



Roj: **STS 3135/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3135**

Id Cendoj: **28079140012018100731**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2018**

Nº de Recurso: **472/2017**

Nº de Resolución: **790/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 472/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 790/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 19 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la Letrada D^a. Pilar Alfaro San Andrés, en nombre y representación de D. Virgilio , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 16 de septiembre de 2016, [recurso de Suplicación nº 3512/16], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona, autos 738/2014, en virtud de demanda presentada por la misma parte contra FCC Construcción, S.A., sobre CANTIDAD.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de enero de 2016, el Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que ESTIMO EN PARTE la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Virgilio contra FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. y el FOGASA, sobre reclamación de cantidad, y CONDENO a la empresa a abonar al actor la cantidad de 47.919,05 euros.».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: « **PRIMERO.-** El demandante prestó servicios contratado por la demandada desde el 10 de octubre de 2005, ostentando la categoría profesional de Ingeniero, ello en virtud de contrato temporal suscrito en la indicada fecha, y que se transformó en indefinido el 09/10/2007. Con carácter previo el actor había suscrito, en fecha 16/02/2004, un contrato de trabajo con la UTE "FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y COMSA, S.A. UTE", cuya vigencia duró hasta el día



9 de octubre de 2005.- **SEGUNDO.**- Con fecha 23 de Mayo de 2011 el actor suscribió con la demandada contrato de movilidad internacional para prestar mis servicios profesionales como Ingeniero en Toronto (Canadá), concretamente en el centro de trabajo sito en "Yonge Street. Suite 1801". Ontario. En la cláusula QUINTA del expresado contrato se estipulaba la siguiente retribución dineraria durante la expatriación: "a.-) Un salario bruto anual igual al que el trabajador venía percibiendo en su puesto de trabajo anterior que era de 41.055,00 euros que se denomina "Salario bruto anual de referencia" neto 30.382,37.-€ que se denominará "salario neto anual de referencia". b.-) Se establece un plus neto anual de expatriación de 23.759,01.-€ que se devengará por cada mes de estancia en el país de destino o parte proporcional correspondiente en caso de que sea inferior al mes.- c.-) A la suma del "salario neto anual de referencia" y del "plus neto anual de expatriación" se le denomina "salario neto anual de expatriación".- d.-) De esta forma se asignará al empleado para el desempeño de su función en Canadá un "salario bruto de expatriación" que se obtendrá añadiendo al salario neto anual de expatriación el impuesto de rendimiento del trabajo de las personas físicas y las cuotas de SS que resulten de aplicar la legislación correspondiente".- El trabajador tendrá derecho a disfrutar revisiones salariales de acuerdo con la política que la empresa determine.- Estas condiciones económicas tendrán vigencia durante el desplazamiento internacional y una vez finalizado este volverán a ser, como mínimo, iguales a las que tuviera en origen antes de la expatriación debidamente actualizada.- La cantidad que el trabajador percibe, computada anualmente y como superior a la establecida en su convenio por su categoría tendrá a todos los efectos la consideración de Complemento Personal y compensará y absorberá en su conjunto y en cómputo anual todo tipo de aumentos y mejoras que puedan establecerse por el Convenio Colectivo de aplicación".- **TERCERO.**- En la cláusula SEXTA del contrato señalado en el hecho probado anterior se establecían a cargo de la empresa otras condiciones asociadas a la expatriación: "1.- El alquiler de una vivienda adecuada a las condiciones de vida del país de destino.- 2.- Los gastos de viaje desde el domicilio del trabajador en España hasta el lugar de trabajo en el extranjero y los de retomo al acabar en la misma. Además abonará dos viajes al año al país de origen extensivo a todos los miembros de la misma que convivan en el mismo domicilio.- 3.- El importe total de la prima de un Seguro Médico establecido con una compañía aseguradora.- 4.- Los gastos de mudanza.- 5.- Clases para el aprendizaje del idioma del país de destino al empleado, cónyuge o pareja de hecho e hijos que se trasladen y convivan con el empleado con un tope máximo de un año y de 250 horas por persona".- **CUARTO.