**AUTO DEL TS DE 19-09-2019. SE CUESTIONA SI DEBEN COMPUTARSE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS DENTRO DEL CONCEPTO DE SALARIO, A EFECTOS INDEMNIZATORIOS**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Lérida se dictó sentencia el 6-3-2018, en el procedimiento seguido a instancia de Dª Valle contra Unió de Pagesos de Catalunya y el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), sobre despido, que estimaba la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandada, siendo dictada sentencia por el TSJ de Cataluña, de 10-12-2018, que estimaba el recurso interpuesto y revocaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Se formalizó por D.ª Valle recurso de casación para la uniﬁcación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

CUARTO.- Esta Sala acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de contradicción. El Ministerio Fiscal estima procedente la inadmisión del recurso.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El artículo 219 de la LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la uniﬁcación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un TSJ o de la Sala Cuarta del TS.

La sentencia recurrida del TSJ de Cataluña de 10-12-2018 estima el recurso frente a la sentencia de instancia que había declarado la improcedencia del despido de la actora y revocándola declara la procedencia del despido.

Consta en la sentencia recurrida que la actora prestaba servicios para la empresa Unió de Pagesos de Catalunya. Percibía un salario mensual bruto medio de 2.713,22 euros, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias.

El 20-2-2017 la empresa demandada entregó a la actora carta comunicando la extinción de su contrato por causas objetivas (económicas, organizativas y productivas) al amparo del artículo 52 c) del E.T., con efectos desde el 7-3-2017 y reconociéndole el derecho a percibir una indemnización de 27.547,57 euros.

A los efectos que interesan al presente recurso de casación uniﬁcadora, en suplicación se plantea si deben o no tomarse en consideración la cuantía de 1.311,13 y 150 € percibidos por la trabajadora en los meses de marzo de 2016 y febrero de 2017 por las horas extras realizadas por la trabajadora a los efectos examinados, tal como pretendía la actora y fue estimado por la Juzgadora "a quo", o bien la solución debería ser la contraria.

La Sala se decanta, atendiendo a la posición mayoritaria de distintos TSJ, por entender que las horas extra sólo deben computarse a los efectos de ﬁjación del salario regulador del despido cuando se han venido realizando de forma habitual. Concluye por tanto que se puso a disposición de la trabajadora la cantidad indemnizatoria correcta.

Recurre la trabajadora en casación uniﬁcadora y plantea como motivo de contradicción la cuestión de si deben computarse las horas extraordinarias dentro del concepto de salario, a efectos indemnizatorios. Aporta como sentencia de contraste la del TSJ de Asturias el 5-10-2012. La empresa para la que prestaba servicios la actora y los trabajadores acordaron que bajo la denominación "actividad" de sus nóminas, se escondían las 15 primeras horas extra y en los conceptos "dietas" y "kilometraje" también se abonaban horas extra.

No cabe apreciar, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas al existir relevantes diferencias tanto en las circunstancias concurrentes como los debates suscitados.

En la sentencia recurrida, el debate se centró en si las horas extras realizadas en los meses de marzo de 2016 y febrero de 2017 en cuantía de 1.311,13 y 150 € debían computarse dentro del concepto de salario, a efectos indemnizatorios; la Sala resolvió que las horas extra sólo deben computarse a los efectos de ﬁjación del salario regulador del despido cuando se han venido realizando de forma habitual.

En la referencial consta que existía un pacto entre la empresa y los trabajadores en virtud del cual las primeras 15 horas extraordinarias realizadas al mes se abonaran bajo el concepto de "actividad" y las horas extraordinarias que excedieran de dicha cifra se hicieran bajo el concepto de "dietas o kilometraje", resultando acreditado que en las nóminas de la actora aparecían habitualmente tales conceptos. El debate en este caso se centró en la existencia de un error en la cantidad ofrecida al trabajador con ocasión del despido.

SEGUNDO.- De conformidad con los argumentos anteriores, el recurso planteado no puede ser admitido.

**PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA ACUERDA:

Declarar la inadmisión del recurso de casación para la uniﬁcación de doctrina interpuesto por D.ª Valle contra la sentencia del TSJ de Cataluña de 10-12-2018, en el recurso de suplicación interpuesto por Unió de Pagesos de Catalunya, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lérida 6-3-2018, en el procedimiento seguido a instancia de D.ª Valle contra Unió de Pagesos de Catalunya y el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), sobre despido.

Se declara la ﬁrmeza de la sentencia recurrida, sin imposición de costas a la parte recurrente. Contra este auto no cabe recurso alguno.

**LAS HORAS EXTRAORDINARIAS EN EL CÓMPUTO DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO: ¿QUÉ DICEN LOS TRIBUNALES?**

Una de las cuestiones que se encuentran a la orden del día en el Derecho del trabajo es la referida al cálculo de las indemnizaciones que legalmente corresponden, por ejemplo, en los casos de despido improcedente, despido objetivo o extinción por voluntad del trabajador (en supuestos de no aceptación de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo).

Para realizar el cálculo de dichas indemnizaciones, se precisan una serie de componentes básicos, a saber:

- antigüedad del trabajador

- fecha de efectos de la finalización de la relación contractual

- salario bruto (ya sea diario, mensual o anual), con inclusión de las pagas extraordinarias.

En cuanto al salario, hay que tener en cuenta varias consideraciones:

Salario fijo o variable

Primeramente, deberá atenderse a si el salario es fijo o variable. Si el empleado percibe todos los meses la misma cantidad, bastará con tomar la última nómina percibida para obtener un salario de referencia.

Si, al contrario, el salario percibido es variable –ya sea porque existen comisiones, incentivos u horas extraordinarias de por medio–, habrá que tomar como referencia las doce últimas nóminas percibidas y realizar el sumatorio de las mismas, para obtener el salario anual percibido por el trabajador en cuestión.

Horas extraordinarias

Más dudas genera la cuestión de las horas extraordinarias. A día de hoy existe un vasto debate jurisprudencial sobre si éstas deben incluirse en el salario y computar a efectos del cálculo de las distintas indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo.

En este sentido, se ha manifestado recientemente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su [**Auto de 19-9-2019**](https://www.lapirenaicadigital.es/SITIO/AUTOTS190920192.html), acerca de un caso de despido improcedente.

El Tribunal, atendiendo a la posición mayoritaria de distintos Tribunales Superiores de Justicia, se decanta por entender que las horas extra sólo deben computarse a los efectos de fijación del salario regulador del despido cuando se hayan venido realizando de forma habitual.

De igual manera se pronuncia el Alto Tribunal en su también reciente [**Sentencia de 27-6-2018**](https://www.lapirenaicadigital.es/SITIO/SENTENCIATS270620182.html), disponiendo en su Fundamento de Derecho TERCERO cuanto sigue:

“*En aplicación de esta doctrina, hemos mantenido que:*

*[…] b) debe computase en el salario el importe de horas extraordinarias, si en lugar de ocasionales habían sido realizadas en número anómalamente alto.*

En definitiva, el Tribunal Supremo mantiene una misma línea jurisprudencial en relación con el asunto de referencia.

*<http://www.lawyerpress.com/2019/10/25/las-horas-extraordinarias-en-el-computo-de-las-indemnizaciones-por-despido-que-dicen-los-tribunales/>*