



Roj: **STSJ CLM 2176/2022 - ECLI:ES:TSJCLM:2022:2176**

Id Cendoj: **02003340012022100858**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2022**

Nº de Recurso: **880/2022**

Nº de Resolución: **1342/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA ISABEL SERRANO NIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 01342/2022

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

Correo electrónico: tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

NIG: 02003 44 4 2021 0002480

Equipo/usuario: 7

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000880 /2022

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000808 /2021

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña ESTRUCTURAS VILLARROBLEDO S.A.

ABOGADO/A: JUAN CARLOS MARTINEZ DE HARO

RECURRIDO/S D/ña: Cornelio

ABOGADO/A: ALBERTO PEREZ TIL

Magistrada Ponente:D^a. Maríalsabel Serrano Nieto

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JOSE MONTIEL GONZALEZ

D^a MARIA ISABEL SERRANO NIETO

D^a. JUANA VERA MARTINEZ

En Albacete, a catorce de julio de dos mil veintidós.

Vistas las presentes actuaciones por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as anteriormente citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY



ha dictado la siguiente

- SENTENCIA N° 1342/22

En el **RECURSO DE SUPLICACION número 880/22**, sobre Despido , formalizado por la representación de ESTRUCTURAS VILLARROBLEDO SA contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Albacete en los autos número 808/21, siendo recurrido/s Cornelio ; y en el que ha actuado como Magistrada-Ponente D^a. Maria Isabel Serrano Nieto, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 17-2-22 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número Dos de Albacete en los autos número 808/21, cuya parte dispositiva establece:

« **ESTIMO** la demanda interpuesta por D. Cornelio , asistido y representado por el Letrado Sr. Pérez Til, frente a ESTRUCTURAS VILLARROBLEDO S.A., con la adopción de los siguientes pronunciamientos:

Declaro la improcedencia del despido del que ha sido objeto el actor con fecha de efectos 6 de septiembre de 2021, debiendo optar la empresa demandada en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre la readmisión o el abono en concepto de indemnización de la suma de 6.27061 euros, con abono, en caso de readmisión, de los salarios de tramitación legalmente procedentes.

Condeno a la entidad demandada a abonar al actor la cantidad de 4.53146 euros, más el 10% de interés por mora.

El Fondo de Garantía Salarial responderá de las consecuencias económicas previstas en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y siempre dentro de los límites establecidos en el mencionado precepto.»

SEGUNDO.- Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

«PRIMERO.- D. Cornelio , mayor de edad, con NIE NUM000 , ha venido prestando servicios para ESTRUCTURAS VILLARROBLEDO S.A., en virtud de contrato indefinido, a jornada completa, con antigüedad del 12 de marzo de 2019, categoría de "oficial de 1ª", y salario de 2.31189 euros mensuales brutos, siendo de aplicación el Convenio colectivo de la construcción de la provincia de Albacete.

El actor no ostentaba cargo de representación sindical.

SEGUNDO.- El 6 de septiembre de 2021 la empresa emitió carta de despido del trabajador en el que hace constar lo siguiente (acontecimiento nº 3 del expediente digital, cuyo contenido procede dar por reproducido):

"Muy Sr. Nuestro, por medio de la presente le comunicamos que con fecha 06 de septiembre de 2021, queda rescindida la relación laboral por despido, por los siguientes motivos: FALTAR AL TRABAJO SIN CAUSA JUSTIFICADA DESDE EL 23-08-2021 HASTA EL 06-09-2021".

El mismo día 6 de septiembre de 2021 fue dado de baja en Seguridad Social.

TERCERO.- Desde el inicio de la relación laboral, la empresa prorrateaba mensualmente en las nóminas las pagas extras (documento nº 3 del ramo de prueba de la parte actora y documento nº 2 del ramo de prueba de la demandada).

