

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 730/2020, de 30 de julio de 2020**Sala de lo Social**Rec. n.º 324/2018***SUMARIO:**

Trabajador fijo discontinuo. Despido. Cómputo de la antigüedad en el cálculo de la indemnización sin descontar los períodos de inactividad. Tanto la doctrina del TJUE como la del propio Tribunal Supremo que, a efectos retributivos y de promoción profesional (trienios), incluyen los períodos en los que el trabajador fijo discontinuo no ha prestado servicios, no se aplica, sin embargo, al cálculo de la indemnización por despido. Conforme al tenor literal de la norma (art. 56.1 del TRET: “por año de servicio”), esos períodos de inactividad no deben computarse a efectos indemnizatorios. La indemnización por despido constituye una compensación por la extinción del contrato que tiene naturaleza extrasalarial y que se calcula sobre la base del tiempo de servicio, con los topes legales. Durante los períodos de inactividad no se produce dicha prestación de servicios, por lo que no puede computarse con esta finalidad. Al contrario de lo previsto en la doctrina comunitaria, a través del Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (Asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, AEAT), que argumenta que ya se repercute en el importe, en el caso los trienios, una reducción proporcionada de la retribución, por el contrario, la indemnización por despido se calcula sobre la base del salario del último mes, sin disminución alguna, por lo que si se incluyeran tanto los períodos de actividad como los de inactividad la indemnización por despido no se basaría en el tiempo de servicios sino en el lapso total transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta su finalización y no guardaría proporción con la efectiva prestación de servicios en la empresa. Asimismo, entiende la Sala que no concurre discriminación pues un trabajador fijo discontinuo percibirá la misma indemnización por despido que un trabajador fijo a tiempo completo que haya prestado servicios laborales durante un lapso temporal igual a la suma de los períodos de ocupación del fijo discontinuo y que perciba el mismo salario regulador del despido. En definitiva, la indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos no se calcula sobre la base de los años naturales en que haya estado en la empresa sino con base en los períodos de actividad, en los que el trabajador haya prestado efectivamente servicios.

PRECEPTOS:

RDLeg 2/2015 (TRET), arts. 16 y 56.1

PONENTE:*Don Juan Molins García-Atance.*

Magistrados:

Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Don MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Don JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 324/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 730/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 30 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado don Mariano Zaballos Bertomeu, en nombre y representación de la mercantil Transportes Caudete SA, contra la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en recurso de suplicación nº 1287/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Albacete, en autos nº 820/2016, seguidos a instancia del trabajador don Efrain contra la mercantil Transportes Caudete SA.

Ha comparecido en concepto de recurrido don Efrain, representado y asistido por el letrado don Agustín Zamora Pocoví y el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), representado y asistido por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En fecha 5 de mayo de 2017, el Juzgado de lo Social número Dos de Albacete, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que ESTIMANDO la demanda interpuesta a instancia de D. Efrain, asistido por el Letrado D. Agustín Zamora Pocoví, contra la mercantil, Transportes Caudete, S.A, asistida por el Letrado D. Mariano Zaballos Bartomeu, debo DECLARAR Y DECLARO LA IMPROCEDENCIA del despido del que ha sido objeto D. Efrain, con fecha 26 de octubre de 2016, y, en consecuencia debo condenar y condeno a estar y pasar a Transportes Caudete, SA, por la anterior declaración, debiendo optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre la readmisión o el abono al actor, en concepto de indemnización la cantidad de TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SEIS EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (34.506,82€) con abono, en caso de readmisión, de los salarios de tramitación legalmente procedentes.

Asimismo, DEBO CONDENAR Y CONDENO a Transportes Caudete, S.A. a que abone al actor, la cantidad de MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE EUROS (1.987€) por horas extraordinarias realizadas, que devengará el 10% de interés por mora.

El Fondo de Garantía Salarial responderá de las consecuencias económicas previstas en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y siempre dentro de los límites establecidos en el mencionado precepto".

Segundo.

Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La parte actora, D. Efrain, con DNI NUM000, venía prestando servicios por cuenta de la mercantil Transportes Caudete, S.A., con antigüedad de 1 de enero de 2003, mediante la suscripción de contrato de trabajo fijo-discontinuo, si bien, entre enero de 2003 y agosto de 2006, lo hizo mediante contratos de trabajo por obra o servicio, en los mismos períodos que cuando lo ha hecho como fijo discontinuo. El trabajo lo ha realizado con categoría profesional de conductor mecánico y, su salario lo ha sido conforme a Convenio Colectivo de Mercancías por Carretera de la provincia de Albacete, abonado mensualmente mediante transferencia bancaria, resultando a efectos de despido un salario de 61,02€/diarios, con inclusión tanto de pagas extraordinarias, como de horas extraordinarias. El trabajador no ha ostentado cargo alguno de representación de los trabajadores.

Segundo.

Con fecha 26 de octubre de 2016 le fue notificada al actor comunicación extintiva, por medio de la cual se establece la comisión de una falta calificada como muy grave, por los siguientes hechos (documento acompañado al escrito de demanda, que se da aquí por reproducido):

" Se equivoca de Humanes (población), se va a Humanes de Guadalajara en vez de a Humanes de Madrid, ignorando el código postal de las instrucciones.

Golpe al semirremolque por negligencia e inatención.

Sufre un robo durante su descanso nocturno en Betxi en una zona peligrosa, motivado por contravenir órdenes verbales de tráfico, indisciplina.

Sale con un viaje de exportación y, para dormir a las dos horas de haber cargado conociendo el imperativo legal de la descarga en destino. Esta situación se repite en otra ocasión.

Coge la Autopista AP7 dice que en el manual no pone que no se puedan coger cuando se ha dicho reiteradamente y verbalmente que por costo y salvo urgencias que deben autorizar tráfico no se debe coger.

Decide retrasar su inicio de jornada en un retorno desde Irún, sabiendo que las 20 horas de esa jornada debe de iniciar su descanso normal semanal de 45 horas, alargando el descanso diario previo en 14 horas, llegando a Caudete a las 21:15 horas" .

Tercero.

Con fecha 20 de octubre de 2016, la empresa demandada inició un expediente sancionador al demandante por los hechos que posteriormente fueron referidos en la carta de despido (documento nº 3 del ramo de prueba de la parte demandada, que se da aquí por íntegramente reproducido). El trabajador recibió una copia y mostró su no conformidad.

El Sr. Efrain formuló alegaciones por escrito con fecha 21 de octubre de 2016, ante la dirección de Transportes Caudete, S.A., alegando que los hechos contenidos en la carta de despido son falsos, solicitando la finalización de la instrucción del expediente con su archivo sin imposición de sanción alguna (documento nº 2 del ramo de prueba de la parte demandada). El trabajador estuvo sin trabajar desde el día 20 de octubre de 2016 que se le entregó el escrito iniciador del expediente sancionador hasta el día 26 de octubre de 2016 en que fue despedido.

Cuarto.

Entre la mercantil, Transportes Caudete y D. Efrain se han suscrito los siguientes contratos de trabajo (contratos de trabajo y vida laboral del demandante, obrantes al ramo de prueba de la parte actora y cuadrante de la empresa, documento nº 5 y contratos de trabajo documentos números 30 a 48 del ramo de prueba de la parte demandada), documentos que se dan aquí por reproducidos:

1º.- Desde el día 1 de enero de 2003 hasta el día 7 de julio de 2003, mediante contrato a tiempo completo, eventual por circunstancias de la producción; percibiendo prestación de desempleo desde el día 6 de agosto de 2003 hasta el día 21 de octubre de 2003.

2º.- Desde el día 22 de octubre de 2003 hasta el día 19 de agosto de 2004, mediante contrato a tiempo completo por obra o servicio determinado; percibiendo prestación de desempleo desde el día 30 de agosto de 2004 hasta el día 5 de noviembre de 2004.

3º.- Desde el día 6 de noviembre de 2004 hasta el día 3 de septiembre de 2005, mediante contrato a tiempo completo, por obra o servicio determinado; percibiendo prestación de desempleo desde el día 19 de septiembre de 2005 hasta el día 26 de octubre de 2005.

4º.- Desde el día 3 de noviembre de 2005 hasta el día 11 de agosto de 2006, mediante contrato a tiempo completo por obra o servicio determinado; percibiendo prestación de desempleo desde el día 2 de septiembre de 2006 hasta el día 13 de octubre de 2006.

