



Roj: **STS 3842/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3842**

Id Cendoj: **28079140012019100731**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2019**

Nº de Recurso: **1638/2017**

Nº de Resolución: **770/2019**

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

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1638/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 770/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

D.^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 12 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jordi Vidal Ciurana, en nombre y representación de D. Alejo, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 9 de enero de 2017, recaída en el recurso de suplicación núm. 5671/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Barcelona, dictada el 26 de febrero de 2016, en los autos de juicio núm. 192/2015, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Alejo, contra las entidades TRAMSA, S.L., ALFREDO MESALLES SA., EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y MINISTERIO FISCAL, sobre despido, tutela de derechos fundamentales y reclamación de cantidad.

Han sido partes recurridas las entidades TRAMSA, S.L. y ALFREDO MESALLES SA., representadas por la Procuradora D.^a Andrea de Dorremochea Guiot.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de febrero de 2016, el Juzgado de lo Social nº 11 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo íntegramente la demanda interpuesta por Alejo contra TRAMSA, S. L., ALFREDO MESALLES, S. A., el MINISTERIO FISCAL y el FOGASA, y:

1.º Declaro la improcedencia del despido efectuado con efectos del día 29/1/2015, por lo que condeno solidariamente a ambas empresas demandadas al pago de la indemnización legalmente prevista de 9.797,28



euros, conforme a la opción que anticiparon en el acto del juicio; importe del que se debe compensar la indemnización ya percibida de 1.998,54 euros, restando de pago un total de 7.798,74 euros.

2º Absuelvo al FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad legal, de conformidad con el art. 33 del ET."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **Primero.** El actor acredita una antigüedad a favor de la empresa demandada TRAMSA, S. L. del día 27/2/2012, en relación indefinida y a jornada completa, la categoría profesional de encargado general - nivel 2, y una retribución salarial de 3.096,11 euros brutos mensuales, con las pagas extras incluidas, conforme queda detallado en el apartado 4 del hecho primero del escrito de demanda, que se da por reproducido, y conforme a las previsiones de la Resolución de 7 de marzo de 2013, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio del metal de la provincia de Barcelona para los años 2012-2013. TRAMSA, S.L. aplica el convenio colectivo del comercio del metal de la provincia de Barcelona (conformidad y documentos 3, 6 a 10 de Tramsa).

Segundo. El actor comenzó a prestar sus servicios mediante un contrato de trabajo de duración determinada en su modalidad de eventual por circunstancias de la producción, celebrado con PERSONAL 7, EET, S.A., para ser puesto a disposición de TRAMSA, S.L. El objeto consignado en dicho contrato era el de "Acumulación de tareas, exceso de pedidos" y la calificación requerida la de mozo de almacén, sus funciones consistían en trabajos de almacén, clasificando material para su posterior reciclaje. Sin solución de continuidad, el actor celebró con TRAMSA, S. L. un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, el 28/3/2012, para prestar su servicios como especialista, nivel 1, en los centros de trabajo de la avenida Bertrán i Güell, 25 de Gavá; avenida del Mar, s/n, de Gavá; en la calle Riera Roja, n.º 22 de Sant Boi de Llobregat; en el polígono industrial El Pont, de Vilomara i Rocafort y en la calle Cami de les Moreres, n.º 2 de Olesa de Montserrat, aplicándose el convenio colectivo de comercio de Cataluña. Las funciones asignadas al demandante eran supervisar y evaluar las funciones, ordenar y organizar la actividad de sus compañeros, realizar actividades en el almacén y atender a los clientes, en jornada laboral de lunes a viernes de 6:00 a 17:30 horas, con una hora para comer y media hora para el desayuno, y los sábados de 7:00 a 13:00 horas, realizando un total de 908 horas extras a lo largo del año, que fueron abonadas en metálico y sin hacerlas constar en las nóminas (doc. 6 a 10 de Tramsa y testifical del actor).

Tercero. TRAMSA, S.L. tiene su domicilio social en la avenida Bertrán Güell, n.º 25, letra C de Gavá (Barcelona), ocupa los locales 25A y 27, y su actividad es la de "Venta, mantenimiento y reparación de motocicletas y de sus repuestos y accesorios", CNAE 4540, si bien su actividad concreta, bajo pedido, era la de verificar neumáticos usados para vehículos de ocasión, metiéndolos en una bañera para comprobar su estado, para ser posteriormente pintados y venderlos a terceros (no controvertido, doc. 7, 16 y 17 del actor y testifical del actor).

