

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Auto de 18 abril 2013

JUR\2013\171191



TRABAJADOR FIJO DISCONTINUO. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS IMPROCEDENTE. DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN ATENDIENDO A UNA ANUALIDAD DE SALARIO Y NO CALCULADA CONFORME A 20 DÍAS DE SALARIO POR AÑO DE SERVICIO: NO PROCEDE. FALTA DE RELACIÓN PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DE LA CONTRADICCIÓN. FALTA DE CONTRADICCIÓN.

ECLI:ECLI:ES:TS:2013:4540A

Jurisdicción:Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 540/2012

Ponente:Excmo Sr. Luis Fernando de Castro Fernández

AUTO

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Abril de dos mil trece.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

HECHOS

PRIMERO

Por el Juzgado de lo Social Nº 3 de los de Gerona se dictó sentencia en fecha 5 de mayo de 2011 , en el procedimiento nº 16/11 seguido a instancia de DON Carlos Alberto contra INDUSTRIAL REYMAR, S.A. y FONS DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), sobre despido, que estimaba la pretensión formulada.

SEGUNDO

Dicha resolución fue recurrida en suplicación por INDUSTRIAL REYMAR S.A., siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 13 de diciembre de 2011 , que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia, confirmaba la sentencia impugnada.

TERCERO

Por escrito de fecha 9 de marzo de 2012 se formalizó por el Letrado Don Bernat Antràs Puchal, en nombre y representación de EMPRESA "INDUSTRIAL REYMAR, S.A.", recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la

Sala de lo Social antes citada.

CUARTO

Esta Sala, por providencia de fecha 6 de febrero de 2013 acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de una relación precisa y circunstanciada de la contradicción y falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en el plazo de tres días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO

De acuerdo con el artículo 224.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social el escrito de interposición del recurso deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del artículo 221, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219. Este requisito lo viene exigiendo la Sala IV en numerosas sentencias, las más recientes, de 28 de junio de 2011 (R. 2431/2010), 12 de julio de 2011 (R. 2482/2010), 21 de septiembre de 2011 (R. 3524/2010) y 13 de octubre de 2011 (R. 4019/2010). Según el artículo 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para interponer el recurso, siendo criterio doctrinal en tal sentido que el incumplimiento de la exigencia prevista en el art. 224.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social constituye un defecto insubsanable (sentencias, entre otras, de 28 de junio de 2006, R. 793/2005 , y 21 de julio de 2009 (RJ 2009, 6114) , R. 1926/2008).

Consta en la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 13 de diciembre de 2011 (Rec. 5576/2011), que el actor prestaba servicios como trabajador fijo discontinuo durante seis meses en una temporada anual, recibiendo en el año 2010 un salario de 5.139,34 euros brutos mensuales con inclusión de pagas extra, siendo despedido por causas económicas el 23-11-2010, poniendo la empresa a su disposición 72.240,52 euros en concepto de indemnización equivalente al salario percibido por el trabajador en la temporada de 2009, que supone un salario mensual de 12.040 euros. Consta igualmente probado que la empresa cuenta con otros dos maitres además del actor, siendo el coste salarial de éste el más elevado, habiendo descendido el número de empleados de 78 en julio de 2007 a 71 en julio de 2010, y pasando de tener beneficios en 2008 a pérdidas por importe superior a 100.000 euros en el año 2010. En instancia se declara la improcedencia del despido por causas objetivas del actor por defectos formales consistentes en poner a disposición del trabajador una indemnización insuficiente

calculada conforme a lo percibido por el trabajador durante seis meses de trabajo (por entender que ello era la indemnización de un año de salario), cuando el importe de la indemnización no puede quedar limitado por el salario anual percibido por el trabajador que prestaba servicios sólo seis meses, sino que debe atenderse a que el tope aplicable era el de 12 meses de salario. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa, que entendía que dado que el trabajador sólo prestaba servicios durante seis meses al año, la indemnización calculada en relación a 12 mensualidades debe entenderse referida a una anualidad de lo percibido por dicho trabajador, lo que es rechazado por la Sala de suplicación, que confirma la sentencia de instancia por entender que la indemnización debe calcularse conforme a 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, que se alcanzaría cuando el trabajador hubiera prestado servicios 18,25 años completos, habiendo prestado servicios el actor durante 11 años y 3 meses teniendo en cuenta los periodos de trabajo efectivo, por lo que la indemnización debía calcularse a razón de 20 días y no conforme a una anualidad de salario que en el presente supuesto se corresponde con 6 meses de trabajo efectivo. Añade la Sala que el trabajador ha percibido en los años anteriores al despido un plus de actividad sin constar el parámetro en virtud del cual se devengaba, por lo que deberían seguir abonándose en el mismo modo que se abonaron en el año anterior incluso aunque existiera una situación de pérdidas. En atención a todo ello, considera la Sala que no se está en presencia de un error excusable en el cálculo de la indemnización, ya que la empresa calculó ésta conforme al parámetro máximo de un año entendiendo por ello el salario de seis meses y sobre la base de un salario inferior al que había venido abonándose.

Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina la empresa, planteando dos motivos del recurso: 1) El primero en relación al "cómputo del límite de 12 mensualidades en el caso de trabajadores fijos-discontinuos" y si ello se corresponde con una anualidad de salario, para lo que invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 22 de febrero de 2005 (PROV 2005, 131759) (Rec. 2553/2004); y 2) El segundo por entender que se está en presencia de un error excusable, para lo que invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de mayo de 2010 (Rec. 42/2010), debiendo señalarse que en relación a ambas, la parte recurrente se limita a transcribir las partes que interesan a su pretensión, pero sin realizar la necesaria comparación entre hechos, fundamentos y pretensiones exigidos por el artículo 224.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 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 Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R . 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007 (RJ 2007, 8503) , R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010 , 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 22 de febrero de 2005 (PROV 2005, 131759) (Rec. 2553/2004), invocada por la parte recurrente de contraste para el primer motivo del recurso por el que cuestiona el cálculo de la indemnización para trabajadores fijos discontinuos en relación con el límite de 12 mensualidades, confirma la de instancia que condena a la empresa a abonar a los actores, todos ellos trabajadores fijos discontinuos que vieron extinguidos sus contratos de trabajo como consecuencia del expediente de regulación de empleo aprobado, a las cantidades que constan en el fallo y que no fueron abonadas por la empresa en concepto de indemnización legal por extinción de la relación laboral, al haberse excluido el 40% topado abonado por el Fondo de Garantía Salarial. La Sala, ante la cuestión de cómo se debe interpretar la expresión "año de servicio" del art. 51.8 ET (RCL 1995, 997) , si como año natural o como años de 365 días trabajados, entiende que los años de servicio no pueden entenderse como la totalidad de años naturales en que el trabajador ha estado en activo en la empresa, sino los que se deduzcan de la suma de los diferentes periodos de actividad.

De lo relacionado se desprende que no puede apreciarse la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, no sólo por cuanto no existe identidad en los hechos que constan probados en ambas sentencias, en particular en relación con el salario percibido por los actores, sino sobre todo en las razones de decidir de ambas, puesto que la cuestión planteada y debatida en la sentencia recurrida es si se puede calcular la indemnización por despido por causas objetivas teniendo en cuenta una anualidad de salario aún cuando el trabajador no llega al tope de 12 mensualidades fijado legalmente, calculando ésta conforme a 20 días de salario por año de servicio (computando éstos en atención al periodo efectivo de trabajo), mientras que nada de ello se plantea y discute en la sentencia de contraste, en la que por el contrario la cuestión planteada y debatida es cómo deben

determinarse los años de servicio a efectos de indemnización por despido producido en el marco de un expediente de regulación de empleo, y en particular, si deben tenerse en cuenta todos los años en que el trabajador estuvo en activo en la empresa o deben determinarse éstos en atención al tiempo de trabajo efectivo, que es precisamente como se computan en la sentencia recurrida.

TERCERO

Tampoco podría apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la segunda aportada como término de comparación para el segundo motivo de casación unificadora (por el que la empresa entiende que se está en presencia de un error en el cálculo de la indemnización excusable), del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de mayo de 2010 (Rec. 42/2010), que revoca parcialmente la de instancia que había declarado la improcedencia del despido por causas objetivas del actor para dejar sin efecto la condena al abono de salarios de tramitación, por entender la Sala ante la alegación de la empresa de que del cálculo de la indemnización debían excluirse los conceptos extrasalariales como el plus de locomoción y la cantidad que excede de aplicar el 20% del IPREM al plus de distancia, que el plus de locomoción constituye una percepción extrasarial al indemnizar los gastos realizados por el trabajador para trasladarse al trabajo, por lo que no se deben incluir en la indemnización por despido, si bien el plus de distancia (que compensa la mayor penosidad en la ejecución del trabajo por la distancia existente entre el domicilio y el trabajo), sí tiene carácter salarial, por lo que se tiene que tener en cuenta a efectos de indemnización, y en atención a ello, la menor consignación efectuada es excusable al no realizarse por negligencia o con mala fe, sino que se debió al hecho de que se discutía si debía o no prorratearse el salario por 12 meses como defendía la empresa, cuando existía variabilidad pequeña en los salarios y especialmente en los meses de verano, y a si debía excluirse el plus de distancia en cuanto que análogo al de transporte.

Como se ha avanzado, tampoco puede apreciarse la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, por cuanto en la sentencia recurrida se condena al abono de salarios de tramitación por entender la Sala que no se está en presencia de un error excusable cuando la empresa calcula la indemnización de un trabajador fijo-discontinuo que presta servicios durante 6 meses al año desde el 04-05-1988, teniendo en cuenta una anualidad de salario en lugar de 20 días de salario por año de servicio computando éstos en atención a los periodos efectivos de trabajo, mientras que nada de ello se discute en la sentencia de contraste, en la que por el contrario se exime a la empresa del abono de salarios de tramitación teniendo en cuenta que se discutía si debía excluirse de la indemnización el plus de transporte y de distancia en cuanto que percepciones extrasalariales, y sobre si debía prorratearse el salario que no se percibía en igual cuantía durante los meses de verano, por 12 meses.

CUARTO

Las precedentes consideraciones no quedan desvirtuadas en modo alguno por lo que la parte esgrime en su escrito de alegaciones de 28 de febrero de 2013, en el que discrepa de lo razonado por esta Sala en su providencia de 6 de febrero de 2013, sin aportar elementos novedosos y relevantes al respecto o argumentos jurídicos que desvirtúen el contenido de la misma, limitándose a reiterar lo ya expuesto en el escrito de interposición del recurso y a señalar que deben atenuarse las exigencias de admisión del recurso en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que no puede admitirse.

QUINTO

De conformidad con lo establecido en los artículos 219 y 225 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede declarar la inadmisión del recurso, con imposición de costas, pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose en su caso a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda.

LA SALA ACUERDA:

Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Bernat Antràs Puchal en nombre y representación de EMPRESA "INDUSTRIAL REYMAR S.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 13 de diciembre de 2011, en el recurso de suplicación número 5576/11 , interpuesto por EMPRESA INDUSTRIAL REYMAR, S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Gerona de fecha 5 de mayo de 2011 , en el procedimiento nº 16/11 seguido a instancia de DON Carlos Alberto contra INDUSTRIAL REYMAR, S.A. y FONS DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), sobre despido.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose en su caso a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.