

**RJ 1990\ 3454**

**Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 10 abril 1990**

Jurisdicción: Social

Recurso de casación por infracción de ley.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Rafael Martínez Emperador.

PAGAS EXTRAORDINARIAS Y VACACIONES; retribución: parte proporcional al tiempo trabajado.

PUBLICIDAD: legislación aplicable.

ORDENANZAS LABORALES: vigencia.

El T. S. estima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Salvador P.L.P. contra la sentencia de la Magistratura de Trabajo que casa y anula, estimando en parte la demanda promovida por el recurrente contra TANDEM DDB NEEDHAM, S. A., sobre reclamación de cantidad, estimando también en parte la demanda reconvencional.

El T. S. estima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Salvador P.L.P. contra la sentencia de la Magistratura de Trabajo que casa y anula, estimando en parte la demanda promovida por el recurrente contra TANDEM DDB NEEDHAM, S. A., sobre reclamación de cantidad, estimando también en parte la demanda reconvencional.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El demandante ha formulado recurso de casación por infracción de ley contra el fallo recaído en la instancia, que desestima la pretensión que aquél dedujo, sobre reclamación de cantidad, y acoge en parte la demanda reconvencional que en el acto del juicio interpuso la empresa. Funda su recurso en un total de seis motivos, los cuales encauza, el primero y el tercero, por el apartado quinto del artículo 167 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1980\ 1719 y ApNDL 1975-85, 8311) y, los tres restantes, por el apartado primero del mismo artículo.

**SEGUNDO.-** Se persigue con el primer motivo la adición de un nuevo hecho a la relación de los que como probados declara la sentencia de instancia con el que se refleje que el accionante había sido despedido el 16 de febrero de 1988 y que, con ocasión de la reclamación correspondiente, se alcanzó conciliación el 26 de mayo siguiente, procediéndose a la readmisión. Para evidenciar la certeza del dato expuesto se invocan documentos obrantes en autos, que no consisten en la certificación de tal acto conciliatorio. Con independencia de la falta de aportación de dicho documento, lo que, según observa el Ministerio Fiscal, dificulta la viabilidad del motivo, su rechazo ha de venir determinado por la intrascendencia de tal dato a efectos del signo del pronunciamiento, pues la pretensión deducida se refiere a la liquidación correspondiente a extinción del contrato producida después de que tal readmisión tuviera lugar, sin que, por último, tenga influencia, como más tarde se razonará, en el deber de preaviso, que no fue observado por el hoy recurrente, cuando el 30 de mayo siguiente se acogió a la causa extintiva que ampara el artículo 49.4 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980\ 607 y ApNDL 1975-85, 3006). Todo ello ha de determinar la desestimación del motivo analizado, en conclusión coincidente con lo informado por el Ministerio Fiscal.

**TERCERO.-** Los dos motivos siguientes combaten por cauce distinto la declaración que figura en el

ordinal octavo del relato histórico de la sentencia cuando al aludir a los conceptos impagados por la empresa al hoy recurrente, relativos a su liquidación por cese -partes proporcionales de pagas extraordinarias de julio y Navidad, así como de beneficios, más vacaciones anuales no disfrutadas- cuantifica su respectivo importe. Se aduce que dicha cuantificación constituye juicio valorativo predeterminante del fallo, censura que es cierta en supuestos como el presente en que no es pacífica entre las partes la valoración respectiva de los mencionados conceptos. Procede, por ello, rectificar el ordinal de que se trata, manteniendo en él la realidad fáctica del impago de la liquidación, pero suprimiendo la valoración que hace de cada uno de aquéllos.