**- En la cláusula ONCE del repetido contrato se establecía la obligación empresarial de asumir lo siguiente: "1.- Un seguro de accidente que cubre el accidente con resultado de muerte, incapacidad permanente total o absoluta, incluyendo en el caso de los desplazados al extranjero el "Salario bruto Anual de Expatriación" a los efectos del cálculo de las indemnizaciones que les pudieran corresponder.- 2.- Seguro de asistencia en viajes para cubrir los gastos de repatriación en casos excepcionales".- **QUINTO.**- Con fecha 29 de Octubre de 2013, la empresa procedió a la comunicación a la representación legal de los trabajadores su intención de iniciar procedimiento de despido colectivo, iniciándose el periodo de consultas el 15 de Noviembre de 2013, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.2 del ET, desarrollándose un total de 11 reuniones a fin de llegar a la consecución de un acuerdo. Con fecha 15 de Diciembre de 2013, las partes dieron por finalizado el señalado Periodo de Consultas levantándose acta final con acuerdo respecto del procedimiento de despido colectivo y de las medidas de suspensión temporal de contratos de trabajo derivadas del Plan Social de Acompañamiento, que fue comunicado el 20 de Diciembre de 2013 a la Autoridad Laboral.- **SEXTO.**- Por carta de fecha 4 de marzo de 2014, se procedió a comunicar al actor la extinción de su contrato de trabajo con efectos de ese mismo día, al amparo de lo establecido en el art. 53 del E.T. por las causas de índole económica, productiva y organizativa que constan detalladas en la misma. En la referida carta se le indicaba que, de conformidad con el acta final de acuerdo las condiciones aplicables a la extinción serían, si optaba por la opción a) (voluntariamente por suscribir la carta en prueba de conformidad con el Acta de Acuerdo con la existencia de las causas legales invocadas y criterios de designación) las siguientes de conformidad con la cláusula segunda epígrafes D) 1 y E) 3 del Acta de Acuerdo: "-Derecho al percibo de una indemnización de 31 días de salario por año de servicio con el límite de 25 mensualidades y sujeto a un tope máximo de 150.000 euros por importe de 31.411,16 euros: - Derecho a percibir una indemnización adicional de 5.000 euros. - Abono de la liquidación reglamentaria y el importe equivalente a 15 días de preaviso omitido." **SÉPTIMO.**- El actor suscribió el recibí de la carta, en su opción a) antes transcrita, y se le entregaron dos cheques que comprendían los siguientes importes conceptos: - 36.411,16 euros como indemnización de 31 días de salario por año de servicio y la indemnización adicional de 5.000 euros.- 6.653,27 euros por 4 días de marzo, vacaciones, pagas extraordinarias y falta de preaviso.- **OCTAVO.**- Desde el inicio de su prestación de servicios en Canadá la empresa asumía los siguientes importes mensuales: - Abonaba al actor un salario de 6.533,77 euros, que incluía un plus de expatriación de 2.867,11 euros.- La empresa abonaba directamente el alquiler de la vivienda ocupada por el actor por importe de 1.672,27 euros, haciéndolo durante los doce meses del año.- Abonaba al actor el importe correspondiente a un seguro médico suscrito con la compañía ALLIANZ WORLDWIDE por importe de 224,50 euros mensuales. - Abonaba al actor el importe correspondiente a un seguro de accidentes por importe de 100 euros mensuales.- **NOVENO.**- La empresa puso a disposición del actor un vehículo de empresa NISSAN FRONTIER, cuyo importe mensual ascendía a 229,59 euros».



TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación legal de FCC Construcción, S.A., se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 16 de septiembre de 2016, en la que consta el siguiente fallo: «Estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto por FCC CONSTRUCCIÓN, S. A. contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número 31 de los de Barcelona en fecha de 11 de enero de 2016, recaída en autos 738-2014 y, en consecuencia, la debemos revocar y revocamos en parte, a los únicos efectos de fijar la diferencia en la cuantía de la indemnización en 30.734,15 € y no los 47.919,05 € que constan en la sentencia recurrida, manteniendo el Testo del pronunciamiento en sus términos, con devolución del depósito efectuado y, en su caso, de diferencias por las consignaciones en metálico efectuadas o la cancelación del aseguramiento parcial prestado de la cantidad objeto de condena, una vez esta sentencia sea firme».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la representación legal de D. Virgilio, 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 el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 14 de junio de 2016 (R. 1139/2016).

