



Roj: **ATS 5623/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5623A**

Id Cendoj: **28079140012015201167**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2015**

Nº de Recurso: **2496/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil quince.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez

## **HECHOS**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Social Nº 2 de los de Cartagena se dictó sentencia en fecha 26 de marzo de 2013 , en el procedimiento nº 831/2012 seguido a instancia de D. Gabriel contra ABANTIA TICSA S.A., sobre despido, que estimaba la pretensión formulada.

**SEGUNDO.-** Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandada, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en fecha 20 de enero de 2014 , que estimaba en parte el recurso interpuesto y, en consecuencia revocaba parcialmente la sentencia impugnada.

**TERCERO.-** Por escrito de fecha 28 de abril de 2014, se formalizó por la letrada D<sup>a</sup> Beatriz Moreno García en nombre y representación de D. Gabriel , recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada. Y por escrito de fecha 3 de diciembre y para actuar ante esta Sala se designo al procurador D. Enrique Álvarez Vicario.

**CUARTO.-** Esta Sala, por providencia de 10 de abril de 2015, acordó abrir el trámite de inadmisión por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco 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.-** 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 Cuarta 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", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012 ), 22/07/2013 (R. 2987/2012 ), 25/07/2013 (R. 3301/2012 ), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013 ), 29/04/2014 (R. 609/2013 ) y 17/06/2014 (R. 2098/2013 ).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos



sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012 ), 23/05/2013 (R. 2406/2012 ), 13/06/2013 (R. 2456/2012 ), 15/07/2013 (R. 2440/2012 ), 16/09/2013 (R. 2366/2012 ), 03/10/2013 (R. 1308/2012 ), 04/02/2014 (R. 677/2013 ) y 01/07/2014 (R. 1486/2013 ).

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 20-1-2014 (R. 596/2013 ), estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada, ABANTIA TICSA, SA, y, revocando en parte la sentencia de instancia, dictada en autos por despido, reconoce un menor salario regulador, manteniendo la fecha fijada para la antigüedad.

Se debaten en suplicación dos cuestiones. La primera, determinar la cuantía del salario regulador de los efectos económicos del despido. La Sala considera que, en efecto, los conceptos dietas, vacaciones y transporte no deben computarse; y para el cálculo se atiende al promedio de lo percibido en el último año trabajado por el actor, toda vez que ha quedado acreditado que, salvo los conceptos de horas extras y pagas extras, lo percibido en cada mes ha sido diferente.

La segunda, establecer cuál ha de ser la fecha de antigüedad para la fijación de la indemnización que corresponde por la declaración de improcedencia del despido. Se propone por la empresa el 1-6-2009, dado que desde la fecha de extinción de contrato temporal el 17-4-2009, el actor percibió prestaciones por desempleo desde el 18-4-2009 hasta el 30-5-2009 (43 días), o, subsidiariamente, la de 30-5-2005, pues desde la extinción de contrato temporal con fecha 4-4-2005, el actor percibió prestación por desempleo desde el 6-4-2005 hasta el 29-5-2005 (54 días). La Sala, tras referirse a la jurisprudencia de la Sala IV que establece la regla general de estimar como no valorables las interrupciones inferiores a 20 días, coincidente con la duración del plazo de caducidad fijado para el ejercicio de la acción de despido y, excepcionalmente, el computo de la antigüedad cuando la interrupción, sin ser significativa, era superior a los 20 días, en aquellos supuestos en los que cabía estimar que pese a la extinción formal del contrato temporal, se mantenía la unidad esencial del vínculo, indica que en el caso se trata de un trabajador que presta servicio en una empresa dedicada a la realización de montajes industriales, que ha suscrito contratos temporales para llevar a cabo obras determinadas, incluso en territorios diferentes, por lo que no resultando de la prueba practicada que el actor prestara servicios en obras distintas a aquellas para las que fue contratado, no cabe estimar la existencia de fraude de ley por el hecho de que tales relaciones de servicios se hayan materializado a través del otorgamiento de contratos temporales ni porque los trabajos realizados por el actor se correspondan con los que son objeto de la actividad normal de la empresa, puesto que la actividad de esta consiste en el montaje de obras contratados por terceros; y está plenamente acreditado que la relación de servicios quedó interrumpida los periodos antes indicados, interrupciones superiores a 20 días, durante las que el demandante estuvo percibiendo la prestación por desempleo, lo cual resulta incompatible con la unidad esencial del vínculo.