Cuarto. ALFREDO MESALLES, S. A. tiene por actividad la "Valoración de materiales ya clasificados", CNAE 3832, y ocupa los locales 25B y 25C de la avenida Bertrán Güell, n.º 25 de Gavá (Barcelona)(doc. 16 del actor y doc. 1 de Alfredo Mesalles).

Quinto. TRAMSA, S. L y ALFREDO MESALLES, S. A. están participadas en el 100 % por el GRUPO INDUSTRIAL MESALLES SILVA, S. L., con domicilio social en la avenida Bertrán Güell, 25 de Gavá (Barcelona), siendo su objeto social el de Adquisición en nombre y por cuenta propia de acciones, participaciones o cualquier otro título de propiedad correspondiente a sociedades con la finalidad de intervenir en su gestión, etc." (doc. 16, 27 y 27 del actor).

Sexto. AMSA GESTIÓN Y CONTROL, S. L. participó en el consejo de administración de TRAMSA, S. L. y ALFREDO MESALLES, S. A., siendo su presidente Doroteo y teniendo su domicilio social en la avenida Marina, n.º 30 de Sant Boi de Llobregat (Barcelona)(doc. 17 del actor).

Séptimo. El grupo empresarial tiene una web con el nombre de AMSA/Comercialización y Distribución (www.alfredomesalles.es), con el presente texto (doc. 8 del actor).

Octavo. TRAMSA, S. L y ALFREDO MESALLES, S. A. comparten tres locales en la avenida Bertrán Güell, n.º 25 de Gavá (Barcelona), todos estos comunicados y luciendo en su exterior un rótulo con el nombre Alfredo Mesalles, S. A. y AMSA. La actividad de ambas empresas era realizada de manera indistinta por su personal (testigos del actor y doc. 18 a 21 del actor).

Noveno. El actor ha venido prestando sus servicios de forma conjunta e indiferenciada a favor de ambas empresas demandadas, si bien formalmente tan solo estaba contratado por Tramsa,S. L., realizando tareas de supervisión de la actividad de otros seis compañeros en la cadena de producción, además de realizar actividades en el almacén y atender a los clientes, a partir del despido de Fausto . Antes de su despido, el actor lo sustituía durante las vacaciones en funciones de encargado. El demandante realizaba su actividad en un horario aproximado de 7:30 horas a 14:00 horas y de 15:00 horas a 19:00 horas, con 30 minutos para



desayunar. Se solía trabajar 2 horas extras diarias, de lunes a viernes, y otras 6 horas extras los sábados de 7:00 a 13:00 horas (testifical del actor).

Décimo. La empresa demandada TRAMSA, S. L. comunicó al actor el 29/1/2015, con efectos del mismo día, una carta, la cual se da por completamente reproducida, decidiendo la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas basadas en razones económicas y productivas, al verse en la necesidad de prescindir de sus servicios y de amortizar su puesto de trabajo, dado el descenso en la cifra de ventas entre el 2013 y el 2014, la menor facturación mensual en los dos mencionados ejercicios y el descenso en las ventas de los productos de la compañía en igual periodo de tiempo, lo que conlleva un excedente de mano de obra y horas de trabajo improductivas y la necesidad de adecuar los niveles de producción a la plantilla de la empresa. La empresa no hizo entrega, en el momento de la notificación de la extinción, de ninguna información económica, fiscal, contable o financiera al actor (folios 15 a 16 y doc. 11 del actor y testifical de la demandada).

Decimoprímero. En la carta extintiva mencionada se admite como fecha de antigüedad la del 27/2/2012 y se cuantifica el importe de la indemnización efectivamente abonada en 1.998,54 euros, más el importe de 522,02 euros en concepto de preaviso (no controvertido ni negado de contrario, folios 15 a 16 y doc. 11 del actor).

Decimosegundo. D. Gerardo vio extinguido su contrato de trabajo por causas objetivas, por la demandada Tramsa, con efectos del 6/11/2014, siendo conciliado judicialmente ante el JS n.º 28 de Barcelona (doc. 14 a 15 del actor).

Decimotercero. Con fecha de 20/3/2015, se celebró el preceptivo y previo acto de conciliación administrativa, con el resultado de sin avenencia (folio 20)".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de las entidades ALFREDO MESALLES S.A. y TRAMSA S.L., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 9 de enero de 2017, recurso 5671/16, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por Alfredo Mesalles, S.A. y Tramsa, S.L. contra la sentencia de dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Barcelona en autos 192/15 de aquel juzgado seguidos a instancia de Alejo contra los recurrentes. Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial y manteniendo la declaración de improcedencia del despido la revocamos en el sentido de condenar a las dos codemandadas solidariamente a que a su elección readmitan inmediatamente al trabajador demandante Alejo o le indemnicen en la cantidad de 3.398,10 euros importe del que deben deducirse los 1.998,54 euros ya percibidos.

