

Roj: **STS 327/2003 - ECLI:ES:TS:2003:327**Id Cendoj: **28079140012003101370**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/01/2003**Nº de Recurso: **804/2002**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**Ponente: **JOSE MARIA BOTANA LOPEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Enero de dos mil tres.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Juan Antonio Frau Segui, en nombre y representación de DOÑA Milagros , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 11 de Octubre de 2001, dictada en el recurso de suplicación número 3579/99, formulado por la aquí recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 16 de Valencia, de fecha 31 de julio de 1999, dictada en virtud de demanda formulada por DOÑA Milagros , frente al INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, en reclamación de subsidio por desempleo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 31 de julio de 1999, el Juzgado de lo Social número 16 de Valencia, dictó sentencia en virtud de demanda formulada por DOÑA Milagros , frente al INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, en reclamación de subsidio por desempleo, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- La parte actora D^a Milagros , con DNI nº NUM000 , solicitó en fecha 30 de enero de 1999 prestaciones por desempleo, nivel asistencial, al Instituto demandado, por agotamiento de los percibidos de carácter contributivo. SEGUNDO.- En fecha 18-2-99 le denegó la prestación solicitada por estimar supera las rentas de la unidad familiar el 75% del S.M.I., por importe de 51.952 ptas, ya que el total fue fijado en 69.270 ptas. Contra dicha resolución formula la demandante Reclamación Previa que igualmente fue desestimada por el INEM, mediante Resolución de fecha de salida 6-4-99, notificada el día 15 de dicho mes. TERCERO.- La actora convive con su esposo D. Bernardo y sus dos hijos menores de edad, llamados Paulino Y Jesus Miguel de 13 y 7 años de edad, respectivamente en relación a la fecha de hecho causante, constando integrada la unidad familiar por CUATRO miembros. CUARTO.- El esposo ya referido de la actora percibió en la nómina del mes de diciembre de 1998 la cantidad mensual bruta prorrateada de 189.100 ptas. excluyéndose los conceptos de plus distancia por importe de 10.450 ptas y comidas 7.980 ptas. total 18.430 ptas. El Salario Bruto mensual prorrateado de este mes, se fija en 189.100 ptas, fecha del hecho causante, la mensualidad correspondiente a enero de 1999, ascendió a 192.200 ptas con inclusión de prorrata de pagas extras. Los ingresos del esposo en la declaración de I.R.P.F. del último año anterior al hecho causante ascendió a la suma de 2.400.766 pyas, integrados por dos conceptos rendimientos del trabajo personal, rendimientos de la vivienda habitual y rendimientos de Capital Mobiliario. El Salario mensual prorrateado del esposo se fija en 192.200 ptas, en Enero de 1999. QUINTO.- Según el informe de Vida Laboral expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social, la actora extinguió la prestación por desempleo en fecha 12-12-98, constando igualmente que en fecha 19-4-99, comenzó a trabajar en Electroquímica San Jorge S.L.". Y como parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D^a Milagros , contra el I.N.E.M. debo absolver y absuelvo al Instituto demandado de las pretensiones deducidas en su contra".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia de fecha 11 de octubre de 2001, en la que como parte



dispositiva consta la siguiente: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Milagros , contra la sentencia de 31-7-99, del Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparó la representación letrada de la actora, en tiempo y forma e interpusieron después recurso de casación para la unificación de doctrina. En el mismo se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 22 de septiembre de 2000 (recurso número 2836/99).

CUARTO.- Se impugnó el recurso por el recurrido, e informó sobre el mismo el Ministerio Fiscal en el sentido de estimar procedente el recurso.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora formula recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que denegó la pretensión sobre subsidio de desempleo por cargas familiares, al incluir dentro del computo de "rentas" las cantidades percibidas por los conceptos de plus de distancia y comida. Alega como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 22 de septiembre de 2000 (recurso 2836/99) y denuncia infracción del artículo 215 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el 26.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida oponen causa de inadmisibilidad por infracción del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, consistente en falta de concordancia entre la sentencia impugnada y la que se aporta como de contraste, que impide a ésta ser tenida como válido elemento de comparación ante la falta de requisito de identidad en mérito a hechos y fundamentos de las pretensiones.

Sobre estos extremos, en la sentencia impugnada los ingresos en discusión ascienden a 10.850 y 7.980 pesetas que corresponden respectivamente a los conceptos expresados de plus de distancia (que la sentencia combatida en el fundamento jurídico primero también denomina de transporte) y comida, mientras que en la resolución de contraste, hace referencia a 36.629 pesetas en concepto de dietas de desplazamiento y "kilometraje", lo que obliga a determinar si en ambos supuestos se trata de ingresos que responden a necesidades análogas o de igual naturaleza, o bien, si tienen distinta causa y finalidad. Pues mientras que la sentencia de contraste excluye los ingresos de dietas y del denominado kilometraje del computo como rentas computables, precisamente por la naturaleza compensación de gastos realizados, en cambio la combatida incluye los ingresos por plus de distancia y comida, indicando que la sentencia de instancia comete error: "excluir del cómputo los suplidos, es decir, los ingresos por plus de distancia y comida, por no ser salario, lo que es irrelevante, porque aquí no se computa para nada el salario, sino cualquier ingreso bruto, y sin duda esos pluses lo son para el perceptor".