El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone por el trabajador y consta de cuatro motivos de recurso, para los que se alegan las correspondientes sentencias de contraste, si bien en los motivos primero y segundo se cita la misma resolución.

**SEGUNDO.**- El primer motivo de recurso tiene por objeto determinar que no cabe apreciar ruptura de la unidad de la relación laboral por existir periodos de interrupción superiores a los 20 días. El segundo motivo tiene por objeto determinar el carácter fraudulento de la contratación temporal.

Como se decía, en ambos casos se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Supremo de 3-4-2012 (R. 956/2011 ). En este caso los contratos celebrados con el trabajador son los siguientes: 1) del 3-11-2003 al 17-9-2004; 2) del 4-10-2004 al 30-11-2006; 3) del 15-1-2007 al 22-3-2007; 4) del 23-4-2007 al 30-4-2009. El demandante ha prestado servicios además de en la obra designada en cada caso en el contrato, en otras obras de la empresa a las que era enviado, sitas no solo en la Comunidad de Madrid, sino también en otras Comunidades Autónomas. En la instancia y en suplicación se había computado la antigüedad a los efectos de la improcedencia del despido únicamente desde el 15-1-2007, sin sumar los servicios prestados en virtud de contratos anteriores en razón a que la relación se había interrumpido desde el 30-11-2006 (durante 45 días); ello pese a haber calificado los contratos como fraudulentos.

La Sala reitera la doctrina seguida sobre la extinción ilícita de contratos temporales sucesivos, celebrados en fraude de Ley, en el sentido de cómputo íntegro de los servicios prestados a través de la cadena de contratos, aclarando que el criterio para determinar el reinicio del cómputo de la antigüedad, a los efectos del despido, tiene que atender a un examen realista de la subsistencia del vínculo y no sólo a la extinción formal del contrato, de manera que sólo una ruptura verdaderamente significativa permite acortar el tiempo de servicios al que se refiere el art. 56.1 ET , admitiéndose interrupciones superiores a veinte días en determinados supuestos. A lo que añade que no cabe reservar la calificación de contratos sucesivos exclusivamente a aquellos que estén separados por intervalos no superiores a 20 días, pues tal pauta se opondría a la Directiva 1999/70, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada. En consecuencia, estima parcialmente el recurso del



trabajador y declara que la indemnización a la que, en su caso, puede optar la empresa se computa teniendo en cuenta el periodo de prestación de servicios del trabajador desde el inicio de la relación laboral.

De acuerdo con la doctrina antes indicada no puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación, respecto de ninguno de los dos motivos alegados, al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Respecto del segundo motivo, porque en la sentencia de contraste lo acreditado es que los contratos temporales suscritos por el actor son fraudulentos, toda vez que el demandante ha prestado servicios además de en la obra designada en cada caso en el contrato, en otras obras de la empresa a las que era enviado, sitas no solo en la Comunidad Autónoma indicada sino también en otras Comunidades; mientras que en la sentencia recurrida, contrariamente, no resulta acreditado que el actor prestara servicios en obras distintas a aquellas para las que fue contratado, por lo que no se ha estimado la existencia de fraude de ley.

Y los hechos acreditados que acaban de indicarse justifican también los distintos pronunciamientos alcanzados por las resoluciones comparadas respecto del primer motivo de recurso, toda vez que en la sentencia recurrida, partiendo de la validez de los distintos contratos temporales, está plenamente acreditado que la relación de servicios quedó interrumpida por dos periodos superiores a 20 días, durante los que el demandante estuvo percibiendo la prestación por desempleo; lo que no se aprecia en la sentencia de contraste, al haberse estimado el carácter fraudulento de los diversos contratos suscritos por el trabajador.

**TERCERO.-** El tercer motivo de recurso tiene por objeto determinar que el salario a tomar en consideración debe ser el del último mes y no el promedio anual.