En caso de readmisión con abono de los salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta que esta tenga lugar. Devuélvase, firme que sea esta resolución, el depósito para recurrir y devuélvase en parte las consignaciones en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas. Sin costas".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, el letrado D. Jordi Vidal Ciurana, en nombre y representación de D. Alejo, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 10 de julio de 2007, recurso 3488/2005, y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 22 de marzo de 2013, recurso 149/2013.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, las entidades TRAMSA, S.L. y ALFREDO MESALLES SA., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar el recurso en cuanto al primer motivo y desestimarlos en cuanto al segundo motivo formulado.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 12 de noviembre de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina, es si en un proceso de despido, que ha sido declarado improcedente -lo que no se cuestiona en el recurso- es posible debatir el salario aplicable, a efectos de las consecuencias del despido, si debe estarse al que realmente estuviere percibiendo el trabajador en el momento del cese o el que tuviera derecho a percibir como consecuencia del Convenio Colectivo que entiende aplicable y categoría profesional.

2.- El Juzgado de lo Social número 11 de Barcelona dictó sentencia el 26 de febrero de 2016, autos número 192/2015, estimando la demanda formulada por D. Alejo contra ALFREDO MESALLES SA, y EL FOGASA, habiendo sido parte EL MINISTERIO FISCAL, en reclamación por DESPIDO y vulneración de DERECHOS



FUNDAMENTALES, declarando la improcedencia del despido, condenando solidariamente a las dos empresas demandadas al pago de la indemnización legalmente prevista de 9.797,28 €, conforme a la opción que anticiparon en el acto del juicio, importe del que se debe compensar la indemnización ya percibida de 1.998,54 €, absolviendo al FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad legal.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor acredita una antigüedad en TRAMSA SL desde el 27 de febrero de 2012, con relación indefinida y jornada completa, categoría profesional de encargado general, nivel 2, y retribución de 3096,11 € mensuales, con pagas extras incluidas. TRAMSA SL y ALFREDO MESALLES SA tienen su domicilio en Avenida Bertran Guell 25 de Gavá (Barcelona) están participadas al 100% por el Grupo Industrial Mesalles Silva SL Amsa Gestión y Control SL participan en el Consejo de administración de TRAMSA SL y ALFREDO MESALLES SA. Estas dos empresas comparten tres locales en Avenida Bertran Guell 25 de Gavá (Barcelona). La actividad de ambas empresas se realizaba de forma indistinta por su personal. El actor prestaba servicios de forma indistinta a ambas empresas, si bien estaba contratado por la primera. Realizaba tareas de supervisión de la actividad de otros seis compañeros en la cadena de producción, además de realizar actividades en el almacén y atender a los clientes, a partir del despido de Fausto. Antes de su despido, el actor lo sustituía durante las vacaciones en funciones de encargado. El 29 de enero de 2015, con efectos de ese mismo día, TRAMSA SL comunicó su despido al actor por causas objetivas, razones económicas y productivas. En la carta extintiva se admite como fecha de antigüedad el 27 de febrero de 2012 y se abona una indemnización de 1998,54 €.

2.- Recurrida en suplicación por la Letrada Doña Nieves Rabassó Rodríguez, en representación de TRAMSA SL y ALFREDO MESALLES SA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 9 de enero de 2017, recurso número 5671/2016, estimando en parte el recurso formulado y, manteniendo la declaración de improcedencia del despido, revocó la sentencia de instancia en el sentido de fijar la indemnización a abonar por las empresas condenadas solidariamente en 3.398,10 €, cantidad de la que deben deducirse los 1998,54 € ya percibidos.