**CUARTO.-** Con el cuarto motivo, que se dedica, como ya fue apuntado, a la censura jurídica, se combate la cuantificación que hace el fallo de instancia respecto a lo que es debido al hoy recurrente en concepto de partes proporcionales de la paga extraordinaria de Navidad y de vacaciones, correspondientes al año 1988. Se denuncian como infringidos los artículos 15.6 y 18.3, ambos del Convenio Colectivo para 1987, de las empresas de Publicidad (RCL 1987\ 2099). Acierta la parte demandada en la impugnación que hace de este motivo cuando afirma que tal convenio no resulta aplicable, dado que a la fecha del cese ya regía el Convenio Colectivo del indicado sector para 1988 (RCL 1988\ 1505). Mas tal invocación errónea no inviabiliza el motivo, teniendo en cuenta que dicho posterior convenio mantiene disciplina análoga a la que establecía el precedente. Sostiene el recurrente que siendo cinco los meses computables como de servicio en el año 1988, la cantidad resultante por tal concepto es la que precisa, superior a la que refleja el fallo impugnado. Opone la parte recurrida que al haber sido interrumpida la prestación laboral durante dicho año, como consecuencia del despido conciliado, no debe ser computado el tiempo transcurrido entre tal despido y el acuerdo de readmisión. Tal oposición resulta improcedente, pues con dicha conciliación fue restablecido el vínculo laboral, sin que la interrupción habida sea computable por haber quedado sin efecto el despido como consecuencia de aquélla.

En materia de vacaciones rige un principio de proporcionalidad; la duración que para éstas establezca el orden normativo aplicable se entiende corresponde a la prestación de servicios durante un año completo. Cuando tal prestación de servicios no alcance, en el año de que se trate y en que se produzca el cese, dicha duración, se genera el derecho a la retribución de la parte proporcional correspondiente. Así se deduce de lo establecido por el artículo 27 de la Ley de Relaciones Laborales (RCL 1976\ 766 y NDL 29181), vigente en tal punto, aun con valor degradado, por así disponerlo la disposición final cuarta del Estatuto de los Trabajadores. Igual regla se establece por el artículo 4.1 del Convenio n.º 132 de la Organización Internacional del Trabajo (RCL 1974\ 1356 y NDL 7294), que por su ratificación por España e inserción en el Boletín Oficial del Estado forma parte de nuestro ordenamiento interno -artículo 96.1 de la Constitución (RCL 1978\ 2836 y ApNDL 1975-85, 2875) y artículo 1.5 del Código Civil-. En el caso de autos el cese se produjo el 31 de mayo de 1988; es claro, por tanto, que ha de cifrarse en cinco doceavos la retribución impagada de las vacaciones que no fueron disfrutadas durante dicho año, por lo que, ascendiendo el salario, según hecho probado no combatido, a 992.894 ptas. mensuales, es forzoso deducir que, s.e.u.o., el importe de la retribución debida por vacaciones alcanza a 413.706 ptas.

Por lo que se refiere a pagas extraordinarias rige igualmente un principio de proporcionalidad, como es deducible de lo dispuesto por el artículo 46, en relación con el 45, de la Ley de Contrato de Trabajo (RCL 1944\ 274 y NDL 7232), también vigentes en el particular indicado, si bien con valor degradado, según resulta de la final cuarta antes citada. La misma solución apunta el Convenio Colectivo aplicable. Ello supone, teniendo en cuenta la fecha en que quedó extinguido el contrato de trabajo, que la cantidad impagada correspondiente a la extraordinaria de julio, ascendiera a diez doceavos de las citadas 992.894 ptas., lo que arroja un importe, s.e.u.o., de 827.412 pesetas.

Los otros conceptos debidos, paga extraordinaria de Navidad y paga de beneficios, no son discutidos por el recurrente, quien se aquieta con la cuantificación que de aquéllos se hace por la sentencia recurrida.

Como resumen de lo hasta ahora expuesto cabe decir que el monto total de lo adeudado al hoy

recurrente por la parte demandada, respecto de los conceptos a que se contrae la demanda, asciende a un total, siempre s.e.u.o., de 1.819.722 de pesetas. Al no entenderlo así el juzgador de instancia, que parte de un monto inferior, resultaron infringidos los preceptos antes mencionados, por lo que procede, según lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, el acogimiento del motivo.