5º Desde el día 14 de octubre de 2006 hasta el día 11 de agosto de 2007, mediante contrato fijo discontinuo; percibiendo prestación de desempleo desde el día 29 de agosto de 2007 hasta el día 29 de octubre de 2007.

6º.- Desde el día 30 de octubre de 2007 hasta el día 27 de agosto de 2008, mediante contrato fijo discontinuo; percibiendo prestación de desempleo desde el día 13 de septiembre de 2003 hasta el día 27 de octubre de 2008.

7º.- Desde el día 28 de octubre de 2008 hasta el día 23 de agosto de 2009, mediante contrato fijo discontinuo; percibiendo prestación de desempleo desde el día 15 de septiembre de 2009 hasta el día 27 de octubre de 2009.

8.- Desde el día 28 de octubre de 2009 hasta el día 7 de agosto de 2010, mediante contrato fijo discontinuo; percibiendo prestación de desempleo desde el día 29 de agosto de 2010 hasta el día 7 de octubre de 2010.

9.- Desde el día 8 de octubre de 2010 hasta el día 4 de agosto de 2011, mediante contrato fijo discontinuo.

10.- Desde el día 11 de octubre de 2011 hasta el día 4 de agosto de 2012, mediante contrato fijo discontinuo; percibiendo prestación de desempleo desde el día 25 de agosto de 2011 hasta el día 20 de septiembre de 2012.

11.- Desde el día 5 de octubre de 2013 hasta el día 3 de agosto de 2013; percibiendo prestación de desempleo desde el día 27 de agosto de 2013 hasta el día 7 de octubre de 2013.

12.- Desde el día 8 de octubre de 2013 hasta el día 3 de octubre de 2014, mediante contrato fijo discontinuo; percibiendo prestación de desempleo desde el día 15 de agosto de 2014 hasta el día 21 de octubre de 2014.

13.- Desde el día 22 de octubre de 2014 hasta el día 31 de julio de 2015, mediante contrato fijo discontinuo; percibiendo prestación de desempleo desde el día 21 de agosto de 2015 hasta el día 9 de octubre de 2015.

14.- Desde el día 10 de octubre de 2015 hasta el día 25 de julio de 2016, mediante contrato fijo discontinuo; percibiendo prestación de desempleo desde el día 13 de agosto de 2016 hasta el día 19 de octubre de 2016.

15.- Desde el día 20 de octubre de 2016 hasta el día 26 de octubre de 2016, contrato fijo discontinuo.

Quinto.

El demandante reclama la cantidad de 1.987 €, atendiendo a lo dispuesto en su tarjeta de conducción, al haber realizado un exceso en la jornada estipulada que conlleva el impago de dicha cantidad, comprendido entre los meses de noviembre de 2015 a julio de 2016, conforme al desglose que se adjunta en la demanda como Anexo I, que se da aquí por íntegramente reproducido.

Sexto.

El Artículo 24 del Convenio Colectivo aplicable, de Transportes de Mercancías por carretera de la provincia de Albacete par los años 2015-2016-2017, se establece que la jornada laboral de los trabajadores afectados por este Convenio será la legalmente establecida. La jornada de trabajo será de 1.826 horas anuales,

incluyéndose en dicho cómputo los dos días de permiso retribuido no recuperable. El artículo 25 regula las horas extraordinarias, y establece que durante la vigencia del presente Convenio las horas extraordinarias que se realicen tendrán el carácter de estructurales. Considerándose como tales las necesarias por períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno o mantenimiento. Estas horas quedarán sometidas a los topes legalmente establecidos en el Estatuto de los Trabajadores (documento nº 49 del ramo de prueba de la parte demandada, Convenio Colectivo).

Séptimo.

Se ha aportado en el acto de la vista, informe de horas compensación, elaborado por el trabajador de la empresa demandada D. Manuel (documento nº 52 del ramo de prueba de la parte demandada).

Octavo.

El día 13 de diciembre de 2016 se celebró ante la UMAC de Albacete, acto de conciliación que terminó sin avenencia".

Tercero.

Contra la anterior sentencia, por la representación letrada de la mercantil Transportes Caudete SA, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, dictó sentencia en fecha 2 de noviembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación de TRANSPORTES CAUDETE S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Albacete, de fecha 5/5/17 , en los autos número 820/16, siendo recurrido D. Efrain y FOGASA, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos en todos sus aspectos la sentencia de instancia, CON imposición de costas a la recurrente comprensivas de honorarios de letrado de la parte contraria por importe de 400 euros y pérdida de depósitos".