Los ingresos por gastos por desplazamiento, tienen como fin indemnizar al trabajador, si son dietas, los gastos ocasionados por manutención y en su caso alojamiento a consecuencia normalmente de una actividad laboral realizada en lugar distinto al de la residencia y contrato. Corresponden por tanto al resarcimiento de gastos extraordinarios al igual que ocurre con los gastos para desplazamientos denominado "kilometraje", por lo que como dice la sentencia de contraste no tienen la consideración de salario, o como dijo la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 10 de diciembre de 1986, no se destinan a retribuir trabajo alguno. En conclusión, su naturaleza es indemnizatoria y no salarial.

Lo mismo acaece con el plus de distancia, que como afirma la Orden Ministerial de 4 de junio de 1981 en su artículo 4 "no representa una retribución, sino una compensación de naturaleza análoga a la dieta". Pues es una cantidad que el empresario ha de satisfacer al trabajador que deba recorrer por sus medios, desde el límite del casco urbano de la localidad en que resida hasta el centro de trabajo, más de dos kilómetros, cuyo importe se determina bien en convenio colectivo bien en pacto individual.

En cambio, el "abono por comida" puede tener distintas causas y finalidades. Así se desprende de la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2002 (recurso 4070/01) cuando dice, que "El Estatuto de los Trabajadores construye la noción del salario sobre la regla general, positiva y global del art. 26.1: `se considerara salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena y unas exclusiones tasadas en su número 2. La regla general contiene -- lo señaló éste Tribunal en sentencia de 12-2-85 -- una presunción `iuris tantum de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario. Presunción que, por consiguiente, puede ser desvirtuada, o bien mediante la prueba, que corresponde a quien niega la condición salarial de la



percepción discutida, de que la cantidad abonada obedece a alguna de las razones que enumera el art. 26.2; o bien acreditando que su abono esta establecido con tal carácter indemnizatorio en una norma paccionada, en cuyo caso, quien niegue la validez del pacto habrá de demostrar que la previsión del Convenio encubre en realidad el abono de un autentico salario en especie o que el concepto discutido no es encuadrable en el previsto del Convenio.

Pues bien, el juego de dicho precepto pudo conducir, como condujo, a dos soluciones que siendo evidentemente diferentes, no puede considerarse distintas o contradictorias a los efectos del art. 217 LPL. En el caso de la sentencia de contraste, la Sala contaba con los hechos probados ya transcritos en el fundamento primero y con la invocación del art. 52.5 del Convenio Colectivo, que establece el bono de comida como indemnización compensatoria del mayor gasto que por tal concepto están obligados a realizar los trabajadores como consecuencia del cambio de la jornada continuada de 8 a 15 horas, a la jornada partida que dicho Convenio establece. En consecuencia, no discutida la vigencia y validez de la norma paccionada, correspondía a los trabajadores que alegaban el carácter salarial de dicho bono, acreditar la existencia de circunstancias que así lo relevaran (por ejemplo, en este caso: que lo percibe también quien sigue haciendo jornada continuada; o que se abona igualmente en días no trabajados, en vacaciones o permisos retribuidos; o a empleados a los que, por vivir muy próximos al centro de trabajo, nada hay que indemnizar). Y al no contar con dato alguno en tal sentido, la Sala pudo resolver de forma análoga a la de la sentencia de esta Sala de 1-7-02 (rec. 4/2002) que ante regulación convencional similar, entendió que la ayuda por comida tenía naturaleza indemnizatoria y era incardinable en el art. 26.2 ET.

Por el contrario, en la sentencia recurrida, fue la empresa la que pretendió negar carácter salarial al bono. Mas como quiera que, de un lado no alegó, ni mucho menos probó, que su abono tuviera carácter indemnizatorio y de otro no invocó ninguna norma convencional que se lo reconociera, la Sala se limitó aplicar, como era obligado en tal caso, la presunción del art. 26.1 ET."

Como señala esta doctrina, en principio ha de presumirse que el pago por manutención tiene naturaleza salarial, pero cabe desvirtuar la presunción y llegar a la conclusión de que es una indemnización compensatoria del mayor gasto que por razón de comida están obligados a realizar los trabajadores como consecuencia de su actividad laboral, como acaece cuando no se abona en todas las jornadas laborales, en días no trabajados, en vacaciones o permisos retribuidos. Por ello es necesario estar a la calificación fáctica que existe en el supuesto de autos. La sentencia de suplicación se manifiesta sobre esta particular, cuando califica el plus de distancia (al que también alude como de transporte) y alimentos, como "suplidos" -concepto del artículo 26.2 del E.T. para negar el carácter salarial-, aunque entiende intrascendente la calificación, y también así lo califica la resolución del Juzgado, cuando afirma que "tales conceptos no constituyen salario en razón a lo dispuesto en el artic. 26.2 del E.T."