CUARTO.- No se ha aportado el registro horario de D. Cornelio correspondiente a agosto de 2021, pues el aportado se corresponde con el año 2020, período en que se indica que estuvo de vacaciones los días 15 de agosto al 23 de agosto. Respecto al año 2021, solo se ha aportado el registro horario de enero de 2021 a junio de 2021 (documento nº 6 del ramo de prueba de la entidad demandada).

Los partes de trabajo de dicho trabajador que se aportan son hasta el 6 de agosto de 2021 (documento nº 5 del ramo de prueba de la demandada y acontecimiento nº 36 del expediente digital).

QUINTO .- Como documento nº 7 del ramo de prueba de la entidad demandada se aportan los registros horarios de los empleados D. Geronimo , D. Ernesto , D. Gregorio , D. Gustavo , D. Amalia , D. Hermenegildo , D. Hugo y D. Ildefonso .

En todos ellos, a excepción de D^a Amalia , se hace constar que las vacaciones de verano de 2021 las disfrutaron durante los días 14 de agosto al 23 de agosto.

En el registro horario de D^a Amalia se hace constar que sus vacaciones fueron del 13 de agosto al 29 de agosto de 2021.



SEXTO.- Procede dar por reproducidos todos los documentos aportados, así como la declaración testifical de D. Gregorio , y D. Hermenegildo .

Estos testigos señalaron que lo habitual en la empresa es que las vacaciones se disfruten por todos los trabajadores al mismo tiempo, coincidiendo con las fiestas locales de agosto y la Navidad, períodos en que cierra la empresa. Ahora bien, también indicaron que si cuando tienen más días de vacaciones, o precisan otras fechas, es habitual que pacten verbalmente con la empresa la concesión de vacaciones fuera del período habitual.

SÉPTIMO.- El importe de la paga extra del trabajador de Navidad de 2020 asciende a 1.88746 euros, el de la paga extra de junio de 2020 a 1.93464 euros, y la parte proporcional de la paga extra de Navidad de 2021 a 70936 euros.

OCTAVO.- El 21 de octubre 2021 se celebró acto de conciliación ante el UMAC que concluyó con el resultado de "sin avenencia".»

TERCERO.- Que contra dicha Sentencia se formalizó Recurso de Suplicación, en tiempo y forma, por la representación de ESTRUCTURAS VILLARROBLEDO SA, el cual fue impugnado de contrario, elevándose los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, en la que, una vez tuvieron entrada, se dictaron las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma; poniéndose en su momento a disposición del/de la Magistrado/a Ponente para su examen y resolución.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - D. Cornelio presento demanda frente a la mercantil Estructuras Villarrobledo S.A., en reclamación por despido y cantidad, correspondiendo su conocimiento al Juzgado de lo Social número 2 de Albacete, dando lugar al procedimiento número 808/2021; dictándose sentencia el 17.02.2022 estimando la pretensión instada.

Frente a dicha resolución se ha formulado recurso de suplicación por la parte demandada alegando dos motivos destinados a la censura jurídica de la misma.

Dicho recurso ha sido impugnado.

SEGUNDO. - Al amparo de lo establecido en el artículo 193 c) de la LRJS la parte recurrente alega infracción de los artículos 54.2 a) y 55.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil argumentando que la circunstancia alegada en la carta de despido (las faltas de asistencia del demandante) resultan acreditadas y a partir de ahí si el demandante sostiene que su ausencia obedecía a una causa justificada es a él a quien incumbe acreditar esa supuesta justificación y no a la empresa pues lo contrario supondría tanto como imponer a la empresa la carga de una "probatio diabólica" como es la de demostrar un hecho negativo (la falta de autorización de la empresa al trabajador para ausentarse del trabajo), sin que se haya propuesto ni presentado por el trabajador prueba en orden a acreditar tal extremo.