La sentencia entendió que: "Viene siendo doctrina de esta Sala que excede del ámbito del proceso de despido la discusión de cual debía ser la categoría profesional del trabajador, convenio colectivo que debería ser aplicable a la relación laboral y salario correspondiente en el caso de que tales supuestos hayan venido siendo aceptados en la forma establecida por la empresa sin previa discusión y de manera pacífica entre las partes". Continúa razonando "que una adecuada aplicación de la doctrina unificada sobre la materia, no permite autorizar el conocimiento en el proceso de despido de cualquier circunstancia o incidencia relacionada con la cuantía del salario, pues, en aquellos casos en los que la determinación del mismo implique descender a niveles de calificación jurídica de algunos de los elementos de la relación laboral, tales aspectos incidentales menores deben ser objeto de tratamiento adecuado en el correspondiente procedimiento (Sentencias, entre otras, de 18 de febrero de 1998 y de 13 de mayo de 1998 [AS 1998, 2761]), en las que hemos indicado, en los términos anteriormente expuestos, que podrá por tanto discutirse la cuantía del salario cuando la cuestión al respecto afecte a elementos esenciales del mismo, unilateralmente fijados por la empresa sin sujeción a las normas legales o convencionales que los regulan; pero no debe en cambio extenderse la discusión en sede de procedimiento por despido, a aquellos aspectos o cuestiones incidentales que supongan descender a valorar el mayor o menor derecho del trabajador a la percepción de ciertos complementos o cantidades que nunca ha percibido ni reclamado o sean propias de calificación profesional, hasta ese momento indiscutidas y que no surgen diáfanamente e indiscutibles de las normas de aplicación al caso, pues esto supondría desnaturalizar el proceso trayendo al mismo incidencias menores que deben ser objeto de adecuado conocimiento en procedimiento separado".

La aplicación de esta doctrina al supuesto que nos ocupa, lo que es ineludible en cumplimiento de los principios de congruencia y seguridad jurídica obliga, al no haber existido con anterioridad a este procedimiento controversia ni protesta alguna, respecto del convenio colectivo aplicable a la relación laboral ni a la categoría profesional consecuencia de ella, retribución salarial que venía percibiendo el trabajador, considerar inadecuada la discusión en este procedimiento de tales cuestiones y en consecuencia a mantener la categoría profesional, convenio colectivo y salario que venía siendo percibido y que reconoce la empresa".

3.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. Jordi Vidal Ciurana, en representación de D. Alejo, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, para el primer motivo del recurso, la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 10 de julio de 2007, recurso número 3488/2005 y para el segundo motivo, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 22 de marzo de 2013, recurso número 149/2013.

El Procurador D. Andrea de Dorromocha Guiot, en representación de TRAMSA SL y ALFREDO MESALLES SA, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el primer motivo ha de ser estimado y el segundo desestimado por falta de contradicción.



SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada para el primer motivo de recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 10 de julio de 2007, recurso número 3488/2005, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña Milagrosa frente a la sentencia dictada el 4 de mayo de 2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 814/2005, sobre despido, iniciada en el Juzgado de lo Social número 6 de Barcelona, en autos número 136/2004, a instancia de la ahora recurrente contra la Baguetina Catalana SL, Can Gareta SL, Bonmon 2000 SL, Kero Logistic SL y Bocpertot SL, casando y anulando la sentencia y acordando devolver las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia para que resuelva la cuestión de fondo planteada en suplicación y no resuelta.

Consta en dicha sentencia que la actora inició su relación con el grupo de empresas demandadas el 4 de marzo de 2002, con la categoría de ayudante de dependienta y con salario de 24,25 €/día, con la prorrata de extras, según el Convenio de Hostelería. El 17 de febrero de 2004 fue despedida. Ha trabajado en 18 locales donde se vende comida y bebida al público y también se puede consumir en los locales, sirviendo los trabajadores las mesas, recogiénolas y limpiándolas, teniendo todos los locales mesas y sillas, donde se sientan los clientes lavabos públicos teléfonos y máquinas expendedoras de tabaco.

La cuestión que se plantea en el recurso, en un supuesto de despido, declarado improcedente, lo que no se debate en el recurso, es el salario aplicable, a efectos de las consecuencias del despido, si debe estarse al que realmente estuviere percibiendo el trabajador en el momento del cese o el que se tuviera derecho a percibir como consecuencia del Convenio Colectivo aplicable y la categoría profesional, y, más concretamente, si esta cuestión puede debatirse en un proceso por despido.

La sentencia invocando lo resuelto en sentencia de 12 de julio de 2006, recurso 2048/2005, entendió 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". En la misma línea, la sentencia de 12 abril 1993 reiteró que solamente en el proceso de despido puede discutirse la cuantía de la retribución que ha de tomarse en cuenta para establecer la indemnización y los salarios de tramitación, que no pueden reclamarse en proceso posterior. Es cierto que en algunos casos esta doctrina se ha establecido en supuestos, en los que se habían producido reducciones unilaterales del salario antes del cese o del ejercicio de la acción resolutoria del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores . Pero se trata de un dato accidental, porque, como ya se ha dicho, lo que se plantea aquí es un problema estrictamente procesal en orden a determinar el alcance de la regla del artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y lo que se establece es que no es acción distinta de la propia del despido la fijación de los datos sobre los que deben determinarse las indemnizaciones que han de reconocerse en ese proceso cuando es estimada la pretensión del trabajador".

