

Roj: **STS 1968/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1968**Id Cendoj: **28079140012015100224**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/04/2015**Nº de Recurso: **1187/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ M 12624/2013,**
STS 1968/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Abril de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don Fernando , representado y defendido por el Letrado Don Luis Carlos Matesanz Sanz contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 13-septiembre-2013 (rollo 1259/2013), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por el referido trabajador contra la sentencia de fecha 18-mayo-2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid (autos 1370/2011), en procedimiento seguido a instancia del citado recurrente contra las empresas "MIVISA, S.A." y "EPSA INTERNACIONAL, S.A." sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido las empresas "MIVISA, S.A." y "EPSA INTERNACIONAL, S.A.", representadas y defendidas por el Letrado Don Eduardo Muñoz de Miguel.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El día 13 de septiembre de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 1259/2013 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid, en los autos nº 1370/2011, seguidos a instancia de Don Fernando contra las empresas "MIVISA, S.A." y "EPSA INTERNACIONAL, S.A." sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es del tenor literal siguiente: "*Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Fernando contra la sentencia de fecha 18 de mayo de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid , en autos nº 1370/2011 , en virtud de demanda formulada por la citada parte recurrente frente a "EPSA Internacional S.A." y "MIVISA S.A.", en reclamación por despido. Confirmamos íntegramente la sentencia de instancia. Sin costas*".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 18 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid , contenía los siguientes hechos probados: "*Primero.- El actor D. Fernando , con residencia en Palanquinos (León) y categoría de Oficial de 1ª conductor y percibiendo una retribución mensual de 2.436,11 €, con inclusión de la prorrata de las pagas extras, ha venido prestando servicios para la demandada, dedicada a la construcción, mediante la suscripción de sucesivos contratos temporales de obra o servicio determinado, manejando una máquina Dumper de movimiento de tierras, en las obras y por durante los periodos que a continuación se relacionan: 21.01.03 a 29.02.04 Mivisa, en obra que no consta. 01.03.04 a 29.02.05 Mivisa urbanización Parque empresarial de Sagunto, Valencia. 01.03.05 a 30.09.05 Mivisa en obra que no consta. 01.10.05 a 31.05.06 en Mivisa, Cerro Gordo Badajoz. 01.06.06 a 30.04.07 Mivisa, en la Urbanización Valdebebas*".



de Madrid. 01.05.07 a 31.01.08 Mivisa, acceso ferroviario norte-noreste en Valdestillas, Valladolid. 01.02.08 a 24.02.08 Mivisa en autovía Buñuel-Cortes. 25.02.08 a 02.03.08 prestó servicios para Epsa Internacional en Pregado en Mira, Coimbra, Portugal. 03.03.08 a 3 1.07.08 Mivisa autovía Buñuel Cortes. 01.08.08 a 08.0 1.09 Mivisa línea AVE tramo Olmedo, Zamora, subtramo Villaverde de Medina-Villafranca de Duero. Al finalizar este contrato el actor el actor fue indemnizado y se dijo por el capataz de la obra que le volverían a llamar cuando tuvieran trabajo para él. 09.01.09 a 19.04.09 el actor percibió prestaciones de desempleo. 20.04.09 a 31.01.10 Mivisa en obra que no consta. 01.02.10 a 3 1.05.10, Mivisa en urbanización Decathlon de Zaragoza. 01.06.10 a 31.07.10, Mivisa en autovía del cantábrico en Torrelavega, Santander. 0.1 08 10 a 30.11 .10, Mivisa en aeropuerto de Murcia. 01.12.10 a 31.01.11 Mivisa en urbanización Ikea, Valladolid. 01.02.11 a 24.04.11 Mivisa en temiosolar de Olivenza, Badajoz. 25.04.11 a 24.04.11 Mivisa línea AVE tramo Olmedo, Zamora, subtramo Villaverde de Medina-Villafranca de Duero. Todos los contratos de trabajo están suscritos en los municipios donde se desarrollaba la prestación de servicios. Segundo.- El actor, el 24 de noviembre de 2011, recibió carta de despido por terminación de los trabajos para los que fue contratado. La carta consta y se da por reproducida. La obra no había terminado, ni los trabajos de su especialidad. Tercero.-El actor percibía una retribución por conceptos salariales, un plus extrasalarial y una suma en concepto de gastos de desplazamiento y manutención, en cantidad concordante con lo dispuesto en el convenio de la Construcción de Madrid, que es la norma rectora de la relación y cuyo desglose consta en las nóminas que figuran en los dos ramos de prueba. El actor mientras prestaba servicio para las diferentes obras en las que prestó servicios a lo largo de la geografía española, se buscaba alojamiento por su cuenta y comía donde más le convenía en el tiempo que tenía para comer. Cuarto.- La demandada admite la improcedencia del despido, también admite que el trabajador es fijo y le señala una antigüedad de 20 de abril de 2009. Quinto.- Con fecha de 30 de diciembre de 2011 se celebró en Madrid acto de conciliación, en base a papeleta presentada en la subdelegación del Gobierno de Cáceres el 9 de diciembre de 2011, recibida en el SMAC el 15 de diciembre de 2011, con resultado sin avenencia " .