En consecuencia, como las sentencias aquí comparadas ante ingresos por entender de igual naturaleza, resuelven en sentido contrario sobre computo de los mismos a efectos del cálculo de los ingresos de la unidad familiar, se cumple en el recurso con los requisitos establecidos en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- Establecido según lo expuesto el carácter no salarial del plus de distancia (que la sentencia impugnada también denomina de transporte) y de las comidas, es aplicable al supuesto, la doctrina de unificación recogida en la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2001 (recurso 529/01), en donde la pretensión se basaba "en no haber sido tenido en cuenta, para el computo de las rentas familiares, lo percibido por el esposo de la actora, en concepto de plus de transporte y de desgaste de herramientas", establece "Para delimitar quienes pueden acceder a estas prestaciones no contributivas, en el caso del desempleo, se fijo un nivel de ingresos como de subsistencia, por encima del cual no se tiene derecho a la prestación asistencial. Esta característica de línea divisoria, es la que debe servir para interpretar el concepto que tratamos de precisar. Son rentas de cualquier naturaleza, a estos efectos, todas las cantidades de percepción periódica -si no tienen periodicidad no son rentas- que son susceptibles de servir las necesidades personales y de subsistencia de los beneficiarios. No deben tener la consideración legal de rentas aquellas cantidades destinadas a compensar un gasto ajeno a estas necesidades, como son el plus de desgaste de herramientas, con el que el trabajador deberá adquirir aquellas que le son exigidas para acceder al puesto de trabajo, ni los gastos que le origina el acudir al trabajo en una actividad que, como la construcción, desplaza permanentemente el lugar de prestación de los servicios".

Al no haberlo entendido así la sentencia impugnada, procede de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, estimar el recurso, para resolver el debate planteado en suplicación por la aquí también recurrente, en donde admitiendo la redacción de los hechos probados, la cuestión planteada se limitaba a determinar cual es el divisor de la renta del conjunto para establecer una renta teórica individualizada de los miembros de la unidad familiar, en concreto si ha de ser divida entre cuatro (todos los miembros de la unidad familiar, los



dos cónyuges y sus dos hijos menores de edad), o sí ha de ser sólo entre tres (solicitante y dos hijos que se consideran carga familiar, excluyendo al marido por no considerarse carga).

El artículo 215,2 de la Ley General de la Seguridad Social, literalmente establece dividir la renta del conjunto de la unidad familiar "por el número de miembros que la componen", al margen de si esos miembros se consideran carga o no y, así lo expresa la sentencia de 30 de mayo de 2000 (recurso 2717/99), estableciendo que "En definitiva, y de acuerdo con esta tesis, que es la que consideramos la adecuada, el apartado segundo del art. 215.2 LGSS, hay que interpretarlo como excluyente tan solo cuando se contempla al demandante del subsidio en su individualidad, y para poder apreciar si realmente tiene o no familiares a cargo, pero si se llega a la conclusión de que los tiene, habrá que entrar en la aplicación del apartado primero del mismo precepto y dar solución al problema planteado desde la perspectiva familiar, tomando entonces en consideración todos los ingresos y todas las personas integrantes de la misma para poder llegar a determinar si la familia en su conjunto se halla en la situación de necesidad protegida contemplada por el precepto".

Aplicando este criterio al supuesto de autos procede el reconocimiento de la prestación asistencial solicitada por las siguientes razones: a) La demandante convive con su marido que percibe una renta superior a la mínima legal, y que, por consiguiente, no está a su cargo, pero también convive a su vez con dos hijos menores de edad que no perciben ingreso alguno y que por lo tanto los tiene a su cargo. b) La renta del conjunto de miembros que componen la unidad familiar según consta en el hecho probado tercero asciende a 192.200 pesetas mensuales (ingresos del marido). c) Dividida esta renta por el número de miembros que componen dicha unidad, que son cuatro, da como resultado para cada uno de sus integrantes, una renta teórica individualizada de 48.050 pesetas mensuales. d) Dicha renta teórica individualizada resulta inferior al 75% del salario mínimo interprofesional de 69.200 pesetas vigente en el momento del hecho causante, que es de 51.952 pesetas.

TERCERO.- No procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas, por no concurrir el supuesto de condena contemplado en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Juan Antonio Frau Seguí, en nombre y representación de DOÑA Milagros , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 11 de Octubre de 2001, que casamos y anulamos y, resolviendo en trámite de duplicación el recurso de tal naturaleza interpuesta por la misma recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 16 de Valencia, de fecha 31 de julio de 1999, estimamos el mismo con revocación de esta sentencia y, declaramos el derecho de la demandante a percibir el subsidio de desempleo solicitado, condenando al INEM a estar y pasar por tal declaración y a su abono en la cuantía, forma y efectos reglamentarios. Sin especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José María Botana López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.