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambas sentencias se trata de supuestos en los que se ha declarado la improcedencia del despido, cuestión que no es discutida en el recurso, y se reclama por el trabajador mayor indemnización alegando que procede aplicar un Convenio Colectivo diferente al que ha aplicado la empresa, entendiendo la sentencia recurrida que se ha producido una acumulación indebida de acciones, en tanto la sentencia de contraste entiende que es en el proceso de despido donde debe discutirse el Convenio que ha de aplicarse, para establecer el salario que ha de tenerse en cuenta a los efectos del despido.

Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida se reclame el Convenio Colectivo aplicable y la categoría profesional, en tanto en la sentencia de contraste únicamente se discute el Convenio Colectivo de aplicación pues la cuestión se limita a dilucidar si en el proceso de despido se ha de aplicar el salario que venía percibiendo el trabajador al tiempo de ser despedido o es posible reclamar el salario que entiende el trabajador que le corresponde percibir -en la sentencia recurrida por aplicación de otro Convenio Colectivo y categoría profesional, en la sentencia de contraste por aplicación de otro Convenio Colectivo-.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.



TERCERO.- 1.- El recurrente alega infracción, por interpretación errónea, del artículo 24 de la Constitución, artículos 26 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, artículos 107 y 110 de la LRJS y jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, STS de 27 de marzo de 2000, 12 de julio de 2006, 19 de octubre de 2007 Y 27 de diciembre de 2010, recursos números 2063/1999, 2048/2005, 4128/2006 y 1751/2010 respectivamente.

2.- La cuestión ha sido reiteradamente examinada por esta Sala, que ha mantenido una constante doctrina, como pasamos a a examinar:

-La sentencia de 27 de marzo de 2000, recurso 2063/1999 ha establecido:

"La sentencia recurrida admite que, en el pleito de despido, puede el trabajador alegar y probar que el salario a que legalmente tiene derecho, a efectos de la decisión condenatoria que adopte el juez social, es mayor al que figura en nóminas y documentos de seguridad social. Con lo que, en definitiva, se aplica doctrina según la cual el salario regulador de las indemnizaciones es el que debe corresponder legalmente al trabajador al tiempo de la extinción del contrato, y no el que realmente viniera percibiendo, siendo el proceso de despido cauce adecuado para proceder a su debate y fijación (sentencias de 25 febrero 1993 y 8 junio 1998)".

-La sentencia de 12 de julio de 2006, recurso 2048/2005 contiene el siguiente razonamiento:

"SEGUNDO.- La sentencia de contraste y la parte recurrente tratan de excluir esta doctrina, argumentando que se trata de un criterio que rige cuando se produce una reducción unilateral del salario anterior al despido o cuando hay discrepancias sobre el régimen salarial aplicable, pero sostiene que tal criterio no puede aplicarse cuando el salario a computar depende de una decisión sobre la clasificación profesional correcta o sobre circunstancias que exceden por su complejidad del objeto propio del proceso de despido. Estos argumentos no pueden aceptarse. En primer lugar, es obvio que no hay ninguna acumulación indebida de acciones. Para ello basta, como dice la sentencia recurrida, examinar el suplico de la demanda, en el que se pide "la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido y que se condene a la demandada, a su opción, a la readmisión en idénticas circunstancias ostentadas o a abonar a la actora una indemnización equivalente a 45 días de salario por año de antigüedad prorrateándose por meses la fracción del año y equiparándose a mes completo las fracciones inferiores y en todo caso al abono de los salarios dejados de percibir". No se ejercita ninguna acción de clasificación profesional, porque no se pide el reconocimiento a favor de la actora de una categoría profesional superior en virtud del llamado principio de equivalencia función/categoría. Lo que se pide es algo muy distinto en el plano jurídico: que las indemnizaciones por despido se calculen sobre el salario que, en virtud de las normas aplicables, correspondía a las funciones que efectivamente venía desempeñando la trabajadora. Y ésta es una pretensión propia del proceso de despido que ha de resolverse en él. Lo que se produce en estos casos no es una acumulación de acciones, sino la presencia en el orden de las decisiones propio de una controversia por despido de una cuestión prejudicial en la que han de tomarse en cuenta las normas sobre clasificación profesional: tiene que decidirse si, conforme a estas normas, los trabajos realizados son los propios de la categoría reconocida o corresponden a otra categoría con retribución superior. Pero obsérvese que, tal como está planteado el pleito, no se trata de una decisión prejudicial de clasificación, pues no se pide que a efectos del despido se considere que la trabajadora tiene la categoría de encargada; de lo que se trata es de que se tomen las retribuciones de encargada. El problema real podría producirse en relación con la condena a la readmisión -a readmitir como encargada, en este caso-. Pero este problema ya no se plantea en este proceso, porque la condena a la readmisión se ha excluido y el único tema de debate que subsiste es el del cálculo de la indemnización y el de los salarios de tramitación. Ahora bien, aun en el caso de que se tratara de una condena a readmitir como encargada, en la que sí se solaparía una decisión con vigencia futura sobre clasificación profesional, no se estaría ante una acumulación indebida de acciones, sino de una pretensión que ha de ser resuelta sobre el fondo dentro de los límites propios de la condena por despido improcedente; condena que supone la readmisión "en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido", es decir, con la categoría de dependiente y las funciones de encargada, si el desarrollo de estas funciones se ha probado y sin perjuicio de que en el proceso correspondiente pueda instar el reconocimiento de su categoría profesional. El enjuiciamiento a efectos de las indemnizaciones es distinto, porque en ellas no se trata de decidir de presente ni de futuro sobre la categoría de la trabajadora, sino de calcular dentro del despido el importe de las indemnizaciones procedentes no en función de la categoría profesional, sino de los salarios que debió de percibir por el trabajo efectivamente realizado en un efecto que se agota en el proceso de despido".

-La sentencia de 27 de diciembre de 2010, recurso 1751/2010 ha establecido:

"...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", recordaba, asimismo, que la *sentencia de 24 de julio 1989* tuvo ya ocasión



de señalar, en interpretación del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, 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". Pues bien, si ello es así, resulta palmario, que el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación, no es el que trabajador viniera percibiendo realmente en el momento del despido de ser inferior al establecido en convenio colectivo aplicable, sino precisamente, dado el carácter mínimo e irrenunciable de la norma convencional, el fijado en la misma en función de las circunstancias concretas de antigüedad y categoría profesional del trabajador."

Asimismo son relevantes para resolver la cuestión debatida, tal y como señala el Ministerio Fiscal en su muy razonado informe:

-La sentencia de 17 de diciembre de 2013, recurso 3076/2012, que ha resuelto:

"Según se desprende del art. 400.2 LEC, de aplicación supletoria - DF 4ª LRJS- en el proceso laboral, los efectos preclusivos de la cosa juzgada, igual que los de la litis pendencia, se extienden tanto a los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en el proceso previo como a los que en él hubieran podido alegarse; así se deduce también de las SSTs de 7-12-1990, 3-1-1991, 25-2-1993, 12-4-1993, 8-6-1998, 21-9-1998 y 27-3-2000, igual que del ATS de 14-1-1999, resoluciones todas ellas citadas en la más reciente STS de 12-7-2006, R. 2048/05. Doctrina similar se contiene en la jurisprudencia de la Sala 1ª de este Tribunal: TS1ª, por todas, 6-5-2008, R. 594/01, 29-9-2010, R. 594/06, citadas ambas en la más reciente de 26-11-2011, R. 93/08, aunque en esta última el orden civil parece matizar que ha de tratarse de "una misma acción".

Y, desde luego, como ya hemos adelantado, en contra de lo que al respecto decía erróneamente la sentencia referencial, de la misma forma que no hubo acumulación indebida en el proceso inicial de despido, en el que el aquí demandante ya articuló simultáneamente su pretensión sobre cesión ilegal (posibilidad perfectamente reconocida también por esta Sala: STS 14-10-2009, R. 217/09), tampoco hubiera habido acumulación indebida, incluso antes de la entrada en vigor del actual art. 26.3 de la LRJS, si en ese mismo litigio sobre el despido hubiera reivindicado el salario que consideraba normativamente correcto, tanto a los efectos de la determinación de la pertinente indemnización y los salarios de trámite como a cualquier otro efecto futuro. Esa determinación salarial, pues, enjuiciada y resuelta ya en la sentencia de despido, tal como acertadamente decidió la resolución impugnada, produce el efecto positivo de cosa juzgada".