**QUINTO.-** Articula el recurrente los dos últimos motivos en que funda su recurso con la finalidad de combatir, por vía de censura jurídica, el particular del fallo de instancia que estima la demanda reconvenional. A tal fin aduce que la incómoda situación generada por el despido conciliado que precedió a su dimisión, excluía su deber de preaviso. Tal alegación no es aceptable, pues el acuerdo logrado reestableció el vínculo laboral con todas sus consecuencias y sin eliminar, por tanto, el citado deber, que viene impuesto por el artículo 49.4 del Estatuto de los Trabajadores y que discipline, en su plazo y fijación de las consecuencias ante su inobservancia, el artículo 30 de la Ordenanza Laboral para las Empresas de Publicidad, aprobada por Orden Ministerial de 20 de febrero de 1975 (RCL 1975\ 541 y ApNDL 1975-85, 11444). La segunda alegación que hace el recurrente se refiere a la inaplicación de dicha norma sectorial, aduciendo que quedó sin efecto por el artículo 21 de la Ley de Relaciones Laborales, al fijar el plazo de preaviso en quince días, precepto este último que, a su juicio y con valor degradado, mantiene vigencia, por virtud de lo dispuesto por la final cuarta del Estatuto de los Trabajadores. Al hacer tal razonamiento omite el recurrente que dicha norma de la Ley de Relaciones Laborales, si bien fijó en quince días el plazo del preaviso, añadía que ello habría de entenderse sin perjuicio de lo establecido por las Ordenanzas de Trabajo o Convenios Colectivos. La derogación por el citado Estatuto de la Ley de 16 de octubre de 1942 (RCL 1942\ 1647 y NDL 29139) (disposición final tercera) no perjudicó la pervivencia, como derecho dispositivo y en tanto no fueran sustituidas por Convenio Colectivo, de aquellas Ordenanzas de Trabajo que estuvieran en vigor en la fecha en que comenzó la suya el mencionado Estatuto (disposición transitoria segunda). Por su parte, el Convenio Colectivo del sector nada dispone al respecto. Es más, su artículo 3 expresamente determina que todas las materias que regula -entre las que no figura la relativa al preaviso- sustituyen a las correlativas de la Ordenanza Laboral y que las partes negociadoras «constituirían una Comisión al efecto de llegar a un acuerdo, antes del vencimiento del presente Convenio, en las cuestiones de la Ordenanza Laboral para su incorporación al Convenio y subsiguientemente derogación de la referida Ordenanza». Tal previsión no tuvo efecto, al menos a la fecha en que el cese se produjo, lo que supone que el propio Convenio reconocía la vigencia de la norma estatal del sector en aquellas materias que aquel no regulaba, entre las que se halla incluida la referente al deber de preaviso.

Se ha de convenir, por todo ello, que no se han producido las infracciones que se denuncian en los motivos de que ahora se trata, lo que lleva necesariamente consigo su desestimación.

**SEXTO.-** El acogimiento de los motivos que han alcanzado éxito debe conducir a que sea casada y anulada la sentencia recurrida. Ello obliga a resolver lo procedente dentro de los términos en que aparece planteado el debate, pues así lo impone el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que en este caso conduce a la estimación en parte de la demanda, con condena a la empresa al pago al accionante, por los conceptos que reclama, de la cantidad de 1.819.722 ptas., así como el acogimiento, también en parte, de la pretensión reconvenional, condenando al trabajador a que abone a la empresa, igualmente por el concepto a que dicha demanda reconvenional se contrae, de la suma de 1.985.788 de ptas., compensable con la anterior, lo que arroja un saldo a favor de la empresa de cuarenta y seis mil sesenta y seis (46.066) pesetas.