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda de D. Fernando debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado el 24 de noviembre de 2011 condeno a MIVISA SA a que, a su elección que habrá de ejercitar ante el Juzgado en el improrrogable plazo de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia, le abone la cantidad e 9.310,61 euros en concepto de indemnización, más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia a razón de 80,09 euros diarios y apreciando de oficio la excepción de caducidad absuelvo a Epsa Internacional SA de cuantas peticiones de deducían en su contra " .

TERCERO.- Por el Letrado Don Luis Carlos Matesanz Sanz, en nombre y representación de Don Fernando , formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 3-diciembre-2009 (rollo 30/2009), la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 14-mayo-2012 (rollo 995/2012) y la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de fecha 5-diciembre-2012 (rollo 1287/2011), una por cada uno de los motivos de contradicción que invoca. SEGUNDO.- Alega infracción de los arts. 15.5 y 56 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 17 de julio de 2014, se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida, las empresas "MIVISA, S.A." y "EPSA INTERNACIONAL, S.A.", representadas y defendidas por el Letrado Don Eduardo Muñoz de Miguel, para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar la desestimación de los dos primeros motivos y la procedencia del tercer motivo del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 10 de febrero actual. Se han cumplido en la tramitación del presente recurso las exigencias legales, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia por acumulación de asuntos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación unificadora se interpone por el trabajador demandante contra la sentencia de suplicación (STSJ/Madrid 13- septiembre-2013 -rollo 1259/2013), confirmatoria de la de instancia (SJS/Madrid nº 38 de fecha 18-mayo-2012 -autos 1370/2011) en la que, estimando en parte la demanda, se declaraba la improcedencia del despido del trabajador de la empresa demandada, dedicada a la construcción, que prestó servicios mediante la suscripción de diversos contratos temporales de obra o servicio determinado suscritos en los diversos municipios donde se desarrollaba la prestación de servicios en España y en Portugal y no coincidentes con la residencia del actor, con la categoría de Oficial de 1ª conductor manejando



una máquina Dumper de movimiento de tierras. El actor, en su demanda, pretendía ostentar una antigüedad desde el primer contrato suscrito en fecha 21-03-2003 y en la sentencia de instancia se le reconoce desde el día 20-04-2009, argumentando, entre otros extremos, sobre la existencia de una interrupción trascendente entre los sucesivos contratos; y pretendía, también, que como salario a afectos indemnizatorios se le computaran las cantidades que en las hojas salariales figuraban bajo el concepto " *compensación gastos desplazamiento y manutención* " por lo que ascendería a 4.508,25 € mensuales, lo que no se estima ni en la sentencia de instancia (que lo fija en 2.436,11 €) ni en la de suplicación que confirma este extremo. La sentencia de suplicación ahora impugnada no resuelve el motivo del recurso de suplicación interpuesto por la parte actora relativo a su antigüedad, que pretendía se declarara era la del día 21-01-2003, con las consecuencias en orden a la cuantía indemnizatoria a ello inherentes (motivo tercero del recurso de suplicación).

SEGUNDO.- 1.- En el primer motivo del presente recurso se denuncia como infringido el art. 24 CE por incongruencia omisiva sentencia recurrida, dado que en la misma no se resuelve sobre el motivo del recurso de suplicación (motivo tercero del recurso de suplicación) interpuesto por la parte actora relativo a su antigüedad, que pretendía se declarara era la del día 21-01-2003, con las consecuencias en orden a la cuantía indemnizatoria a ello inherentes; invocando como sentencia contradictoria la STS/IV 3-diciembre-2009 (rc 30/2009).

