



Roj: **STS 3104/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3104**

Id Cendoj: **28079140012022100594**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2022**

Nº de Recurso: **2604/2021**

Nº de Resolución: **638/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 3133/2021,**
STS 3104/2022

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2604/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 638/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 7 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Pio , asistido por el letrado D. Matías Movilla García y representado por la Procuradora D^a Isabel Cañedo Vega, contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2021, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 1009/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo, de fecha 17 de noviembre de 2020, recaída en autos núm. 533/2020, seguidos a instancia de D. Pio frente a la empresa Hijos de J. Barreras, SA., sobre despido.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida la empresa Hijos de J. Barreras SA, bajo la dirección letrada de D. Samuel del Rio Pena.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de noviembre de 2020, el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



"Primero.- El demandante D. Pio , mayor de edad y con D. N. I. número NUM000 , vino prestando servicios para la empresa Hijos de J. Barreras, SA. con la categoría profesional de nivel II, como director de proyectos de oficina técnica y percibiendo unas retribuciones fijas de abril de 2019 a marzo de 2020 de 76.972'94 euros, permaneciendo desde el 15 de abril de 2020 en situación de regulación temporal de empleo.

Segundo.- El trabajador prestó servicios para la demandada del 15 de noviembre de 2005 al 31 de marzo de 2014 en que inició excedencia voluntaria, siendo su retribución al momento del inicio de la misma de 2.934 euros mensuales y su categoría profesional de jefe de área de superestructura. La excedencia la solicitó el día 14 de marzo de 2014 con un máximo de 5 años desde el 31 de marzo siguiente, siéndole aceptada por la empresa el 17 de marzo.

Tercero.-Tramitado en la empresa procedimiento de despidos colectivos, suspensión de contratos y reducción de jornadas en el año 2012, concluyó con acuerdo el 10 de diciembre de 2012 en el que, por lo que aquí interesa, se pactó que "Todas las cantidades adeudadas a los trabajadores, reconocidas en el proceso concursal o contra la masa, serán condonadas el 31.12.2017, por los trabajadores que continúen en la plantilla de la empresa y por tanto quedan suspendidas en su ejecución". El actor solicitó el pago de dichas cantidades y la empresa le abonó en bruto 19.622'46 y 18.160'99 euros el 25 de marzo de 2014.

Cuarto.- A instancias de la empresa demandada, en mayo de 2018 directivos suyos mantuvieron contactos con el actor, que estaba trabajando en una empresa en Inglaterra, para que volviese a la misma y, alcanzado un acuerdo, el trabajador el 22 de junio de ese año remitió correo electrónico a la demandada con foto, currículum vitae actualizado, manifestando su renuncia a la excedencia y solicitando que se le enviase copia del alta en la Seguridad Social. El día 16 de julio las partes suscribieron el contrato de trabajo del actor vigente al momento del despido reconociéndole el nivel II, puesto de director de proyecto en oficina técnica y un salario fijo anual de 75.000 euros sin especificar los conceptos que incluía, salario desglosado en las nóminas en: a cuenta pagas extras, complemento turno, tóxico, NAF y complemento individual ordinario. Tras la firma del contrato, la empresa trató de que el actor devolviese lo cobrado el 25 de marzo de 2014 pero finalmente, reunidos el actor, el director general y el presidente de la empresa, concluyeron que no tenía que devolver nada.

Quinto.- Previas conversaciones al respecto con la directora de recursos humanos, finalmente el día 26 de junio de este año la empresa le comunica por escrito al trabajador su despido disciplinario con efectos desde el día 1 de julio, reconociéndole una indemnización de 13.423'52 euros que no consta que le haya abonado

Sexto.- La empresa le abonó al trabajador en concepto de horas extras de junio a octubre de 2019 las siguientes cantidades: 703'30, 963'38, 498'30, 664'40 y 481'69 euros respectivamente.

Séptimo.- En el período de 16 de abril de 2019 a 15 de abril de 2020 el actor realizó en días laborables 379 horas y 25 minutos por encima de las 8 hora diarias, siendo el valor no discutido de la hora extra de 28'89 euros.

Octavo.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 17 de julio, la misma tuvo lugar el día 5 de agosto con el resultado de sin avenencia.

