

Id Cendoj: 28079140012010100919
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1751/2010
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: JORDI AGUSTI JULIA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x **DESPIDO** x
- x INDEMNIZACIÓN (**DESPIDO**) x
- x SALARIO x
- x SALARIO REGULADOR x
- x CONVENIO COLECTIVO x

Resumen:

RCUD. **Despido improcedente**. Colaboradora de la Agencia Efe. Cálculo de la indemnización del **despido**. Salario inferior al del Convenio colectivo. Determinación del salario regulador de la indemnización.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Diciembre de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Lucía Madrigal Segovia en nombre y representación de Doña **Laura** , contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictada en el recurso de suplicación nº 1418/2009 interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de octubre de 2009 (procedimiento 694/2009) dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Albacete , sobre **despido**.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida la AGENCIA EFE, S.A.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de octubre de 2009, el Juzgado de lo Social número 1 de Albacete, dictó sentencia , en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- La actora, Dña. Laura , con D.N.I. nº NUM000 , ha venido prestando servicios a la empresa "Agencia Efe, S.A.", como colaboradora en la provincia de Albacete, desde el 14 de mayo 2.002, percibiendo una retribución media de 1.568,87 # mensuales en el periodo comprendido entre el día 1 de abril de 2.008 y el día 31 de marzo de 2.009.- **SEGUNDO.-** La Agencia Efe inició un proceso para la adaptación de los trabajadores autónomos que colaboran informativamente con la misma, conforme a lo establecido en la *Ley 20/2007, de 11 de julio* , reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo y su *reglamento, RD 197/2009, de 23 de febrero* , y demás normativos de aplicación, proceso que constaba de tres fases, una Primera Fase o de inició del proceso de adaptación a la *L.E.T.A, publicada en la página Web de la Agencia Efe el día 27 de enero de 2.009* , una Segunda Fase del proceso de adaptación a la *L.E.T.A. publicado, igualmente en la página web de la Agencia Efe el día 4 de marzo de 2.009* , y una Tercera Fase del Proceso de adaptación a la *L.E.T.A publicado, igualmente, en la página web de la Agencia Efe el día 1 de abril de 2.009* .- **TERCERO.-** Dña. Laura , el día 16 de febrero de 2.009, remitió a la Agencia Efe, debidamente cumplimentada, la "Instancia Proceso de Adaptación a la LETA", remitiendo, el día 12 de marzo de 2.009, el "Anexo I Segunda Fase Proceso De adaptación LETA".- **CUARTO.-** Con fecha 7 de mayo de 2.009 la "Agencia Efe, S.A." remite a

Dña. Laura comunicación escrita en el que le informa que "De acuerdo con lo establecido en el Proceso de Adaptación a la LETA para colaboradores/corresponsales externos de Agencia EFE, S.A., publicado en la Web de Agencia Efe con fecha 27 de enero de 2.009 y una vez transcurridos los periodos ordinarios y extraordinarios de presentación de documentación acreditativa de la condición de Proveedor de Servicios/Trabajador Autónomo/TRADE, procedemos a acusar recibo de la documentación remitida por usted y a comunicarle que se le ha incorporado en nuestra Base de Datos de Colaboraciones Informativos de Agencia EFE. De igual manera se le informa que los datos de carácter personal que se hayan podido facilitar quedarán registrados en un fichero de la Agencia EFE, con la finalidad de adaptar las relaciones de los trabajadores autónomos a la LETA, identificando aquellos que además tengan la condición de TRADE. Por ello pueden ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante la Agencia EFE, Espronceda 32. Madrid. Por otra parte, y a los efectos de poder garantizar su conocimiento integro del Pliego de Condiciones que desde el pasado 1 de abril de 2.009 está rigiendo las relaciones de Agencia EFE con sus colaboradores informativos, le rogamos que no más tarde del próximo 18 de Mayo nos remita debidamente firmado el citado Pliego de Condiciones que podrá obtener de la página Web de la Agencia Efe, en el mismo Apartado de Concursos, en el que se le ha ido informando de toda la evolución del Proceso.".- QUINTO.- Dña. Laura presentó el día 28 de mayo de 2.009 papeleta de conciliación en la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Albacete sobre reconocimiento de derechos interesando que por la Agencia Efe se le reconociese la condición de personal laboral desde el inicio de su relación con la Agencia Efe, celebrándose el día 12 de junio de 2.006 ante el UMAC acto de conciliación que terminó sin efecto por incomparecencia de la empresa demandada.- SEXTO.- Con fecha 16 de junio de 2.009, la Agencia Efe remitió comunicación escrita a Dña. Laura , vía burofax, en el que, según resulta de su tenor literal, le informaba que "No hemos recibido la documentación final solicitada en relación al proceso de adaptación a la L.E.T.A., y, en concreto el pliego de condiciones aplicable al colectivo de trabajadores autónomos para la prestación de servicios de colaboración informativa con la Agencia EFE, S.A. Entendemos que la no aceptación de las condiciones solo puede interpretarse como un tácito desistimiento a continuar con las colaboraciones informativas con esta entidad y, por ello, a partir de la fecha de la presente no requeriremos más de sus servicios profesionales.".- SÉPTIMO.- El día 21 de julio de 2.009 se celebró ante el UMAC acto de conciliación que terminó sin efecto por incomparecencia de la empresa demandada.- OCTAVO.- La actora no ostentaba la condición de representante de los trabajadores ni en el momento del **despido** ni en el año anterior al mismo".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando parcialmente la demanda presentada por la actora Dña. Laura , asistido de la Letrada Dña. Lucía Madrigal Segovia, contra la empresa Agencia EFE, S.A.", interviniendo como Legal Representante D. José M^a Cernuda Fernández, y asistida por el Abogado del Estado, D. Ricardo Ramírez de Arellano, e interviniendo por el Ministerio Fiscal Dña. Carmen Mansilla Lozano, declaro la improcedencia del **despido** del que ha sido objeto Dña. Laura acordado con efectos de 16 de junio de 2.009, y con efectos de ese mismo día, condenando a la empresa demandada "Agencia EFE, S.A." a estar y pasar por la anterior declaración, debiendo optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre la readmisión o el abono de la cantidad de 16.889,67 # en concepto de indemnización, con abono, en todo caso, de los salarios de tramitación desde la fecha de su **despido** hasta la notificación de la presente resolución".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictó sentencia de fecha 8 de marzo de 2010 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que desestimando el Recurso de Suplicación número 1418/09, interpuesto por Laura , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Albacete, de fecha 22 de octubre de 2009 , en los autos número 694/09, sobre **Despido**, siendo recurrido AGENCIA EFE, S.A. y MINISTERIO FISCAL; debemos confirmar y confirmamos en todos sus aspectos la sentencia de instancia".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D^a Laura , el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 14 de mayo de 2010, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 9 de febrero de 2001 (Rec. nº 5725/2000).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 15 de julio de 2010, 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.- Evacuado el trámite de impugnación por el Abogado del Estado, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el