2.- La referida sentencia de contraste, recaída en recurso de casación ordinario en proceso de conflicto colectivo, aprecia la existencia de incongruencia omisiva de la sentencia de instancia y decreta su nulidad para que se dicte nueva sentencia, razonando y motivando suficientemente el fallo que se dicte. Se argumentaba, en esencia, que << *La sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva. En efecto: a) La sentencia carece de toda motivación y se limita a señalar ... que: "antes de entrar en el fondo es preciso resolver las excepciones procesales alegadas", y, sin embargo, no indica ni examina cuales son estas excepciones procesales ...; b) Para el supuesto de que concurriera el presupuesto procesal de competencia jurisdiccional, la sentencia recurrida tampoco realiza examen alguno sobre la excepción de inadecuación de procedimiento, que fue planteada por la parte demandada con fundamento en que el objeto de la pretensión actora no es la propia de un proceso colectivo, sino de un proceso ordinario; c) Se produce, pues, en la sentencia una incongruencia omisiva al no resolver la misma sobre las excepciones de incompetencia e inadecuación de procedimiento, violando, así, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución . Como ha afirmado la jurisprudencia (por todas sentencia del TS de 12 de marzo de 2.008; Rec. 111/2007) tiene lugar la repetida incongruencia "cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las cuestiones sometidas a su consideración por las partes y siempre que no quepa interpretar el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución". Es de añadir, que también el Tribunal Constitucional (por todas STC 56/1996) ha afirmado que "mas rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además, los motivos fundadores de la respuesta tácita". En la sentencia recurrida falta toda consideración y motivación de las excepciones ...y, por lo tanto, procede la declaración de su nulidad >>.*

3.- Como en supuestos análogos ha declarado esta Sala (entre las más recientes, STS/IV 24-julio-2014 -rcud 2087/2013), – tratándose de la denuncia del vicio procesal de incongruencia de todo o parte de una sentencia y en interpretación del presupuesto o requisito de contradicción de sentencia exigido, como regla, actualmente en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora y con la finalidad de no impedir el examen de la real existencia del referido vicio que puede comportar indefensión (art. 24 CE) –, entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el citado art. 219.1 LRJS , interpretado en el sentido de que deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas y exigiendo la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, pues debe permitir que se aprecie una divergencia de doctrinas que deba corregirse respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva.

4.- Partiendo de ello, existe el presupuesto de contradicción ex art. 219.1 LRJS . En la sentencia recurrida se examina a afectos indemnizatorios del despido declarado improcedente los conceptos que deben integrar el salario, pero no se trata sobre otro de los motivos articulados oportunamente por el recurrente en suplicación sobre la fecha de su antigüedad en la empresa, con incidencia también, en su caso, en la indemnización correspondiente, por lo que en el recurso de casación ahora formulado la parte alega que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva. La sentencia de contraste examina si la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva, al no resolver, entre otras, sobre las excepciones de incompetencia e inadecuación de procedimiento. En la referida STS/IV 24-julio-2014 se argumentaba que << *La sentencia de esta Sala de 23 de abril de 2013, recurso 729/2012 , ha entendido que concurría el requisito de la contradicción en un supuesto similar al ahora examinado ... Dicha sentencia contiene el siguiente razonamiento: "...Debe ser estimando, por*



tanto, el recurso de casación en este extremo. La jurisprudencia de esta Sala, – contenida, entre otras muchas, en las SSTS/IV 23-julio-2001 (rcud 4554/2000), 29-abril-2005 (rcud 3177/2004), 30-junio-2008 (rco 158/2007), 27- septiembre-2008 (rco 37/2006), 3-diciembre-2009 (rco 30/2009) y 16-diciembre-2009 (rco 72/2009), así como las en ellas se citan –, acorde con la jurisprudencia constitucional, ha establecido que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE) y que hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al proceso en el momento procesal oportuno, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita ">> y que << En el asunto examinado la situación es análoga ya que la sentencia recurrida omite pronunciarse sobre un determinado pedimento, a saber, que se declare la improcedencia del despido por no haberse abonado a la trabajador la indemnización legalmente establecida para el supuesto de despido objetivo, y en la sentencia de contraste se examinan los efectos por no haberse pronunciado la sentencia recurrida sobre el pedimento subsidiario consistente en que se declare al trabajador en situación de IPP >>.

5.- Cumplidos los requisitos de los arts. 219 y 224 LRJS , procede entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada en este primer motivo del recurso.