El Tribunal Supremo en interpretación del artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores conforme al cual "el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador" exige que quede totalmente acreditada a) la concurrencia de los requisitos de gravedad y culpabilidad, no siendo suficiente para extinguir el contrato cualquier incumplimiento.

b) que para determinar si concurren los requisitos indicados han de ponderarse todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes en el caso, así como los antecedentes y circunstancias que puedan darse.

c) que la máxima sanción indicada solo puede ser impuesta si el trabajador ha realizado el acto o la conducta imputado con conciencia de que su actitud afecta al elemento espiritual del contrato.

d) para valorar la gravedad de la misma deben de ser tenidos en cuenta el tipo de deber profesional que se ha incumplido y las características del trabajo que se desempeña.

En el numero 2 a) del citado precepto se tipifica como incumplimiento grave y culpable del trabajador que puede dar lugar al despido disciplinario del mismo las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo.

Tal y como informa la sentencia la empresa procede al despido del trabajador por faltar al trabajo sin causa justificada desde el 23 de agosto al 6 de septiembre de 2021, alegando el trabajador que estaba disfrutando de vacaciones.



Asimismo consta que en la empresa se disfrutaban las vacaciones por todos los trabajadores en los mismos periodos coincidentes con las fiestas de agosto en la localidad que se extendían entre el 13 y el 23 de agosto así como en Navidad, si bien era habitual que si se tenían más días o se querían disfrutar alguno de ellos en otros periodos se hablara con la empresa que verbalmente solía autorizarlo, sin que se haya aportado por la empresa ningún documento que deje constancia de las vacaciones disfrutadas por el trabajador considerando que no se ha acreditado por la misma la causa alegada para justificar el despido, lo que comporta la calificación de improcedencia del mismo.

El artículo 38.2 del Estatuto de los Trabajadores establece, al regular las vacaciones anuales, que el periodo o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones, y en caso de desacuerdo entre las partes la jurisdicción competente fijara la fecha que para el disfrute corresponda siendo su decisión irrecurrible, desprendiéndose de lo expuesto que el trabajador no puede de forma unilateral, aunque lo haya comunicado a la empresa, dejar de acudir al puesto de trabajo.

En el supuesto examinado debe tenerse en cuenta que si bien el disfrute del periodo vacacional de los trabajadores de la empresa era coincidente con las fiestas de la localidad y la Navidad, los trabajadores en caso de desear disfrutar algunos días fuera de ese periodo lo exponían a la empresa, la cual lo solía autorizar verbalmente, desprendiéndose de lo indicado que en caso de no acceder a ello debe ser la empresa quien muestre su disconformidad al disfrute de las vacaciones en el periodo distinto al indicado, haciéndoselo saber al trabajador, requiriéndole de forma clara e inmediata para su incorporación al trabajo finalizadas las fiestas en la localidad e incorporados los demás trabajadores a sus puestos de trabajo, y al no hacerlo así lo único que puede deducirse es que efectivamente existió esa autorización verbal, sorprendiendo al trabajador cuando se incorporó tras dicho disfrute con el despido, conducta que no puede ser calificada más que como contraria a la buena fe por parte de la empresa, por lo que no puede estimarse que el actor haya incurrido en la conducta alegada por la empresa para justificar el despido, lo que determina que el mismo solo pueda ser calificado como improcedente, tal y como ha estimado la Magistrado a quo, cuyo criterio esa Sala comparte, con la consiguiente desestimación del motivo examinado.

TERCERO. -Con amparo en el mismo precepto de la LRJS se alega infracción por no aplicación del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, así como infracción por aplicación indebida del artículo 32.5 del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Publicas de Albacete, argumentando que la empresa y los trabajadores pactaron en su momento acogerse a la posibilidad que contempla el art. 82.3 del ET de "descuelgue" del convenio en el concreto extremo de dejar sin efecto la prohibición y prorratear las pagas extraordinarias siguiéndose al efecto el procedimiento legalmente establecido.

El artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores admite la posibilidad de que la empresa pueda inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable sea este de sector o de empresa que afecten a las materias que el propio precepto enumera; cuando concurrente causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que lo justifiquen y tras seguir el procedimiento previsto a tal efecto en dicho precepto legal, siendo la finalidad de las previsión legal contenida en el citado precepto, la de exigir a la empresa que acuda al procedimiento de descuelgue cuando pretenda exonerarse del cumplimiento de cualquier obligación impuesta en el convenio colectivo, sin que la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio pueda llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario siendo necesario el pacto o laudo sustitutivo, el cual debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa y su duración, debiendo notificarse a la comisión paritaria del convenio colectivo.