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. Se señaló para la votación y fallo el día 19 de julio de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se suscita en las presentes actuaciones exclusivamente versa sobre el módulo salarial que ha de ser utilizado para determinar la indemnización que al actor corresponde por su despido, y más concretamente -ya en este trámite- el posible cómputo del importe del alquiler de vivienda del trabajador en Canadá, abonado por la empresa.

2.- La respuesta dada por el J/S nº 31 de Barcelona en 11/Enero/2016 [autos 738/14] fue la de entender que tal concepto tenía naturaleza salarial y por ello formaba parte del salario regulador a efectos indemnizatorios. Pero interpuesto recurso de suplicación, la TSJ Cataluña 12/09/2017 [rec. 3512/16] consideró muy contrariamente que se trataba de un concepto extrasalarial y por ello ajeno a la determinación del montante indemnizatorio, razonando al efecto que «conforme al hecho probado tercero, la compensación por alquiler de vivienda iba directamente vinculada con el propio cambio locativo. De ahí que no podamos aceptar la tesis de ... que correspondía a la empresa acreditar la vinculación con el cambio de residencia. Dicha compensación económica estaba relacionada con este hecho... por tanto, su naturaleza era claramente extrasalarial».

3.- La representación del trabajador interpone recurso de casación para la unidad de la doctrina, denunciando la infracción del art. 26 ET y alegando como contradictoria la STSJ Comunidad Valenciana 14/06/16 [rec. 1316/16]. Sentencia ésta que palmariamente cumple la exigencia que -para la viabilidad del recurso unificador- impone el art. 219 LJS, que se trate de pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTs 243/2018, de 01/03/18 -rcud 595/17 -; 289/2018, de 13/03/18 -rcud 1520/17 -; y 294/2018, de 14/03/18 -rcud 3959/16 -), habida cuenta de que tanto en la sentencia recurrida como en la referencial se trata de trabajadores de la misma empresa -«FCC Construcción, S.A.»-, que pasan a prestar sus servicios en Canadá tras suscribir contrato de movilidad internacional prácticamente idéntico al de autos, y que tras ser despedidos, inician procedimiento judicial en el que se suscita el mismo tema, computar a efectos indemnizatorios el importe -entre otros- de la vivienda que satisfacía la empresa en el referido país, conforme a detalles que posteriormente analizaremos y que son iguales en ambos casos contrastados, pero en cuya decisión los respectivos Tribunales adoptan decisión opuesta, pues en tanto que la Sala de lo Social de Cataluña excluye del cálculo de la indemnización aquel concepto [por la razón arriba indicada], la homónima de la Comunidad Valenciana la incluye, bajo el argumento de que «tales conceptos deben considerarse como parte del salario, pues los mismos constituyen parte primordial del apartado retributivo, pues difícilmente podría accederse a la realización de la indicada actividad productiva por un repatriado que no tuviera cubierta por la empresa los conceptos indicados. Respecto a la vivienda, porque constituye un concepto absolutamente necesario al que el trabajador no podría acceder salvo una merma considerable de su salario».

SEGUNDO.- 1.- La solución del caso debatido comporta destacar ciertos datos declarados probados -ya referidos en «antecedentes»-: a) el trabajador había prestado servicios como Ingeniero para «FCC Construcción SA y Comsa SA. UTE» desde el 16/02/04 hasta el 09/10/05, y para la demandada «FCC Construcción, S.A.» desde el 10/10/05; b) en 23/05/11 suscribe con la empresa contrato de movilidad internacional para prestar servicios en Toronto [Canadá], pactándose añadir al salario hasta entonces devengado un plus de «expatriación» que dejaría de percibirse al regresar a España, y que se califica de «complemento personal»



que compensaría y absorbería las posibles mejoras del Convenio Colectivo de aplicación [cláusula quinta]; c) también se pactó que como «condiciones asociadas a la expatriación», el alquiler de vivienda [«adecuada a las condiciones de vida del país de destino»], gastos de viaje [de ida y vuelta; y dos veces al año, para el trabajador y todos los miembros de la familia], seguro médico, gastos de mudanza y clases de inglés durante un año para el trabajador y todos sus familiares [cláusula sexta].

2.- En plano normativo, el punto de partida ha de situarse en el art. 26 ET , para el que «1. Se considerará 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, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo... 2. No tendrán 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, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos».