TERCERO.- 1.- La censura jurídica formulada en el primer motivo del recurso ha de tener favorable acogida, pues es reiterada doctrina de esta Sala, contendida, entre otras muchas, en la citada STS/IV 24-julio-2014 y en las que en ella se citan como la de 23-abril-2013 (rcud 729/2012), que <<" ...Se razona, en especial, en la ... STS/IV 30-junio-2008 ... que " ... es constante y reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE) y así lo han señalado, entre otras muchas, la STC 20/1982 y la 136/198, de 29 de junio, que cita a la anterior. A su vez, la ... STC, nº 1 de 25 de enero de 1.999 , con cita, entre otras, de las SSTC de que hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al proceso en el momento procesal oportuno para ello; y, entre los diversos supuestos de incongruencia vulneradora del aludido derecho fundamental de defensa, incluye la antes invocada STC 136/1998 la incongruencia interna y la incongruencia "por error", siendo precisamente esta última la que se ha producido en el caso que enjuiciamos'. En este sentido y ante supuestos análogos al aquí debatido, también se han pronunciado las sentencias de esta Sala de 21 de marzo y 23 de diciembre de 2002 (recurso 2145/01 y 332/02), 18 de julio de 2003 (recurso 3891/02), 27 de octubre y 18 de noviembre de 2004 (recurso 4983 y 6623/03), señalando esta última sentencia que 'El Tribunal Constitucional viene definiendo la incongruencia omisiva o ex silentio en una consolidada doctrina (sentencia 91/2003, de 19 de mayo y 218/2003, de 15 de diciembre de 2.003 , entre otras muchas) como un 'desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido' (SSTC 136/1998, de 29 de junio y 29/1999, de 8 de marzo) que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación 'sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal (STC 215/1999, de 29 de noviembre). Lo que en el supuesto de la incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando 'el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales' (SSTC 124/2000, de 16 de mayo , 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero 2003/1401)" >>.

2.- Aplicando la doctrina antes expuesta al supuesto ahora examinado, procede adoptar la misma solución. Existe una incongruencia omisiva, pues la sentencia de suplicación ahora impugnada no resuelve el motivo del recurso de suplicación interpuesto por la parte actora relativo a su antigüedad, que pretendía se declarara era la de día 21-01-2003, con las consecuencias en orden a la cuantía indemnizatoria a ello inherentes, lo que condujo, además de vulnerar el art. 24 CE , al quebrantamiento de los deberes impuestos, por una parte, por el art. 218 LEC , consistente en que las sentencias han de decidir sobre " todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate " , así como, por otra parte, por el art. 97.2 LRJS consistente en la exigencia de deber " fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo " (art. 97.2 LRJS).

3.- La infracción de estas normas procesales esenciales, con la consiguiente indefensión que genera, debe llevar aparejada la estimación del recurso en este extremo, – sin necesidad de entrar a resolver el segundo de los motivos de casación sobre determinación de la antigüedad a efectos indemnizatorios al estimarse el primer motivo para que la Sala de suplicación resuelva respeto al mismo –, y a casar y anular en parte la sentencia recurrida, retro trayendo las actuaciones al momento de dictar sentencia, devolviéndose lo actuado a la Sala "



a quo ", a fin de que dicte nueva sentencia en la que resuelva sobre el motivo omitido relativo a la antigüedad pretendida del demandante, con las consecuencias a ello inherentes.

CUARTO.- 1.- Finalmente el trabajador recurrente pretende que se resuelva sobre la naturaleza salarial o extrasalarial de las dietas por manutención y alojamiento cobradas, partiendo de que ha trabajado en diferentes obras ejecutadas en localidades radicadas en localidades distintas de su domicilio habitual, con la particularidad de que los diferentes contratos se firmaron en el lugar de ejecución de la obra objeto de los mismos.

2.- El recurso del trabajador, para acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso conforme al art. 219 LRJS ., cita, como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por el mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 14-mayo-2012 (rollo 995/2012). Se contempla en ella el caso de un trabajador conductor de camiones dedicados a movimientos de tierras en grandes obras, que suscribió cinco contratos temporales sucesivos para distintas obras, aunque al final se le consideró fijo, que durante la ejecución de los sucesivos contratos cobró determinadas cantidades en concepto de compensación por gastos de desplazamiento, manutención y alojamiento, importe con el que cubría los gastos soportados por esos conceptos durante el tiempo de cada obra, cuyo desempeño le exigía dejar su domicilio y buscar alojamiento y manutención en el lugar de ejecución de la obra. La sentencia de contraste estima que no han existido desplazamientos en los términos que define el artículo 76 del Convenio Colectivo de la Construcción , esto es del centro de trabajo habitual a otro, así como que no ha existido un centro de trabajo habitual, sino distintos centros constituidos por cada una de las obras para las que se le contrató y que le obligaron a salir de su domicilio habitual en Almería. Por ello, estima que las dietas cobradas tienen naturaleza salarial y son computables para el cálculo del salario regulador de la indemnización por despido.