Noveno.- El demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por D. Pio , debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 1 de julio de este año por parte de la empresa Hijos de J. Barreras, S.A., a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 100.284'06 euros, opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, así como a que en el primer caso le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución a razón de 240'90 euros diarios, advirtiéndole a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo y forma expresados se entenderá que procede la readmisión, desestimando las demás pretensiones deducidas en la demanda, de las que absuelvo a dicha sociedad".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de la empresa Hijos de J. Barreras, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 10 de mayo de 2021, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa Hijos de J. Barreras, S.A. y desestimando el interpuesto por la representación letrada de don Pio , contra la sentencia de fecha diecisiete de noviembre del año dos mil veinte, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de los de Vigo, en proceso promovido por don Pio frente a la empresa Hijos de J. Barreras, S.A., debemos revocar y revocamos en parte la sentencia de instancia, y estimando en parte el recurso de la demandada, fijar la cuantía indemnizatoria en la cantidad de 96.542,81 € (noventa y seis mil quinientos cuarenta y dos euros como ochenta y un céntimos), y el salario



regulador regulador en caso de readmisión en la cuantía de 230,55 € (doscientos treinta euros y cincuenta y cinco céntimos), manteniendo el resto de pronunciamientos de la resolución de instancia".

TERCERO.- Por la representación de D. Pio , se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de noviembre de 2020, R. 2111/2020.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 18 de febrero de 2022, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días, lo que no ha efectuado.

QUINTO.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para impugnación sin haberlo verificado pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso, debía ser estimado. A su juicio, la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste que es acorde con la de esta Sala, según la cual la indemnización opera sobre el tiempo de servicios prestados y no de la antigüedad.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de julio de 2022, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la indemnización por despido improcedente debe calcularse, en relación con los conceptos salariales irregulares, tomando como promedio de horas extraordinarias realizadas todo el año anterior al despido cuando dentro de él ha existió situación de suspensión del contrato por ERTE Covid.

La parte actora ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia, de 10 de mayo de 2021, en el recurso de suplicación núm. 1009/2021, que desestimando el recurso de la parte actora, estimó parcialmente el interpuesto por la empresa demandada, revocando parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo, de 17 de noviembre de 2020, en los autos 533/2020, en el sentido de fijar como importe de la indemnización y salario regulador, en caso de readmisión, inferior al reconocido en la instancia.

La sentencia recurrida resuelve una demanda por despido de quien, manteniendo una relación laboral, desde el 15 de noviembre de 2005, pasa el 31 de marzo de 2014 a situación de excedencia voluntaria y posterior reingreso, que tuvo lugar el 16 de julio de 2018. A partir del 16 de abril de 2020 estuvo afectado por un ERTE Covid hasta que fue objeto de un despido disciplinario con efectos del 1 de julio de 2020. El demandante realizó horas extraordinarias desde el 16 de abril de 2019 a 15 de abril de 2020, por un total de 379,25 horas.

En lo que aquí es objeto del recurso, la Sala de suplicación resuelve sobre el salario regulador que debe tomarse para la fijación del importe de indemnización por despido estimando parcialmente lo pretendido por la parte demandada y rechazando lo pedido por la parte actora, y que incide sobre las horas extraordinarias y el periodo a tomar en consideración, llegando a la conclusión de que las mismas deben serlo en cómputo anual, anterior al despido, del que se tomará la media mensual por lo que acude como periodo de referencia al transcurrido desde el 1 de julio de 2019 al 1 de julio de 2020, en que se realizaron 248 horas y 42 minutos, a un valor de la hora extra de 28,89 euros, de lo que resulta un cómputo anual de 7.176,85 euros que sumado al salario anual fijo y dividido por 365 se obtiene un salario día de 230,55 euros.

En dicho recurso de unificación de doctrina se formula un solo punto de contradicción para el que se identifica como sentencia de contraste seleccionada la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 23 noviembre de 2020, rec. 2111/2020

La sentencia de contraste también se cuestiona el periodo anual de referencia para determinar el importe del salario regulador de la indemnización por despido improcedente, en un supuesto en el que trabajador, con anterioridad al despido y dentro del año que le precede, estuvo en incapacidad temporal. La Sala considera que la suspensión del contrato de trabajo con motivo de la incapacidad temporal, implica que el salario regulador de la indemnización deberá determinarse sobre la base del percibido por el trabajador antes de la suspensión del contrato de trabajo, es decir, tomando el salario, con inclusión de las horas extras realizadas y la prorrata de pagas extraordinarias, del periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2018 y el 28 de febrero de 2019, que es lo que había tomado el juez de instancia. Esto es, en el año anterior al despido toma aquellos meses para con ellos obtener el salario día.

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios, no habiendo sido cuestionada por el Ministerio Fiscal.