21 de diciembre de 2010, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión debatida en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar en el supuesto de declaración de existencia de relación laboral, que salario debe tomarse en cuenta para calcular la indemnización por **despido improcedente**, el que la trabajadora venía percibiendo realmente en el momento del cese, o el que debía percibir con arreglo al convenio colectivo de aplicación en la empresa.

2.- La trabajadora demandante venía prestando servicios como colaboradora para la empresa "Agencia Efe, S.A.", desde el 14 de mayo de 2002, percibiendo una retribución media de 1.568,87 euros mensuales. Tras haberse iniciado por dicha empresa un proceso para la adaptación de los trabajadores autónomos que colaboran informativamente con la misma, conforme a lo establecido en la *Ley 20/2007, de 11 de julio*, reguladora del *Estatuto del Trabajo Autónomo y demás normativa de aplicación, en fecha 7 de mayo de 2009*, la empresa comunicó a la demandante que se le incorporaba en la Base de Datos de Colaboradores Informativos de la Agencia EFE, rogándole que no más tarde del 18 de mayo de 2009 le remitiera debidamente firmado el pliego de condiciones que, desde el 1 de abril de 2009, estaba rigiendo las relaciones de la Agencia con sus colaboradores. El 28 de mayo la demandante presentó papeleta de conciliación en la que solicitaba el reconocimiento del carácter laboral de la relación, y el 16 de junio la Agencia le notificaba que, al no haber recibido el pliego de condiciones solicitado, entendía que renunciaba tácitamente a continuar colaborando con ella y que a partir de esa fecha daba por terminada la relación.

3.- La demandante planteó demanda por **despido** nulo por vulneración de la garantía de indemnidad o subsidiariamente **improcedente**, siendo estimada en la instancia la petición subsidiaria. En el acto del juicio la demandada había reconocido el carácter laboral de la relación y la improcedencia del **despido**, manteniendo únicamente la discrepancia en la nulidad solicitada por la demandante y en el salario que debía aplicarse. Interpuesto recurso de suplicación por la demandante, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2010 (recurso 1418/2009), lo desestima, confirmando la resolución de instancia, y en lo que aquí interesa, considera que el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por **despido** y los salarios de tramitación, no es el previsto en el convenio colectivo de la Agencia EFE, como alegaba la trabajadora recurrente, sino el promedio del realmente percibido por la misma en los 12 últimos meses.

4.- Contra dicha sentencia, la trabajadora interpone el recurso de casación para la unificación de doctrina, que ahora examinamos, señalando y aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 9 de febrero de 2001 (recurso 5725/2000). En esta sentencia, dictada también en un proceso por **despido**, se declaró el carácter laboral de la relación que habían mantenido las demandantes con las **empresas** demandadas como agentes y subagentes de seguros, reconociendo como **despido improcedente** el cese de las mismas, siendo una de las cuestiones debatidas en suplicación la determinación del salario regulador de las indemnizaciones por **despido**. En concreto, lo cuestionado es si debió tenerse en cuenta a dichos efectos la retribución que venían percibiendo las demandantes como agentes o subagentes sujetas una relación mercantil declarada inexistente, o el previsto en el convenio colectivo de aplicación de cuantía sensiblemente superior, y que es el que con arreglo a Derecho debieron devengar en el momento del **despido**, por tratarse de una relación laboral, decidiéndose la sentencia por esta segunda opción, previa estimación del motivo formulado por las demandantes.