Cuarto.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, por la representación letrada de la mercantil Transportes Caudete SA, se 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 Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en fecha 17 de febrero de 2011, recurso 1047/2010.

Quinto.

Se admitió a trámite el recurso y tras ser impugnado por la parte recurrida, D. Efrain, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser considerado improcedente. Por providencia de fecha 29 de mayo de 2020, y por necesidades de servicio, se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Molins García- Atance, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 23 de julio de 2020, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. El objeto del presente recurso de casación unificadora consiste en determinar cómo debe calcularse la indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos: si deben computarse o no los periodos de inactividad o entre campañas. Los extremos esenciales para el examen de la controversia son los siguientes:

1) El actor prestó servicios laborales para la empresa Transportes Caudete SA en virtud de cuatro contratos temporales que se prolongaron del 1 de enero de 2003 al 7 de julio de 2003; del 22 de octubre de 2003 al 19 de agosto de 2004; del 6 de noviembre de 2004 al 3 de septiembre de 2005; y del 3 de noviembre de 2005 al 11 de agosto o de 2006.

2) Posteriormente suscribió un contrato fijo discontinuo, en virtud del cual prestó servicios en los periodos siguientes: del 14 de octubre de 2006 al 11 de agosto de 2007; del 30 de octubre de 2007 al 27 de agosto de 2008; del 28 de octubre de 2008 al 23 de agosto de 2009; del 28 de octubre de 2009 al 7 de agosto de 2010; del 8 de octubre de 2010 al 4 de agosto de 2011; del 11 de octubre de 2011 al 4 de agosto de 2012; del 5 de octubre de 2012 al 3 de agosto de 2013; del 8 de octubre de 2013 al 3 de agosto de 2014; del 22 de octubre de 2014 al 31 de julio de 2015; del 10 de octubre de 2015 al 25 de julio de 2016; y del 20 de octubre de 2016 hasta el día 26 de octubre de 2016, en que fue despedido.

3) Este trabajador interpuso demanda de despido contra la empresa Transportes Caudete SA. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social declaró la improcedencia de su despido, calculando la indemnización por despido desde la fecha de inicio de prestación de servicios del actor: el 1 de enero de 2003. Aunque esa sentencia no se pronunció expresamente acerca de si debían computarse los periodos de inactividad al calcular la indemnización por despido, la cuantía indemnizatoria fijada revela que la ha calculado desde el 1 de enero de 2003 al 26 de octubre de 2016, sin descontar los periodos de inactividad.

4) La empresa interpuso recurso de suplicación, que fue desestimado por la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en fecha 2 de noviembre de 2017, recurso 1287/2017.

5) La mercantil Transportes Caudete SA interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina en la que invocó como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife en fecha 17 de febrero de 2011, recurso 1047/2010.

2. En el escrito de impugnación del recurso de casación presentado por el actor se alega que la controversia suscitada en la sentencia de contraste es distinta de la sentencia recurrida, por lo que no concurre el presupuesto procesal de contradicción; que la parte recurrente incumple el requisito relativo a la relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada; y que la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina unificada. El Ministerio Fiscal niega que concorra el presupuesto procesal de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial.

Segundo.

1. En primer lugar debemos examinar el presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 219 de la LRJS, que 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 (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2019, recurso 2491/2018; 6 de noviembre de 2019, recurso 1221/2017 y 12 de noviembre de 2019, recurso 529/2017).

2. En el supuesto enjuiciado por la sentencia recurrida el trabajador había prestado servicios laborales en primer lugar mediante la suscripción de contratos temporales y posteriormente concertando un contrato fijo discontinuo cuyos periodos de actividad se extendían desde octubre de cada año hasta julio o agosto del siguiente, hasta que se extinguió la relación laboral. La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido, calculando la indemnización por despido sin descontar los periodos de inactividad. Contra ella recurrió en suplicación la mercantil Transportes Caudete SA. En el quinto motivo de dicho recurso alega que a los efectos de la indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos únicamente deben computarse los días en los que el trabajador haya prestado servicios en la empresa. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia examina ese motivo en su fundamento de derecho sexto, en el que desestima ese motivo de casación, confirmando la sentencia de instancia, que había calculado la indemnización por despido incluyendo los periodos de inactividad.