Se alega como sentencia de contraste la del Tribunal Supremo de 17-7-1990 (R. 27/1990 ), que desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la empresa INTERURBANA DE AUTOBUSES, SA. En tales autos, en lo que aquí se debate, la sentencia recurrida acogió como salario el del último mes trabajado con el prorrateo de pagas extraordinarias, a lo que se opone la empresa en el recurso, sosteniendo que debe ser el promedio del recibido los tres últimos meses. Lo que es desestimado por la Sala IV por la defectuosa formulación del recurso, que hubiera requerido un motivo de revisión fáctica y uno de censura jurídica, que no consta; a lo que se añade que la doctrina de la Sala tiene declarado que se debe estar al salario percibido en el último mes de prestación de servicios con prorrateo de pagas extraordinarias, salvo que concurren circunstancias especiales, que en el caso ni se alegan ni concurren.

No puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación, al no darse las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , ya que los hechos acreditados son distintos. En este sentido, en la sentencia de contraste la Sala atiende al salario del último mes de prestación de servicios con prorrateo de pagas extraordinarias, toda vez que no concurren circunstancias especiales en el caso que permitan atender a un módulo salarial distinto; mientras que en la sentencia recurrida se atiende al promedio de lo percibido en el último año trabajado por el actor precisamente porque ha quedado acreditado que, salvo los conceptos de horas extras y pagas extras, lo percibido en cada mes ha sido diferente.

**CUARTO.-** El cuarto motivo de recurso tiene por objeto determinar que a efectos de la determinación del salario regulador del despido deben ser incluidas las cuantías abonadas por dietas.

Se aporta como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 7-7-2010 (R. 1580/2010 ). Dicha resolución estima en parte el recurso de la empresa, SOLUCIONES DE FORMACIÓN Y TECNOLOGÍA, SL, y revoca en parte la sentencia de instancia, manteniendo la indemnización por despido y declarando que no proceden salarios de tramitación.

En lo que aquí interesa, señala la Sala que la sentencia de instancia ha incluido en el salario regulador la cantidad que consta en las nóminas del trabajador como dieta, partiendo del hecho de tales cantidades no se corresponden a dicha compensación económica, en tanto que la parte actora no ha realizado desplazamiento alguno, sin que se haya practicado prueba alguna por la empresa que acredite que el abono correspondía efectivamente a viajes y desplazamientos efectuados.

No puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , pues ambas cuentan con distintos hechos probados, lo que justifica los distintos pronunciamientos alcanzados e impide la contradicción. Así, en la sentencia de contraste se ha incluido en el salario regulador del despido la cantidad que consta en las nóminas del trabajador como dieta, partiendo del hecho de tales cantidades no se corresponden a dicha compensación económica, en tanto que la parte actora no ha realizado desplazamiento alguno, sin que se haya practicado prueba alguna por la empresa que acredite que el abono correspondía efectivamente a viajes y desplazamientos efectuados; mientras que ningún debate sobre la falta



de correspondencia con la realidad respecto de la cantidad percibida como dietas consta en la sentencia recurrida.

**QUINTO.-** Las precedentes consideraciones no quedan desvirtuadas en modo alguno por lo que la parte esgrime en su escrito de alegaciones de 30 de abril de 2015, en el que discrepa de lo razonado por esta Sala en su providencia de 10 de abril de 2015, insistiendo en la existencia de contradicción respecto de todos los motivos y de acuerdo con su criterio, pero sin aportar elementos novedosos y relevantes al respecto, ni argumentos jurídicos que desvirtúen su contenido.

**SEXTO.-** De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

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

#### **LA SALA ACUERDA:**

Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D<sup>a</sup> Beatriz Moreno García, en nombre y representación de D. Gabriel , representado en esta instancia por el procurador D. Enrique Álvarez Vicario, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 20 de enero de 2014, en el recurso de suplicación número 596/2013 , interpuesto por ABANTIA TICSA S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Cartagena de fecha 26 de marzo de 2013 , en el procedimiento nº 831/2012 seguido a instancia de D. Gabriel contra ABANTIA TICSA S.A., 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.

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.