SEGUNDO. - Motivos de infracción de norma

1. Preceptos legales denunciados y fundamentación de la infracción.

La parte recurrente ha formulado un motivo de infracción normativa en el que invoca la del art. 56.1 del ET

Según dicha parte, la sentencia recurrida incurre en la infracción normativa y quebranta la doctrina cuando para fijar el importe de las horas extraordinarias realizadas previas al despido, toma como referencia anual un espacio de tiempo afectado por la suspensión del contrato por ERTE y, por tanto, como tiempo en el que no fue tan siquiera posible realizar la jornada ordinaria. Por tanto, es la sentencia de contraste la que, a su juicio, recoge la doctrina correcta, resultando así un salario regulador y una indemnización por despido en los importes que fijó el juzgador de instancia.

2. Normativa aplicable

El art.56.1 del ET dispone que "Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo"

3. Doctrina de la Sala

Ya la STS de 17 de julio de 1990 recordaba que el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales.

Dentro de esas circunstancias especiales, la STS de 19 de noviembre de 2001, rcud 3083/2000, al igual que en la de 22 de noviembre de 2005, rcud 5277/2004, consideraron que las retribuciones variables que puedan percibir los trabajadores o, en definitiva, los conceptos salariales no fijos, deben configurar el salario regulador que rija las consecuencias del despido, aunque en ellas no se cuestionaba que espacios temporales debía tomarse en consideración, siendo la STS 24 de octubre de 2006 rcud 1524/2005, la que indica que ello es así aunque el devengo sea del año anterior y percibido en el posterior, en el que se produce el despido.

La STS de 27 de septiembre de 2004 aunque no se trataban de ingresos salariales irregulares, sí que marca parámetros temporales que configuran la toma en consideración de conceptos salariales no fijos y dice lo siguiente: "no pudiendo prorratearse lo percibido en los doce últimos meses a los efectos debatidos, para incluir la cantidad percibida por el referido complemento; el mismo, tenía una finalidad concretar compensar el traslado al extranjero, es decir, tenía un carácter puntual, sí cuando fue despedido ya no trabajaba fuera de España y no percibía el complemento, no puede incluirse en lo percibido en el momento del cese; no estamos ante un ingreso salarial irregular, ni ante un complemento de devengo periódico superior al mes, ni ante un supuesto fraude que podría llevarnos a conclusión distinta sobre el particular".

La STS 30 de junio de 2011, rcud 37756/2010, trae a su consideración la doctrina de la Sala sobre el salario regulador de la indemnización por despido, aunque advierte que la parte actora no cuestionó el periodo de referencia tomado por la sentencia recurrida para determinar el cómputo anual de la retribución variable.

En esa línea, la STS de 17 de junio de 2015, rcud 1561/2014, también señalaba que "La jurisprudencia que ha interpretado desde antiguo el art. 56.1 ET en lo relativo al salario regulador de las indemnizaciones por despido, consta resumida, pese que en ella no se aprecia la existencia de contradicción, en la STS 12-5-2005 (R. 2776/05) en los siguientes términos: "de acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, contenida en la... sentencia de 17 de julio de 1990 y reiterada en otras muchas anteriores o posteriores sobre la misma o parecidas cuestiones (entre ellas, STS 30-5-2003, rec. 2754/2002 y 27-9-2004, rec. 4911/2003), <<el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales "

Fundamental para el caso que nos ocupa, es la STS de 29 de enero de 2019, rcud 1091/2017, en la que, respecto de un trabajador que estaba percibiendo un determinado nivel salarial por una expatriación y regresando a España se incorpora a su puesto de trabajo siendo despedido a los cuatro meses, indica que el plus de repatriación no puede computarse en su totalidad "por cuanto en la fecha del despido ya no se percibía, pero sí en la parte proporcional a los meses correspondientes al año anterior al mismo en que sí se percibió (es decir, promediando el percibo anual del plus para calcular el módulo indemnizatorio)"

4. Doctrina aplicable al caso

A la vista de lo expuesto y de los criterios doctrinales que se ha recogido anteriormente es evidente que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste ya que el periodo de tiempo en el que el contrato



ha estado suspendido, sin actividad y sin retribución, no pueden integrar el promedio a tomar en consideración para la determinación del salario regulador del despido, cuando afecta a percepciones retributivas que, siendo computables, no son fijas.

Y ello porque si las cantidades que se toman en consideración son las que se estaban percibiendo al momento del despido, como regla general, resulta que cuando estamos ante conceptos salariales regulares pero intermitentes, o irregulares, la referencia temporal es la de un año inmediato anterior a la extinción, como forma de ajustar en ese caso un promedio de lo que se ha percibido. Y ello implica que en todos esos casos se está ante referencias temporales en las que el trabajador está prestando servicios y percibiendo la remuneración. No es posible tomar como parámetro temporal para obtener un promedio de retribución irregulares espacios en los que el contrato estaba suspendido porque no se estaría actuando sobre elementos con correspondencia. Y esta situación es una más de las que la jurisprudencia de esta Sala califica de especiales en tanto que los ingresos del trabajador se han visto afectados por incidir en su desarrollo una situación de paréntesis en su prestación de servicios y percepción de la retribución.