3. Por el contrario, la sentencia de contraste, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife en fecha 17 de febrero de 2011, recurso 1047/2010, calcula la indemnización por despido improcedente de los trabajadores fijos discontinuos descontando los periodos de inactividad. Concurre el

presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 219 de la LRJS porque en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones esencialmente iguales la sentencia recurrida y la referencial han llegado a conclusiones distintas. La primera calcula la indemnización por despido improcedente de los trabajadores fijos discontinuos incluyendo los periodos de inactividad y la segunda no.

4. En el escrito de impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina se alega que el recurrente incumple el requisito relativo a la relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. Sin embargo, el examen del escrito de interposición del recurso de casación unificadora revela que sí que se cumple dicho requisito: la parte recurrente identifica la sentencia recurrida y la referencial, explicitando los hechos y fundamentos de una y otra y relatando por qué concurre el presupuesto procesal de contradicción.

Tercero.

1. En el único motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), alegando que el demandante tenía la condición de trabajador fijo discontinuo, por lo que está justificada la interrupción de la prestación de servicios. La parte recurrente postula que la indemnización por despido improcedente se calcule sin computar los periodos de inactividad.

2. El contrato de trabajo fijo discontinuo se caracteriza por que existe una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad (sentencias del TS de 7 de mayo de 2015, recurso 343/2014; 24 de febrero de 2016, recurso 2493/2014; y 28 de septiembre de 2016, recurso 3936/2014). La sentencia del TS de 23 de octubre de 1995, recurso 627/1995, calculó el importe de la indemnización por despido improcedente de un trabajador fijo discontinuo "teniendo en cuenta el tiempo de servicios acreditado por los actores en las respectivas campañas".

3. Posteriormente, el auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 15 de octubre de 2019, asuntos C-439/18 y C-472/18, examinó la antigüedad, a los efectos de la adquisición del derecho a percibir trienios, de los trabajadores fijos discontinuos de la Agencia Tributaria, acordando:

"La cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial [...] y el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa y a una práctica empresarial nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, conforme a las cuales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los periodos efectivamente trabajados, excluyéndose por tanto los periodos en los que no se ha trabajado, mientras que esta normativa y esta práctica no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo."

De conformidad con el citado pronunciamiento del TJUE, el TS ha declarado que a los trabajadores fijos discontinuos de la Agencia Tributaria, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, se les computa todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado (sentencias del TS de 19 de noviembre de 2019, recurso 2309/17; 10 de diciembre de 2019, recurso 2932/17; y 19 de mayo de 2020, recurso 3625/2017).

Cuarto.

1. La citada doctrina del TJUE y del TS que, a efectos retributivos y de promoción profesional, incluye los periodos en los que el trabajador fijo discontinuo no ha prestado servicios, no se aplica al cálculo de la indemnización por despido por las razones siguientes:

1) El art. 56.1 del ET fija la indemnización por despido improcedente en "treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año". Esta indemnización se calcula con dos variables (el salario diario y los años de servicio prorrateados por meses) y una constante. La variable relativa

a los años de servicio no puede incluir los periodos de inactividad del trabajador fijo discontinuo porque en ellos no realiza dicha prestación de servicios. Conforme al tenor literal de la norma, esos periodos no deben computarse a efectos indemnizatorios. La indemnización por despido constituye una compensación por la extinción del contrato que tiene naturaleza extrasalarial y que se calcula sobre la base del tiempo de servicio, con los topes legales. Durante los periodos de inactividad no se produce dicha prestación de servicios, por lo que no puede computarse con esta finalidad.

2) El citado auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos C-439/18 y C-472/18, argumenta que "ya se repercute en el importe anual de los trienios percibidos por los trabajadores en cuestión una reducción proporcionada de los derechos de los trabajadores a un componente de la retribución, conforme al principio de pro rata temporis, que refleja los períodos efectivamente trabajados y la fidelidad del trabajador que aquellos recompensan."