3. Las sentencias comparadas por el recurso del actor son contradictorias en los términos requeridos por el art. 219.1 LRJS , al concurrir las identidades que en él se establecen. En efecto, en ambos casos se trata de conductores de camiones, empleados en el movimiento de tierras, que fueron contratados para trabajar en diferentes, obras alejadas de su domicilio habitual, por empresas del mismo grupo que para compensarles por los gastos que habían de soportar, al no vivir en su domicilio habitual, decidieron abonarles dietas de alojamiento y manutención por el desplazamiento, dietas que les abonaban durante los periodos de actividad. Pese a las igualdades existentes han recaído sentencias dispares: la sentencia recurrida ha entendido que las dietas no tenían naturaleza salarial y la de contraste que sí. Procede, por tanto, unificar la disparidad doctrinal existente.

4.- En cuanto al fondo del asunto, para resolver esta cuestión, -- como se efectúa en la STS/IV 16-febrero-2015 (rcud 3056/2013), deliberado en la misma fecha que el presente recurso, cuya doctrina se comparte plenamente --, conviene recordar que, conforme al art. 26.2 ET no tienen la consideración de salario " *las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral* ". Esta disposición es reiterada por el art. 43 del IV Convenio Colectivo Estatal de la Construcción , cuyo número 1 dispone que tienen carácter extrasalarial y no forman parte del salario las percepciones económicas que el trabajador percibe como compensación por los gastos soportados, disposición que desarrolla en su número 3 estableciendo en su apartado b) el carácter no salarial de " *Las indemnizaciones... por gastos que hubieran de ser realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral... así como las cantidades que se abonen en concepto de dietas, gastos de viaje o locomoción..* " y en el c) que tampoco tienen ese carácter " *las indemnizaciones por ... movilidad geográfica...* ". Finalmente, también, conviene tener presente que lo dispuesto en el art. 40 ET sobre movilidad geográfica es desarrollado por los artículos 76 y siguientes del IV Convenio Colectivo Estatal de la Construcción que en su artículo 85 dice lo siguiente: " *1. Se entenderá por residencia habitual del trabajador la que haya señalado éste, lo que es preceptivo, al ingresar en la empresa, debiendo comunicar a ésta los cambios que se produzcan al respecto durante la vigencia del correspondiente contrato de trabajo. 2. Los cambios de residencia habitual del trabajador que se produzcan durante el transcurso de la relación laboral, y que no se hayan comunicado por éste a su empresa, no producirán ningún efecto en relación con las disposiciones de este Convenio General y demás normativa que sea de aplicación. 3. Los cambios de residencia habitual del trabajador, que no vengán obligados por decisiones de su empresa, no darán lugar, por sí solos, a derecho o compensación alguna a su favor, aunque, como es preceptivo, le deban ser comunicados a ésta. 4. A los efectos del presente capítulo, se entenderá que un desplazamiento implica cambio de residencia habitual, cuando razonablemente imposibilite o haga especialmente gravoso u oneroso al trabajador el desplazamiento diario al centro de destino desde dicha residencia, atendidas las circunstancias de distancia y tiempo invertido en recorrerla. En ningún caso se entenderá que un desplazamiento implica cambio de residencia, cuando, con respecto al centro de trabajo de destino, se produzca alguna de las siguientes circunstancias: a) Que esté ubicado en el mismo término municipal que el de procedencia. b) Que se encuentre más próximo de la residencia habitual del trabajador que el centro de procedencia* " .



5.- Concluyendo la citada STS/IV 16-febrero-2015 que:

<< Un estudio lógico sistemático de los preceptos que regulan la movilidad geográfica nos muestra que las indemnizaciones por desplazamiento (locomoción, manutención y alojamiento) sólo se devengan por los trabajadores desplazados o trasladados de un centro de trabajo a otro diferente tan distante de su residencia habitual que haga que sea penoso, gravoso y oneroso el desplazamiento del trabajador a diario al centro de trabajo. En estos supuestos de desplazamientos y traslados que impliquen cambio de la residencia declarada por el operario se devengan las indemnizaciones extrasalariales controvertidas, salvo que se trate de trabajadores contratados para prestar sus servicios en centros de trabajo móviles o itinerantes que sean cambiados a un centro de trabajo distinto de la misma empresa. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga a estimar el recurso examinado, por cuanto los sucesivos contratos que el trabajador recurrente firmó eran para obra determinada y fueron suscritos en el lugar donde radicaba la obra, según el ordinal segundo del relato de hechos probados que referencia en concreto cada uno de los ocho contratos firmados y su objeto, a la par que da por reproducidos los diferentes contratos donde consta el lugar en el que se pactaron y firmaron, localidad que coincide con la de ejecución de la obra objeto del acuerdo. De este hecho probado se desprende que las dietas cobradas por alojamiento y manutención no era debidas, conforme al convenio colectivo, ni al artículo 40-1 del ET, ya que el contrato no obligaba a cambiar al trabajador de residencia, pues ese cambio lo daba por supuesto la suscripción del acuerdo en el lugar de ejecución de la obra. Si las dietas no eran debidas por disposición legal o convencional, al no existir desplazamiento o traslado en términos legales o convencionales por celebrarse el contrato de prestación de servicios en el lugar de ejecución de la obra que constituía su objeto, es claro que lo abonado por ese concepto tenía carácter salarial y no compensatorio de gastos por desplazamientos a los que no obligaba el contrato. Es precisamente la inexistencia del deber de desplazarse de un centro de trabajo a otro por imposición empresarial el dato que sirve para calificar la naturaleza jurídica de las indemnizaciones, pagadas, por cuánto las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen y corresponde a los Tribunales la calificación jurídica de los hechos y de los contratos, según constante jurisprudencia que por lo reiterada no es preciso citar >>.

<< Las afirmaciones de la sentencia recurrida, contenidas en su fundamento segundo, sobre que no consta que esas indemnizaciones se cobrasen durante las vacaciones, lo que hacía presumir que sólo se cobraban por día trabajado, afirmación que parece imponer la carga de la prueba de ese dato al trabajador no son estimables por lo antes razonado: si las dietas por gastos de manutención y alojamiento no son debidas por no existir un cambio de centro de trabajo impuesto por el patrono, ni por un contrato que se firmó en el lugar de ejecución de la obra que constituía su objeto, sin que se pactase que el derecho del trabajador a cobrar las indemnizaciones por gastos cuya naturaleza se cuestiona. Por ello, cual se ha dicho, el concepto abonado como compensatorio tiene naturaleza salarial y el hecho de que se abonará sólo por día trabajado no desvirtúa lo dicho, porque, aparte que se trata de una presunción cuya fuerza decae examinando que en las nóminas consta su pago treinta días al mes, resulta que existen complementos salariales que sólo se pagan por día de trabajo, lo que debilita, igualmente, la presunción y hace dudar de que la carga de la prueba incumbiera al trabajador y no a quien tenía mayor facilidad probatoria por disponer de los documentos oportunos (art. 217 LEC), situación ante la que, al no existir obligación legal, convencional o contractual de pagar obliga a concluir, cual se dijo antes, que estamos ante una percepción económica que tiene naturaleza salarial, conforme al artículo 26-1 del ET >>.

6.- Las anteriores consideraciones obligan a estimar también en este extremo el recurso del trabajador, a casar en este punto la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de declarar que su salario diario a efectos de la indemnización por despido es de 120,25 euros diarios, lo que deberá tenerse en cuenta por la Sala de suplicación a los efectos de fijar la correspondiente indemnización por despido en relación con lo que se resuelva sobre la antigüedad del demandante cuestión omitida incongruentemente en la sentencia que se anula . Sin costas (art. 235.1 LRJS).

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

FALLAMOS

Estimamos en la forma expuesta el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don Fernando , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 13-septiembre-2013 (rollo 1259/2013), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por el referido trabajador contra la sentencia de fecha 18-mayo-2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid (autos 1370/2011), en procedimiento seguido a instancia del citado recurrente contra las empresas "MIVISA, S.A." y "EPSA INTERNACIONAL, S.A.". Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida, retro trayendo las actuaciones al momento de dictar sentencia, devolviéndose lo actuado a la Sala " a quo ", a fin de que dicte nueva sentencia en la que resuelva sobre el motivo omitido relativo a la antigüedad pretendida del



demandante, con las consecuencias a ello inherentes, y declarando que el salario diario del recurrente a efectos de la indemnización por despido es de 120,25 euros diarios, lo que deberá tenerse en cuenta por la Sala de suplicación a los efectos de fijar la correspondiente indemnización por despido en relación con lo que se resuelva sobre la antigüedad del demandante cuestión omitida incongruentemente en la sentencia que se anula. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,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. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