SEGUNDO.- 1.- Ha de estimarse que concurre entre las sentencias que se comparan la identidad sustancial que, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina exige el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral*. En efecto, el examen comparado de ambas sentencias muestra que las respectivas demandantes se encontraban en idéntica situación y que los hechos, fundamentos y pretensiones de uno y otro proceso son sustancialmente iguales, pese a lo cual llegaron a pronunciamientos distintos. Concorre pues el presupuesto de recurribilidad exigido por dicho precepto que habilita para analizar la infracción legal denunciada. No empece a tal conclusión -compartida por el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen- que se den en la sentencia recurrida y no en la de contraste las circunstancias fácticas que destaca la empresa en su escrito de impugnación, atribuyéndoles un valor obstativo que no tienen.

2.- A efectos del juicio de contradicción en la cuestión que aquí se somete a unificación, lo verdaderamente relevante no es el origen del litigio y las circunstancias de la relación existente entre las respectivas demandantes y demandadas, así como el reconocimiento en el juicio de la relación laboral y del **despido improcedente** por la demandada en un caso, y el reconocimiento judicial de todo ello en el otro,

sino precisamente la improcedencia del **despido**, pues es ésta y no las circunstancias concretas que la motivan, la que lleva aparejada la correspondiente indemnización, fijada por ley siempre en la misma cuantía. De modo que en la cuestión de cual sea el salario regulador de la indemnización, la contradicción existe desde el momento en que ambas sentencias se enfrentan ante despidos declarados improcedentes, respecto de trabajadoras que no tenían reconocida la laboralidad de su relación y que en el momento del cese percibían una retribución inferior al convenio colectivo que les era de aplicación, resultando igualmente intrascendente al respecto, que en el caso de la sentencia recurrida, la trabajadora no estuviera sujeta a horario y que sus ingresos fueran irregulares en el tiempo, lo primero por esa flexibilidad, propia de la forma en que desarrollaba su trabajo la demandante, no fue obstáculo para el reconocimiento de la relación laboral, y lo segundo porque el salario se calculó teniendo en cuenta la media percibida en los doce meses anteriores al cese. Estas circunstancias en nada influyen ni a la hora de determinar el importe de la indemnización, que el *artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores* fija en igual cuantía para todos los supuestos, ni para concretar el salario que debe utilizarse a tal fin, que es, en definitiva, la cuestión nuclear a efectos de contradicción.

TERCERO.- 1.- Con respecto a dicha cuestión, esta Sala considera, cumpliendo su función unificadora, que ha sido la sentencia de contraste la que ha aplicado la buena doctrina. En efecto, la sentencia de 25 de febrero de 1993 (recurso 14040/1992), tras recordar que la "reciente doctrina de la Sala ha establecido que «el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de **despido**», pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es «en el proceso de **despido** donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley ... una reclamación inadecuada», 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.

CUARTO.- 1.- Procede pues, de conformidad con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal y lo prevenido en el *artículo 226.2 de la Ley de Procedimiento Laboral*, estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora demandante, y casar y anular la sentencia recurrida. Y resolver el debate de suplicación con pronunciamientos ajustados a la doctrina expuesta, estimando parcialmente el recurso de aquella clase formulado por la demandante, ahora recurrente, para condenar a la empresa "Agencia Efe, S.A." a que le abone la cantidad de 30.172,87 euros en concepto de indemnización sustitutiva de la readmisión. Indemnización que hemos calculado en función del mismo parámetro temporal que utilizó el Juzgado para fijar la indemnización y no ha combatido en ningún momento; y sobre el salario mensual de 2.839,81 euros mensuales, incluida la prorrata de pagas extraordinarias, establecido en el convenio colectivo de la empresa para la categoría profesional de Redactora **Grupo 2**, nivel 5. Importe que se tiene por plenamente conforme entre las partes, al figurar en el hecho primero de la demanda, y no haber sido negado ni discutido por la empresa que, tanto en el acto del juicio como al impugnar los recursos de suplicación y casación interpuestos por la actora, se limitó a sostener que la indemnización debía fijarse sobre el salario que abonaba en la fecha del **despido**.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Lucía Madrigal Segovia en nombre y representación de Doña **Laura**, contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que casamos y anulamos, y resolviendo el recurso de suplicación nº 1418/2009 interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de octubre de 2009 (procedimiento 694/2009) dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Albacete, resolvemos el mismo en el sentido de condenar a la empresa "**AGENCIA EFE, S.A.**" a que le abone la cantidad de 30.172,87 euros en concepto de indemnización sustitutiva de la readmisión. Confirmamos los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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.