Por el contrario, la indemnización por despido se calcula sobre la base del salario del último mes trabajado (61,02 euros diarios que percibía el trabajador en los periodos de actividad). Si dicho salario diario se multiplicase por el número total de meses transcurridos desde que comenzó a prestar servicios en la empresa demandada el 1 de enero de 2003 hasta que se extinguió la relación laboral en fecha 26 de octubre de 2016 (diferenciando entre el periodo anterior al 11 de febrero de 2012 y el posterior), incluyendo tanto los periodos de actividad como de inactividad, la indemnización por despido no se basaría en el tiempo de servicio sino en el lapso total transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta su finalización y no guardaría proporción con la efectiva prestación de servicios en la empresa.

3) No se causa discriminación a los trabajadores fijos discontinuos. Un trabajador fijo discontinuo percibirá la misma indemnización por despido que un trabajador fijo a tiempo completo que haya prestado servicios laborales durante un lapso temporal igual a la suma de los periodos de ocupación del fijo discontinuo y que perciba el mismo salario regulador del despido. En ambos casos se computan los servicios efectivamente prestados con esta finalidad. Además, el trabajador que presta servicios a tiempo completo carece de las oportunidades de pluriempleo que tiene el trabajador fijo discontinuo, lo que justifica el régimen indemnizatorio de este último.

2. En definitiva, la indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos no se calcula sobre la base de los años naturales en que haya estado en la empresa sino con base en los periodos de actividad, en los que el trabajador haya prestado efectivamente servicios.

3. Si antes del contrato fijo discontinuo, la persona trabajadora ha prestado servicios para la misma empresa en virtud de contratos temporales, cuando dichos contratos se hayan celebrado en fraude de ley, existiendo una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad, la indemnización extintiva deberá calcularse incluyendo los periodos temporales amparados por dichos contratos temporales (sentencias del TS de 7 de mayo de 2015, recurso 343/2014; 24 de febrero de 2016, recurso 2493/2014; y 28 de septiembre de 2016, recurso 3936/2014).

Quinto.

1. El cálculo de la indemnización por despido debe efectuarse de conformidad con el art. 110.1 de la LRJS; con el art. 56.1 del ET y, al haberse iniciado la relación laboral con anterioridad al 12 de febrero de 2012, con la disposición transitoria undécima del ET.

Dicho cálculo debe hacerse sumando el tiempo en que la parte actora ha prestado servicios laborales para el empleador. Una vez sumados dichos periodos, el prorrateo de los días que exceden de un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo (sentencias del TS de 20 de julio de 2009, recurso 2398/2008; 20 de junio de 2012, recurso 2931/2011; y 6 de mayo de 2014, recurso 562/2013).

La indemnización correspondiente al periodo anterior al 12 de febrero de 2012 se calcula a razón de "cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año" (disposición transitoria undécima del ET). Ello significa que debemos contabilizar 89 meses en este primer periodo y que por cada uno de ellos se devengan 3,75 días indemnizatorios (45 días de salario anuales divididos por los 12 meses del año).

Debido a que los días indemnizatorios del primer periodo no superan los 720, también debe computarse el periodo de prestación de servicios posterior al 12 de febrero de 2012. En este segundo lapso temporal opera una indemnización de "treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año" (disposición transitoria undécima del ET).

Aplicando dicha norma debemos contabilizar 45 meses en el segundo periodo. Por cada uno de ellos se devengan 2,75 días indemnizatorios (33 días de salario anuales divididos por los 12 meses del año). Sumando las indemnizaciones de ambos periodos, con el tope de 720 días, la indemnización por despido improcedente se cifra en 27.916,65 euros.

2. Las precedentes consideraciones obligan, oído el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar en parte el recurso de tal clase, revocando la sentencia de instancia en cuanto a la cuantía de la indemnización por despido, que se fija en 27.916,65 euros, manteniendo sus restantes pronunciamientos. Se acuerda la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas. Se acuerda la devolución de los depósitos. Sin pronunciamiento sobre costas (art. 235 LRJS).

FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Transportes Caudete SA.

2. Casar y anular la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en fecha 2 de noviembre de 2017, recurso 1287/2017, que resolvió el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Albacete, en autos 820/2016.

3. Resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar en parte el recurso de tal clase, revocando la sentencia de instancia en cuanto a la cuantía de la indemnización por despido, que se fija en 27.916,65 euros, manteniendo sus restantes pronunciamientos.

4. Se acuerda la devolución parcial de las consignaciones. Se acuerda la devolución de los depósitos. Sin pronunciamiento sobre costas.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.