Por tanto, en esta situación es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta y no la recurrida en la que, por cierto, habiendo tomado en consideración el juzgado de instancia un tiempo sin introducir el de suspensión del contrato, no razonó la alteración que hacía de ese criterio, más allá de indicar que es la fecha anterior al despido de la que debe partir el año a tomar en consideración.

En consecuencia, si el despido se produjo estando el trabajador bajo una situación de suspensión del contrato de trabajo, es evidente que el promedio de los ingresos irregulares que haya podido percibir en el año anterior al despido que sean computables no puede obtenerse tomando periodo de suspensión del contrato, como bien entendió la sentencia de contraste.

Siendo ello así, debemos pasar a resolver el debate planteado en suplicación, en lo que al recurso de la parte demandada se refiere por ser el que cuestionó lo resuelto en instancia en el extremo que se ha traído ante esta Sala, en el buen entendimiento de que pasamos a dar respuesta a una situación ya particular, atendiendo a las circunstancias del caso, lo que no significa que puedan presentarse otras en las que los periodos de suspensión de la relación laboral pudieran abarcar más tiempo, provocando que los espacios temporales deban ajustarse atendiendo, claro está, a la consideración que tengan las retribuciones salariales sobre las que se quiera realizar la proporcionalidad de lo percibido antes del despido.

Pues bien, en el presente caso, debemos recordar que las partes pretendían que el promedio de las horas extraordinarias se configurase sobre un cómputo anual, discrepando sobre que referencia anual a tomar en consideración. El juez de instancia, acogiendo el criterio de la parte actora, tomó las horas extraordinarias realizadas entre el 16 de mayo de 2019 y el 16 de abril de 2020, por ser en este momento cuando se suspende el contrato, aunque el despido se produjo el 1 de julio de 2020. La sentencia recurrida, dejando sin efecto lo dicho en la instancia en este extremo, toma las horas extraordinarias realizadas en el año anterior al despido.

Pues bien, como se ha dicho, lo que ha decidido la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina al introducir en el promedio de cálculo de las horas extraordinarias al tiempo de suspensión. Eso implica que hayan de efectuarse los siguientes cálculos. En el año anterior al despido (1 de julio de 2019 a 1 de julio de 2020) se realizaron 248,42 horas extraordinarias pero, si como hemos dicho, hay que excluir el periodo posterior a 16 de abril de 2020 por suspensión del contrato, nos quedamos con un periodo de referencia de 9 meses y medio o lo que es lo mismo 229 días de actividad en el año anterior al despido. Por tanto, esos días pueden ser en este caso los referenciales. Siendo así, las horas extras realizadas en esos 229 días alcanzaron la cifra de 7.176,85 euros; el salario fijo que se percibió en un año fue de 76.972,94 euros lo que implica que por los 229 días se percibieron 48.292,6 euros ($76.972,94:365 \times 229$). La suma del salario fijo con las horas extraordinarias supone un total de 55.469,45 euros lo que supone un salario regulador de 242,22 euros/día.

Es cierto que ese salario que aquí se ha obtenido es superior en unos 2 euros al que obtuvo la sentencia de instancia pero tenemos que mantener el que se declaró en ella porque esa diferencia no es producto de un mero error de cuenta que hubiera permitido en este momento ser corregido sino que es consecuencia de haber tomado el juzgador de instancia unos parámetros -los de la parte actora- que no son los que aquí se han dejado fijados para el concreto supuesto de forma que, para no incurrir en incongruencia, dado que la parte actora lo que pretende es que se confirme el dictado de la instancia, que asumió su criterio ello se debe mantener.

TERCERO. - Lo anteriormente razonado, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser estimado y, casando parcialmente la sentencia recurrida, resolviendo el debate planteado en suplicación respecto del recurso de la parte demandada, desestimar su recurso, manteniendo la desestimación del recurso de la parte actora y, en consecuencia de todo ello, confirmar la sentencia dictada en la instancia.



Todo ello sin imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Pio , representado por la Procuradora D^a Isabel Cañedo Vega y asistido por el letrado D. Matías Movilla García, contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2021, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 1009/2021.

2.- Casar y anular parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, en relación con el recurso de la parte demandada, desestimarle y, en consecuencia, manteniendo la desestimación del recurso de la parte actora, confirmar en todos los extremos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo, de fecha 17 de noviembre de 2020, recaída en autos núm. 533/2020.

3.- Sin imposición de costas

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.