TERCERO.- 1.- En su preceptivo informe, el Ministerio Fiscal considera que el cuestionado concepto tiene naturaleza extrasalarial y no debe integrarse en el módulo indemnizatorio, argumentando al efecto la manera en que fue configurado en el «contrato de movilidad internacional» suscrito entre las partes y muy singularmente su exclusión a efectos de IRPF y de cotización a la Seguridad Social, por lo que se decanta a favor de la confirmación de la sentencia recurrida. Pero a pesar de que apreciamos destacable fuerza dialéctica en tal argumentación, lo cierto es que no la entendemos suficiente como para rectificar el criterio ya expuesto por la STS 16/04/18 [rcud 24/17], que llegó a la conclusión opuesta precisamente en el despido de otro trabajador de la misma empresa ahora demandada, en iguales circunstancias que el actual accionante, con plena identidad de datos profesionales, contractuales y de traslado en Canadá, e incluso con identidad de fechas. Y a tal doctrina precedente nos remitimos, complementándola con algunas consideraciones adicionales.

2.- Destaquemos -para empezar- que del art. 26 ET -arriba reproducido- se deduce: a).- Que el mandato contiene una presunción «iuris tantum» de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario, y que puede ser desvirtuada, o bien mediante la prueba de que la cantidad abonada obedece a alguna de las razones que enumera el art. 26.2, o bien acreditando que su abono está establecido con tal carácter indemnizatorio en una norma paccionada (SSTS 12/02/85 Ar. 536 ; 20/11/02 - rcud 4070/01 -; 24/01/03 - rcud 804/02 -; y 04/05/10 -rcud 2528/09 -). b).- Que por ello el salario tiene -como la doctrina afirma- carácter totalizador, en tanto que reviste cualidad salarial todo lo que el trabajador recibe por la prestación de servicios, con independencia de su denominación formal [se llame o no salario], de su composición [conste de una o varias partidas], de su procedimiento o periodo de cálculo [a tanto alzado, por actos de trabajo, etc], o por la cualidad del tiempo al que se refiera [trabajo efectivo o descanso computable como tal] (SSTS 03/05/17 -rcud 385/15-, asunto «Celgene, SL »; y 532/2018 , de 16/05/18 -rco 99/17-, asunto «FECAV »).

3.- Entrando ya en el tema objeto de debate destaquemos que a la hora de determinar la naturaleza jurídica -salarial/extrasalarial- del concepto «alquiler de vivienda» ha de atenderse -en primer término- a la decisiva cuestión de si se trata de contrato «ex novo» para prestar servicios en el extranjero o si -como es el caso- tales servicios pasan a prestarse en el ejercicio de la movilidad geográfica [art. 40 ET] o por acuerdo entre las partes.

a).- En el primer supuesto, nos cabe duda de que se trataría de un concepto netamente salarial, no sólo por aplicación de la antes referida presunción de que cualquier cantidad satisfecha por el empresario al trabajador compensa la prestación laboral y es por lo tanto "salario", sino más específicamente porque celebrado un contrato para prestar servicios en un determinado lugar, ello comporta la aceptación «ab initio» de un gasto ordinario -vivienda- de toda persona y que en principio el trabajador habría de costear cualquiera que fuese el lugar de prestación de servicios, de manera que su asunción por la empresa comporta para el trabajador un innegable incremento retributivo; y ello tanto si se hace de forma directa en nómina [salario propiamente dicho] o de forma indirecta cuando se abona por la propia empresa [salario en especie].-

b).- En el segundo supuesto arriba indicado, de que la prestación de servicios en el extranjero se produzca ya vigente la relación laboral, entonces nos situamos en el marco de la movilidad geográfica, caso en el que la naturaleza jurídica -salarial/extrasalarial- del concepto no viene determinada por el juego de la voluntad del trabajador en el cambio locativo [absolutamente irrelevante a efectos, aparte muy dificultosa valoración], sino más bien por la duración del mismo.

