



Roj: **STS 1914/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1914**

Id Cendoj: **28079140012020100401**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2020**

Nº de Recurso: **4009/2017**

Nº de Resolución: **338/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4009/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 338/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 14 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por ABEINSA EPC, S.L. representada y asistida por el letrado D. Antonio Polo Guerrero contra la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 3021/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla, en autos nº 1143/2014, seguidos a instancias de D. Bernabe contra Abeinsa EPC, S.L. , siendo parte Fogasa, sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Bernabe representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Isabel Cañedo Vega y asistido por el letrado D. Martiniano López Fernández.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Don Bernabe contra Abeinsa EPC S.A. en reclamación por DESPIDO, debo declarar y declaro el mismo como DESPIDO OBJETIVO PROCEDENTE, condenando estar y pasar por esta declaración, debiendo abonar la empresa al trabajador la cantidad de 8290,7 € en concepto de parte de la indemnización por despido objetivo.



Todo ello sin hacer expreso pronunciamiento, por ahora, respecto del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) pero sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria en los casos en que fuera legalmente procedente, de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico tercero de esta resolución."

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"1) Don Bernabe comenzó a prestar servicios para Abeinsa Estructuras y Medio Ambiente el 10 de noviembre de 2008, subrogándose en la relación laboral Abeinsa EPC S.A. en fecha 17 de julio el 2012, mediante comunicación que obra al folio 126 de las actuaciones y que se da por reproducida. El trabajador ostentaba la categoría profesional de ingeniero técnico, percibiendo por ello un salario mensual a efectos de despido de 5703,9 euros, suma que incluye un "complemento de destino extranjero" por importe de 2480,24 €.

2) A fecha 20 de octubre de 2014 se había ejecutado un 94 por ciento de la construcción de la planta desaladora sita en Nunga (Ghana) en la que el trabajador estaba destinado, finalizando poco tiempo después.

3) Que el día 20 de octubre de 2014, se le entrega a la parte actora, carta de despido, con fecha de efectos de dicho día, por causas objetivas de naturaleza organizativa y productiva, en concreto se le indica que está prácticamente finalizada la obra del proyecto de construcción de una planta desaladora en Nunga (Ghana) (se ha concluido un 94 por ciento de la fase de construcción), no siendo precisa su labor por cuanto la asume el director de construcción, no siendo posible asignarle otro puesto de trabajo acorde a sus cualidades profesionales existiendo por ello un claro desajuste entre el volumen de la actividad en la obra y el volumen de la plantilla.

Al trabajador se le entrega la cantidad de 19.322,77 €, de los cuales 14.212,90 €, se reciben en concepto de indemnización por despido objetivo y 1776,6 € en concepto de preaviso.

La comunicación obra a los folios 9 a 12 de las actuaciones y se da por reproducida.

4) Con fecha 5 de noviembre de 2014, se presentó la correspondiente solicitud de conciliación, que se tuvo por celebrada sin avenencia con fecha 9 de diciembre de 2014. La presente demanda se interpuso el día 12 de noviembre de 2014."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, las respectivas representaciones letradas de ambas partes (Abeinsa EPC, S.L. y D. Bernabe ) formularon recursos de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, dictó sentencia en fecha 13 de septiembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por el Letrado Don Martiniano López Fernández, en nombre y representación de Don Bernabe ; y, con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el Letrado Don Antonio Polo Guerrero, en nombre y representación de ABEINSA EPC, S.A., ambos contra la sentencia dictada el 28 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Social número 11 de los de Sevilla, recaída en autos nº 1143/2014 sobre despido, revocamos dicha sentencia dejándola sin valor ni efecto; en su lugar, y con estimación de la demanda, declaramos la improcedencia del despido y condenamos a la demandada ABEINSA, EPC, S.L. a que, en plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir al trabajador Don Bernabe en su puesto de trabajo con las mismas condiciones que tenía antes del despido y le abone los salarios dejados de percibir desde el despido a la notificación de esta sentencia, a razón de 187,53 euros diarios, con las deducciones que legalmente correspondan, pudiendo deducir de los mismos la cantidad de 14.212,90 euros ya abonados como indemnización; o indemnizarle con la suma de 45.147,85 euros, de los que podrá deducir la cantidad de 14.212,90 euros ya abonados como indemnización, extinguiéndose en este caso la relación laboral en la fecha del despido sin derecho a salarios de trámite. Condenamos en costas a la empresa, que pierde el depósito efectuado para recurrir, debiendo darse a la consignación efectuada el destino legal."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, la representación letrada de Abeinsa EPC, S.L. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía de fecha 15 de diciembre de 2016, rec. Suplicación 87/16 para el primer motivo del recurso, y con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 16 de febrero de 2015, rcud. 3056/2013 para el segundo motivo del recurso.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que interesa la desestimación del recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 15 de abril de 2020, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.