Tal y como informa la sentencia no se aportado por la empresa prueba que acredite que existe un acuerdo adoptado por las partes legitimadas para ello en base al cual se adopte la decisión de inaplicar el artículo 32.5 del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Publicas de Albacete, que prohíbe el prorrateo de las pagas extraordinarias, siendo la única prueba aportada la prueba testifical conforme a la cual uno de los trabajadores que prestaba servicios desde 1990 no solo desconocía si ostentaba o no cargo de representación sindical sino que además desconocía la fecha del acuerdo ni pudo dar datos sobre el particular, y el otro lo que manifestó es que en su día se habló entre los trabajadores con la empresa y se decidió prorratear las pagas extraordinarias; desprendiéndose de lo acreditado que no consta la validad constitución de la comisión negociador, ni la duración de la medida acordada, no pudiendo estimarse que se haya seguido el procedimiento legalmente establecido para alcanzar el resultado pretendido por la empresa, lo que determina que la misma vendrá obligada a aplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo y en este concreto caso la relativa a la prohibición de prorrateo de las pagas extraordinarias sobre la cual se ha pronunciado el Tribunal Supremo señalando en sentencia dictada el 08.02.2021 rec. 2044/2018 "... La cuestión del prorrateo de las pagas extraordinarias ha sido abordada en múltiples ocasiones en la jurisprudencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo y lo hemos hecho partiendo de lo dispuesto en el art. 31 ET que permite a la negociación colectiva



acordar el prorrateo de las dos gratificaciones extraordinarias. Por ello, hay que atender al contenido y finalidad pretendida en cada caso por el convenio colectivo aplicable, puesto que son los negociadores quienes pueden determinar tanto la posibilidad del prorrateo como las circunstancias del mismo.

Y, desde esa perspectiva, nos hemos enfrentado a supuestos en que el convenio colectivo prohibía el prorrateo y además establecía de forma expresa, que de efectuarse la empresa no quedaría liberada del abono de las pagas extras. En esos casos, la voluntad de los negociadores impedía considerar satisfecha la obligación (STS/4ª de 19 septiembre 2005 -rcud. 4521/2004 -, 7 noviembre 2005, rcud. 4526/2004 ; 8 marzo 2006 rcud 958/2005 y 25 enero 2012 rcud 4329/2010).

Ahora bien, cuando el convenio se limita a señalar la fecha de vencimiento de la obligación del pago de las gratificaciones extras y no prohíbe su prorrateo ni dispone consecuencia alguna para el caso de que éste se efectúe, cabrá imputar lo abonado a dicho concepto, si la suma coincide con el salario anual pactado (STS/4ª de 18 mayo 2010 rcud 2973/2009).

4. Estamos, por tanto, ante la necesidad de centrar el núcleo de la controversia en torno a la interpretación del convenio colectivo. Del mismo se extrae con meridiana claridad que los negociadores pretendían evitar el prorrateo de las pagas extras y fijaban el lapso temporal en que, dentro de cada anualidad, debe de abonarse cada una de las mismas.

La naturaleza normativa del convenio y su fuerza vinculante para quienes se hallan dentro de su ámbito de afectación exige el cumplimiento de sus cláusulas. Y no cabe duda de que en el presente caso se ha producido una palmaria contravención de las mismas. La regla contraria al prorrateo no ofrecía dudas al respecto y pese a ello la empresa ha eludido su efectividad",

Y sigue señalando "Por ello, hemos de decidir si la actuación empresarial contraria a la norma prohibitiva supone, además, el incumplimiento de la obligación principal de abonar un total de catorce pagas mensuales en cómputo anual; o si, por el contrario, la obligación de pago de las dos pagas extras puede considerarse extinguida con los importes mensuales imputados por la empresa a la prorrata de las mismas.