La sentencia de 2 de diciembre de 2016, recurso 431/2014, que ha establecido lo siguiente:

"En primer lugar, la decisión es la más acorde con la doctrina tradicional de la Sala reiterada en el tiempo y que, por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho anterior, no puede considerarse modificada. En efecto, como se ha avanzado, la Sala viene sosteniendo con reiteración que el proceso ordinario es adecuado cuando la pretensión dirigida al cobro de la indemnización que deriva del acto extintivo se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o que deriva de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes. Ahora bien cuando en el supuesto controvertido se pongan en cuestión la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma o la propia naturaleza de la indemnización debida o, como ocurre en el presente caso, la validez de cláusulas contractuales que resulten determinantes para la configuración de la indemnización, el único procedimiento adecuado es el de despido.

En segundo lugar, en el presente supuesto nos hallamos ante un despido objetivo por causas económicas, sobre el que **la empresa mantiene en todo momento su procedencia**, y que se formaliza a través de una carta de despido en el que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53.b) ET, se pone a disposición del trabajador la indemnización legalmente prevista de 20 días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades, indemnización que es recogida por el trabajador sin oponer objeción alguna. Transcurrido con exceso el plazo de caducidad de la acción de despido, el actor reclama una mayor indemnización, para lo que hace valer una cláusula de garantía otorgada por la entidad demandada cuya aplicación elevaría sensiblemente la indemnización. El valor de tal cláusula es discutido por la empresa que incluso niega su aplicabilidad en base a una revocación posterior de la misma. En esas circunstancias, la cláusula afecta a elementos básicos de la propia extinción por causas objetivas puesto que implica, por una parte, a la propia cuantificación de la indemnización debida, aun contando con la procedencia del despido; y, por otra, a la regularidad de la propia decisión extintiva ya que una defectuosa puesta a disposición de la indemnización pudiera haber derivado en la improcedencia del despido. Finalmente, la cuantía de la indemnización resulta relevante para la propia decisión de despedir y para el ejercicio de la opción sobre una hipotética readmisión.

En tercer lugar, de lo expuesto se desprende que no estamos en presencia de una diferencia meramente aritmética ni ante una cantidad no controvertida que pueda analizarse al margen del acto jurídico del que dimana y trae causa. Al contrario, nos hallamos ante una controversia que afecta directamente a la propia decisión extintiva, que depende de la interpretación de una cláusula contractual -condición más beneficiosa-



cuyo análisis y valoración de su validez y vigencia no pueden realizarse al margen del acto extintivo que constituye el hecho básico sobre el que se proyecta la controvertida cláusula, lo que determina que sea el proceso de despido el adecuado para la resolución de los diferentes problemas que condicionan la determinación de la indemnización reclamada".

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, procede la estimación de este primer motivo del recurso. En efecto, en el proceso de despido se puede reclamar que corresponde un mayor salario que el que en el momento del despido venía abonando la empresa, en este supuesto por entender el recurrente que resulta aplicable un Convenio Colectivo diferente al que la empresa aplicaba y que al trabajador le corresponde una categoría profesional distinta de la reconocida, sin que suponga una acumulación indebida de acciones proscrita por el artículo 26 de la LRJS.

Procede señalar que, no se ejercita ninguna acción de clasificación profesional, porque no se pide el reconocimiento a favor del actor de una categoría profesional superior en virtud del llamado principio de equivalencia función/categoría., sino que se pide simplemente que las indemnizaciones por despido se calculen sobre el salario que, en virtud de las normas aplicables, corresponde a las funciones que efectivamente venía desempeñando el trabajador. Otro tanto sucede en lo relativo al Convenio Colectivo, no se solicita que se declare que corresponde la aplicación de un determinado Convenio, sino que se tenga en cuenta el salario que se establece en el Convenio Colectivo aplicable, a efectos de fijar las pertinentes indemnizaciones por despido.

No habiendo resuelto la sentencia recurrida la cuestión atinente al Convenio Colectivo aplicable y a la categoría profesional del actor, procede declarar la nulidad de la sentencia impugnada y reponer las actuaciones a dicho momento procesal a fin de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, partiendo de que no hay acumulación indebida de acciones, se pronuncie con absoluta libertad de criterio sobre la cuestión relativa al salario aplicable.

CUARTO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada para el segundo motivo de recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 22 de marzo de 2013, recurso número 149/2013, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Fransveta SL, contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2012, por el Juzgado de lo Social número 9 de Barcelona, en autos 557/2011, seguidos a instancia de D. Jose Pedro contra el ahora recurrente y el FOGASSA, en reclamación por despido.