Se inició la deliberación telemáticamente el día 15 de abril de 2020, en el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con varias prórrogas, y se concluyó en la fecha su firma.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- Es objeto del presente recurso la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de septiembre de 2017 (Rec. 3021/2016) que revoca la sentencia de instancia, y con estimación de la demanda declara la improcedencia del despido.

Consta acreditado que el trabajador prestaba servicios para la empresa Abeinsa Estructuras y Medio Ambiente desde el 10 de noviembre de 2008 subrogándose en la relación laboral Abeinsa EPC S.A. el 17 de julio de 2012. El trabajador tenía la categoría profesional de ingeniero técnico. El 20 de octubre de 2014 se había ejecutado un 94% de la construcción de la planta desaladoras de Nunga (Ghana) donde prestaba servicios el trabajador. El 20 de octubre de 2014 se le entregó carta de despido por causas objetivas de naturaleza organizativa sida indicando que está prácticamente finalizada la obra en construcción.

2.- En suplicación se admitió la adición de un nuevo hecho probado en los siguientes términos: en fecha 1 de octubre de 2012 las partes suscriben un acuerdo de condiciones de expatriación.

En su recurso el trabajador denunció la vulneración de los artículos 26.1, 53.1. b) y 53.4 del ET, alegando que el artículo 26.1 del ET establece una presunción del carácter salarial de la totalidad de las percepciones económicas del trabajador que no ha sido desvirtuada por la empresa. La Sala razonó que este motivo estaba conectado con el recurso de la empresa que sostenía que para determinar la naturaleza jurídica salarial o extra salarial del plus de desplazamiento al extranjero debía estarse al contenido del acuerdo de expatriación.

Centró el Tribunal Superior de Justicia la controversia en si el acuerdo respondía a la intención de las partes de fijar una retribución complementaria por las condiciones de trabajo en el extranjero o a una compensación por los gastos suplidos en que debía incurrir el trabajador, y partiendo de la naturaleza presuntamente salarial incumbe la empresa desvirtuar la misma. Citando varias sentencias de la misma Sala se declara la naturaleza salarial del plus de expatriación controvertido.

Respecto a si la no inclusión del importe del plus de expatriación se debe a un error excusable o inexcusable, la Sala concluye que no se produce un mero error de cálculo aritmético ni ante una estructura salarial o a una relaciones jurídicas complejas, sino ante la intencionalidad empresarial (a la que se presume importante recursos jurídicos al ser una sociedad integrante de un grupo multinacional) de reducir injustamente la indemnización legal del trabajador, por lo que se concluye que no existió tal error excusable.

**SEGUNDO.-** 1.- Recurre la empresa en casación unificadora y articula su recurso en dos motivos:

A.- El primer motivo tiene por objeto examinar el carácter extra salarial de las dietas por suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral. Invoca como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de diciembre de 2016 (R. 87/16).

En la certificación de dicha sentencia efectuada por la Letrada de la Administración de Justicia, se hace constar que la misma no es firme, al haberse interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina.

Como tiene reiteradamente señalado esta Sala IV/TS, entre otras, STS/IV de 2 de febrero de 2013 (rcud. 956/2012):

<< 1.- El recurso de casación unificadora exige la existencia de sentencia o sentencias que puedan calificarse de contradictorias y en las que la parte recurrente fundamente cada uno de los puntos de contradicción y, además, se precisa que dicha sentencia o sentencias sean firmes (arg. ex arts. 219.1, 221.2.b y 3, 224.3 y 4 LRJS); regulando el citado art. 219.1 LRJS la finalidad y presupuestos del citado recurso, al preceptuarse que " *El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos*".