6. Ciertamente, la imputación del pago al concepto de pagas extras parece explicitada en cada mensualidad (hecho probado sexto); no obstante, tal circunstancia no puede ser suficiente ni para determinar la naturaleza de esa parte de la retribución -que no puede depender de la calificación unilateralmente dada por la parte deudora de la misma-, ni para justificar una actuación contraria a lo establecido en el convenio colectivo.

Si el marco normativo que rige la relación contractual entre las partes determina, no solo que las pagas extras se abonen en dos momentos específicos del año, sino que no pueden abonarse de forma prorrateada, cabe partir de la asunción de que la retribución percibida mensualmente por la parte trabajadora corresponde a conceptos salariales distintos de dichas pagas extraordinarias."

Aplicando la doctrina expuesta debe señalarse que el artículo 32.5 del Convenio Colectivo de la Construcción de Albacete, aplicable a la relación las laboral regula "Se prohíbe el prorrateo de las pagas extraordinarias y de la indemnización por finalización de contrato, prohibiéndose, por tanto, con carácter general el pacto por salario global. El prorrateo de las pagas extraordinarias o el de la indemnización por finalización de contrato se considerarán como salario ordinario correspondiente al período que indebidamente se haya incluido dicho prorrateo, todo ello salvo lo establecido en el párrafo siguiente.

El importe de las pagas extraordinarias para el personal que, en razón de su permanencia, no tenga derecho a la totalidad de su cuantía, será prorrateado según las normas siguientes: A) El personal que ingrese o cese en el transcurso de cada semestre natural, devengará la paga en proporción al tiempo de permanencia en la empresa durante el mismo. B) Al personal que cese en el semestre respectivo se le hará efectiva la parte proporcional de la gratificación en el momento de realizar la liquidación de sus haberes. C) El personal que preste sus servicios en jornada reducida o a tiempo parcial, devengará las pagas extraordinarias en proporción al tiempo efectivamente trabajado", es decir las partes negociadoras, de acuerdo con la facultada al efecto reconocida en el artículo 31 del Estatuto de los Trabajadores, han excluido la posibilidad de prorratear las pagas extraordinarias, lo que implica la empresa viene obligada a su cumplimiento en la forma establecida y por lo tanto procediendo a su abono en las fechas al efecto fijadas, y siendo ello así no puede considerarse abonadas las pagas extraordinarias reclamadas por el trabajador tal y como ha reflejado la sentencia, y sin que ello suponga duplicidad de pago ni por ende que exista un enriquecimiento injusto, al establecer de manera rotunda el convenio colectivo que el prorrateo de las pagas extraordinarias se considerara como salario ordinario correspondiente al periodo en que indebidamente se haya incluido dicho prorrateo, lo que conlleva que su abono prorrateado no puede estimarse como forma de extinguir la obligación de abono de las pagas extraordinarias recogidas en el mismo, comportando lo expuesto la desestimación del recurso objeto de examen.



CUARTO. - El artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social determina la imposición de las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando la misma goce del beneficio de justicia gratuita, supuesto que no concurre en el presente caso, lo que conlleva la condena en las costas ocasionadas a la parte impugnada que se fijan en 500 euros, así como la pérdida del depósito y consignación que hubiera podido constituir para recurrir.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Estructuras Villarrobledo S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Albacete, con fecha 17 de febrero de 2022, en el procedimiento número 808/2021, siendo recurrido D. Cornelio, debemos confirmar y confirmamos la citada Resolución. Se condena a la parte recurrente al abono de las costas causadas incluidos los honorarios del Letrado de la parte impugnante del recurso que se cuantifican en 500 €, con pérdida del depósito y consignación que hayan podido constituir para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación. Durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la **Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, tiene abierta en la Oficina del BANCO SANTANDER sita en esta ciudad, C/ Marqués de Molíns nº 13, **indicando: 1) Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF; 2) Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL; y 3) Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 0880 22;** pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de la citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.