste, lo que conlleva, visto el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, la estimación del motivo y subsiguiente estimación parcial del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida únicamente en cuanto al cálculo de la indemnización por despido, que debe calcularse únicamente hasta la fecha del despido acaecido el 25 de mayo de 2006, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, con devolución de depósito constituido y sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don José María Campos Casquet, en representación de la empresa **ALMERIAGRO, S.A.** , contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , con sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 1000/2007, interpuesto por dicha recurrente contra la sentencia de fecha 3 de octubre de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Almería, en autos núm. 735/2006 , seguidos a instancias de Don **Edemiro** en reclamación por Despido contra la citada recurrente. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, únicamente en cuanto al cálculo de la indemnización por despido, que declaramos debe calcularse hasta la fecha del despido acaecido el 25 de mayo de 2006, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, con devolución del depósito constituido. Sin costas.

Devuélvanse 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. Jordi Agustí Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.