En efecto, en el supuesto enjuiciado ha de destacarse: a) estamos en presencia de un supuesto de movilidad geográfica -individual y transnacional- con cambio de residencia y por lo tanto ajeno al ordinario poder de dirección del empresario reglado en los arts. 5.1.c) y 20 ET [STS 26/04/06 -rcud 2076/05 -]; b) la proyección



temporal del mismo, en principio indefinida y con duración real -hasta el despido- de prácticamente tres años, le sitúa materialmente en el marco de un «traslado», que no simple «desplazamiento»; c) el elemento de la voluntad -decisión empresarial; iniciativa del trabajador; voluntad concorde de ambas partes- no puede incidir en la determinación de la naturaleza jurídica de los diversos componentes retributivos y en sus consecuencias fiscales y laborales, sino que la cualidad salarial/extrasalarial de los mismos únicamente ha de venir determinada por causalidad atributiva del elemento, que revestirá naturaleza indemnizatoria -extrasalarial- cuando compense un gasto exclusivamente determinado por la concreta movilidad geográfica, en tanto que resultaría inexistente de no haberse producido el cambio de lugar en la prestación de servicios; y a la inversa, sería meramente salarial cuando la única alteración en el imprescindible gasto -vivienda- únicamente fuese el lugar de su desembolso [en España o en el extranjero].

Por ello, en la decisión del objeto de debate el decisivo papel corresponde al factor tiempo -previsto o real- de la movilidad, por cuanto el abono -por la empresa- del alquiler de la vivienda en el país en que pasan a prestarse los servicios, únicamente puede configurarse como indemnización derivada del trabajo cuando comporta -y en propiedad hasta donde comportase- un gasto adicional que añadir al que el trabajador tenía por el mismo concepto de morada mientras prestaba servicios en España; o lo que es igual, en términos de normalidad, el elemento será indemnizatorio -extrasalarial- si el trabajador mantiene su vivienda y alquiler en nuestro país, pese a su necesidad de vivienda en el país al que se ha movilizad, por tratarse -ordinariamente- de un mero «desplazamiento», cuya escasa temporalidad desaconseja prescindir de la morada patria, y por ello la necesaria vivienda en el país al que se desplaza le comporta un gasto extra; pero es de suponer -la prueba en contrario correspondería a la empresa, ex art. 26.1 ET y jurisprudencia arriba citada- que se prescindirá de la vivienda en España cuando estemos en presencia un traslado propiamente dicho, por cuanto resultaría económicamente incomprensible mantener el inquilinato en nuestro país cuando la prestación de servicios en el extranjero es con carácter indefinido.

4.- Ciertamente que la cuestión pudiera ofrecer diversas y variables circunstancias que argumentadas obligasen a matizar la solución que hemos referido [por ejemplo, cuando se es titular de vivienda en propiedad en España; o median diferencias notables en el importe del alquiler entre España y el país al que se desplaza, etc], pero lo cierto es que este no ha sido el planteamiento efectuado por las partes, y por ello resulta ociosa -pura digresión sin proyección a la parte dispositiva de la sentencia- cualquier consideración al respecto.

Y en todo caso debemos resaltar que la consideraciones anteriores desplazan a un segundo plano la expresa configuración que del concepto -vivienda- hicieron las partes en su contrato de «movilidad internacional», excluyéndolo del IRPF y de cotización a la Seguridad Social, porque «... la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad de su contenido y ... la misma debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes» (para pluses -por ejemplo- SSTS 19/12/12 -rcud 1033/12 -; 11/02/13 -rcud 898/12 -; 17/01/13 -rcud 1065/12 -; 22/10/13 -rcud 308/13 -; 20/04/17 -rco 192/16 -; y 532/2018, de 16/05/18 -rco 99/17 -. Para la naturaleza del contrato, SSTS 20/07/10 -rcud 3344/09 -; 29/11/10 -rcud 253/10 -; 25/03/12 -rcud 1564/12 -; SG 44/2018, de 24/01/18 -rcud 3394/15 -; y SG 45/2018, de 24/01/18 -rcud 3595/15 -).

Por ello, oído el Ministerio Fiscal y remitiéndonos también a las argumentaciones efectuadas en la precitada STS 16/04/18 , acogemos el recurso formulado y resolvemos el debate en términos acordes a la pretensión actora. Sin imposición de costas [art. 235.1 LJS].

FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Virgilio .

2º.- Revocar la sentencia dictada por el TSJ Cataluña en fecha 16/Septiembre/2016 [rec. 3512/16], que a su vez había revocado en parte la resolución -estimatoria de la demanda- que en 11/Enero/2016 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona [autos 738/14].

3º.- Resolver el debate suscitado en Suplicación rechazando el de tal clase formulado por «FCC CONSTRUCCIÓN, SA», y confirmando la resolución de instancia recurrida.

4º.- No imponer costas.

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

Así se acuerda y firma.