2.- Respecto al momento en que debe ser firme la sentencia o sentencias invocadas como contradictorias, la doctrina de esta Sala IV a partir de la STS/IV 14-julio-1995 (rcud 3560/1993, dictada en Sala General), había venido interpretando, en aplicación de la normativa contenida en la ahora derogada Ley de Procedimiento Laboral (LPL), que la sentencia de contraste debía ser firme, como límite máximo, en el momento de dictarse la recurrida que nace contradictoria; y " *que la firmeza de la sentencia de contraste debe haberse producido antes de publicarse la sentencia recurrida es requisito que ha reiterado esta Sala en sus sentencias de 9 de julio de*



2008 (Rec 2814/2007 ), 5 y 21 de febrero de 2008 ( Rec 4768/2006 y 493/2007 ) y 10 de febrero de 2009 (Rec 92/2008 )" ( STS/IV 30- abril-2012 -rcud 1348/2011).

3.- La LRJS, con una finalidad flexibilizadora para ampliar hasta el límite máximo posible la admisión del citado recurso en aras a la seguridad jurídica para evitar la pervivencia de resoluciones contradictorias, – en especial en los frecuentes supuestos (afectantes, en muchas ocasiones, a los diversos trabajadores de una misma empresa en identidad de situación y pretensiones y con procedimientos no acumulados) en los que puede haber asuntos iguales resueltos contradictoriamente en fechas muy cercanas –, retrasó el momento en que la sentencia de contraste debía ser firme, ampliándolo, literalmente, hasta la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso. Así se deduce de los diversos preceptos procesales en los que se hace referencia a tal extremo, en concreto:

a ) Del relativo a la forma y contenido del escrito de preparación del recurso, en el que se preceptúa que " *Las sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso*" ( art. 221.3 LRJS). (...)

4.- De todos los preceptos citados se deduciría literalmente que el momento final en el que debía haber adquirido firmeza la sentencia que se pretenda aportar como contradictoria es el momento o fecha " *de finalización del plazo de interposición del recurso*".>>

En el presente caso, el escrito de preparación del recurso se presenta ante esta el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla) en fecha 28/09/2017, y el escrito de interposición del recurso en fecha 31/10/2017.

La sentencia designada de contraste, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de diciembre de 2016 (R. 87/16), no era firme ni en la fecha de preparación del recurso ni en la de su interposición/ó finalización del plazo de interposición del recurso, ya que el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la misma, fue resuelto por sentencia de esta Sala IV/TS en fecha 29 de enero de 2019 (rcud. 1091/2017), por lo tanto la sentencia referencial no es idónea para fundamentar el motivo de recurso para el que se invoca. A mayor abundamiento ha de señalarse que dicha sentencia estima en parte el recurso de suplicación formulado por el allí demandante, siendo su parte dispositiva del siguiente tenor literal:

<<1º.- Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Juan Fernández León, en nombre y representación de Don Eutimio .

2º.- Revocar la sentencia dictada por el TSJ de Andalucía (sede Sevilla) en fecha 15 de diciembre de 2016 (rec. 87/2016), que a su vez confirmaba la que en fecha 1 de octubre de 2015 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 1 de Sevilla (autos 1184/2014).

3º.- Resolver el debate suscitado en Suplicación, estimando en parte el de tal clase formulado por el recurrente, estimando en parte la demanda y condenando a la empresa ABEINSA EPC a que abone a D. Eutimio la cantidad reclamada en concepto de indemnización incluyendo en el cálculo de la misma el importe correspondiente al plus de expatriación, si bien computando exclusivamente la parte proporcional correspondiente al periodo en que se percibió durante el año anterior al despido.

4º.- Sin imposición de costas.>>.

La falta de idoneidad de la sentencia de contraste determina la desestimación del motivo de recurso, sin mayor consideración.