Consta en dicha sentencia que el actor concertó un contrato eventual por circunstancias de la producción el 1 de abril de 2011 hasta el 31 de agosto de 2011. Desde la fecha de incorporación del demandante a la empresa prestaba habitualmente sus servicios con un horario de 13 a 18 horas y de 20 a 1 hora, trabajando cinco días a la semana y librando los otros dos días. De acuerdo con el Convenio Colectivo de Hostelería de Catalunya el trabajador demandante debería haber percibido 340 E correspondientes a las 10 H extraordinarias semanales que venía trabajando de forma regular desde su incorporación a la empresa, así como 153 E de plus de nocturnidad ya que a partir de las 22 H se devenga nocturnidad. El 8 de mayo de 2011 la empresa le comunicó la extinción del contrato de trabajo, con efectos desde el 9 de mayo de 2011 por no superación del periodo de prueba.

La sentencia entendió que: "Comenzando por las horas extraordinarias, la resolución de instancia las incluye en el salario regulador del despido por considerar, tanto en el ordinal fáctico quinto, como en el fundamento jurídico segundo, con valor fáctico (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1.992) que la media de horas trabajadas eran unas cincuenta a la semana, por lo que concluye el juzgador que se efectuaban diez horas extraordinarias (extremo éste que, si bien no se especifica, resulta deducible de la jornada máxima semanal contemplada en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores , y en el artículo 28 del Convenio aplicable). Dado que tales hechos probados no han resultado objeto de impugnación, a los mismos debe estarse, por lo que procede la inclusión en el salario a considerar a efectos de indemnización por despido de la horas extraordinarias cuando se perciben habitualmente, en aplicación de la doctrina de suplicación de diferentes Tribunales Superiores de Justicia".

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurre la necesaria contradicción al ser diferentes los hechos de los que parten cada una de las sentencias enfrentadas. Así, mientras la sentencia de contraste parte de que el actor de forma habitual realizaba una media de 50 horas a la semana, lo que supone 10 horas extraordinarias a la semana, la recurrida no contiene tal dato ya que el párrafo segundo del hecho probado noveno, en el que figuraban las horas extras realizadas, ha sido suprimido por la sentencia de suplicación,



en su fundamento de derecho cuarto, a la vista del motivo de recurso formulado por la parte al amparo del artículo 193 b) de la LRJS.

Al ser distintos los hechos de las sentencias comparadas, aunque su resultado sea diferente no son contradictorias.

Procede, por todo lo razonado, la desestimación de este motivo de recurso.

QUINTO.- Procede por todo lo razonado la estimación en parte del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado D. Jordi Vidal Ciurana, en representación de D. Alejo frente a la sentencia dictada el 9 de enero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 5671/2016, interpuesto por la Letrada Doña Nieves Rabassó Rodríguez, en representación de TRAMSA SL y ALFREDO MESALLES SA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de Barcelona el 26 de febrero de 2016, autos número 192/2015. Casar y anular la sentencia recurrida, declarando la nulidad de la misma y la reposición de las actuaciones al momento anterior a que se dictara, a fin de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, con absoluta libertad de criterio, partiendo de que no hay una indebida acumulación de acciones, resuelva el extremo relativo al salario que ha de tomarse en consideración y la indemnización y, en su caso, salarios de tramitación que procede, manteniendo el resto de la sentencia tal y como se consignó.

FALLO

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Jordi Vidal Ciurana, en representación de D. Alejo, frente a la sentencia dictada el 9 de enero de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 5671/2016, interpuesto por la Letrada Doña Nieves Rabassó Rodríguez, en representación de TRAMSA SL y ALFREDO MESALLES SA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de Barcelona el 26 de febrero de 2016, autos número 192/2015, seguidos a instancia de D. Alejo contra ALFREDO MESALLES SA, y EL FOGASA, habiendo sido parte EL MINISTERIO FISCAL, en reclamación por DESPIDO y vulneración de DERECHOS FUNDAMENTALES.

Casar y anular la sentencia recurrida, declarando la nulidad de la misma y la reposición de las actuaciones al momento anterior a que se dictara, a fin de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, con absoluta libertad de criterio, partiendo de que no hay una indebida acumulación de acciones, resuelva el extremo relativo al salario que ha de tomarse en consideración y la indemnización y, en su caso, salarios de tramitación que procede aplicar en él despido, manteniendo el resto de la sentencia tal y como se consignó.

Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.