B.- El segundo motivo plantea la consideración de error excusable que tiene la exclusión del importe del plus de expatriación en la determinación del importe de la indemnización prevista para el despido objetivo que ha de ser puesta disposición del trabajador.

a.- Invoca como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo el 16 de febrero de 2015 (rcud. 3056/2013).

Consta en la referencial que el actor prestaba servicios para la empresa Mivisa SA desde el 12 de marzo de 2007 con la que había suscrito 10 contratos por obra o servicio determinado en el periodo de cuatro años como conductor de camiones. El 8 de julio de 2011 la empresa le comunicó la extinción del contrato por finalización de la obra. El 25 de agosto de 2011 la empresa reconoció la improcedencia del despido consignando las cantidades correspondientes al despido improcedente salarios de tramitación en el juzgado de lo social. La sentencia de suplicación condenó a la empresa a abonar al actor la indemnización fijada en instancia y los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de sentencia.

En casación el trabajador solicitó que se computarán las dietas cobradas como salario a efectos de cálculo de la indemnización por despido. Esta Sala razonó que las dietas cobradas por alojamiento y manutención no era debidas, conforme al convenio colectivo, ni al artículo 40-1 del E.T., 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, lo abonado por ese concepto tenía carácter salarial y no compensatorio de gastos por desplazamientos a los que no obligaba el contrato. La naturaleza jurídica de las indemnizaciones se deducía de la inexistencia del deber de desplazamiento de un centro a otro por imposición empresarial, por lo que al no existir obligación legal, convencional, o contractual de pagar la percepción económica tenía naturaleza salarial conforme al artículo 16.1 ET. La Sala resuelve asimismo la contradicción que se produce entre la consideración del carácter salarial de las cantidades controvertidas y la cuantía de la indemnización por despido improcedente que resulta menor de la debida, considerando el error de la empresa excusable por la dificultad jurídica existente en calificar como salarial las percepciones indemnizatorias por traslado, ya que existen resoluciones judiciales contradictorias con las que particular que evidencian esta dificultad de calificación.

b.- 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", 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), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

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).

c.- Partiendo de dicha doctrina, entre las sentencias comparadas, no cabe apreciar, la existencia de contradicción al existir relevantes diferencias en las circunstancias concurrentes. Así, en la sentencia recurrida, el trabajador fue expatriado tras suscribir un documento denominado "condiciones de expatriación" en el que se fijaron las condiciones que habrían de regir sus relaciones con la empresa durante el periodo de expatriación. En la referencial, en cambio, había suscrito 10 contratos por obra o servicio determinado en el periodo de cuatro años, y los diferentes contratos fueron pactados y firmados en la localidad que coincidía con la de la ejecución de la obra objeto del acuerdo, por lo que no existía desplazamiento o traslado en términos legales.

En consecuencia, no concurren los requisitos exigidos por el art. 219 LRJS, lo que determina asimismo la desestimación de este motivo de recurso.

**TERCERO.-** Por cuanto antecede, el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado, no debió ser admitido a trámite al concurrir causa de inadmisibilidad. La inobservancia de las normas procesales que establece este requisito formal es causa que sustenta en la fase en la que nos encontramos la desestimación del recurso interpuesto, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, declarando en consecuencia la firmeza de la sentencia impugnada. Con imposición de las costas a la recurrente, fijando los honorarios del letrado de la demandante impugnante del recurso en la cuantía de 1.500 euros, con pérdida del depósito constituido para recurrir, y dando a las consignaciones efectuadas para asegurar el pago, el destino legal.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido  
:

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Antonio Polo Guerrero en nombre y representación de ABEINSA EPC, S.A., contra la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla), en el recurso de suplicación nº 3021/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2016, dictada por el





Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla, en autos nº 1143/2014, seguidos a instancia de D. Bernabe frente a la empresa ABEINSA EPC, S.A.

2º.- Declarar la firmeza de la sentencia impugnada.

3º.- Imponer las costas a la recurrente, fijando los honorarios del letrado del demandante impugnante del recurso en la cuantía de 1.500 euros.

4º.- Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, dando a las consignaciones efectuadas para asegurar el pago, el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