

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 18 de noviembre de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 1858/2013*

**SUMARIO:**

**Despido. Reconocimiento empresarial de la improcedencia. Módulo salarial para fijar la indemnización. Prestación de servicios pactada y desarrollada con carácter transnacional.** Ha de comprender un «complemento movilidad extranjero» que al trabajador se le abonaba por prestar servicios fuera del país y que equivalía a un 70% de la remuneración, al percibirlo desde el inicio de su relación laboral y hasta su regreso a España, cinco años después de que comenzara aquella y dos meses antes de ser despedido por causa que la empresa reconoció improcedente en acto de conciliación. En este caso, la actividad laboral desempeñada en España se presenta como un paréntesis en una prestación de servicios contratada para realizarse en el extranjero.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 3.1 c), 26.3 y 56.1.

**PONENTE:**

*Don Luis Fernando de Castro Fernández.*

Magistrados:

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO  
Don FERNANDO SALINAS MOLINA  
Don JORDI AGUSTI JULIA  
Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ  
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de SOCIEDAD ANONIMA DEPURACION Y TRATAMIENTOS (SADYT), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 8/mayo/2013 [rec. n.º 671/13 ], que resolvió el formulado por D. Carlos Jesús frente a la pronunciada en 28/septiembre/2012 por el Juzgado de lo Social núm. 40 de los de Madrid [autos 439/12], sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 28 de septiembre de 2012 el Juzgado de lo Social núm. 40 de Madrid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D. Carlos Jesús contra DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS, S.A. (SADYT) DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de la pretensión formulada frente a ella, sin perjuicio del derecho del actor a percibir la cantidad que como indemnización por despido improcedente fue ofrecida por la empresa y que asciende a 20.188,82 euros netos".

**Segundo.**

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO: El demandante, D. Carlos Jesús, que no ostenta ni ha ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores, ha venido trabajando para la empresa demandada, DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS, S.A. (SADYT), desde el día

30.1.2008, con categoría profesional de Titulado Superior en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido estando destinado desde el inicio a prestar servicios en proyectos y obras de la empresa en Argelia. En las cláusulas adicionales al contrato de trabajo las partes acordaron una remuneración bruta de 40.000 euros en catorce pagas mensuales y además en concepto de Complemento de Movilidad Extranjero y durante el periodo por el que se prolongara la prestación de sus servicios en Argelia el importe bruto equivalente al 70% de su remuneración bruta anual distribuido en doce pagas, estando sujeto a las retenciones y cotizaciones oportunas según la normativa que resulte de aplicación (documento 1 y 2 actor y 1 empresa)- SEGUNDO: Con fecha 27 de febrero de 2012 la demandada comunicó mediante carta al trabajador su despido con efectos de ese mismo día por los motivos que se exponen en la misma cuyo contenido se da por reproducido (folio 7 de los autos)- TERCERO: Presentada papeleta de conciliación por despido por el actor se celebró el acto de conciliación el día 2.4.12 reconociendo la empresa la improcedencia del despido con fecha de efectos 27 y ofreciendo por los conceptos de indemnización, saldo y finiquito la cantidad de 23.926,55 euros netos de los cuales 20.288,82 corresponden a indemnización y el resto a los demás conceptos. 21 actor no aceptó por entender que los parámetros con los que se había calculado no eran correctos (folio 8 de los autos)- CUARTO: El trabajador durante el año 2011 y hasta el 25 de diciembre percibió en sus nóminas el llamado "Complemento de movilidad extranjero" por una cuantía mensual de 2333,33 euros brutos (documento 3 actor y 5 empresa)- QUINTO: Con fecha 17 de noviembre el trabajador recibe comunicación de la empresa indicándosele que con efectos de 25 de diciembre de 2011 se dará por finalizada su prestación de servicios transnacional en UTE Desaladora Honaine Construcción debiendo trasladarse a partir del día 26 de diciembre de 2011 a las oficinas en España para encomendarle un puesto acorde con su categoría y capacidad (documento 2 empresa)- SEXTO: Las nóminas de diciembre de 2011 (del 26 al 31) la de enero y febrero 2012 ya no incluye el complemento de movilidad extranjero que se le abonaba (documento 4 actor y 5 empresa)".

### **Tercero.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de DON Carlos Jesús, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 8 de mayo de 2013, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado del demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 40 de esta ciudad en autos n.º 439/2012, debemos revocar y revocamos dejando sin efecto parcialmente la resolución impugnada, en lo que se oponga a ésta, fijando la cantidad que como indemnización por despido debe abonar la empresa DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS, S.A. (SADYT) al demandante D. Carlos Jesús, en la suma de 32.789,63 euros brutos; condenando a la mencionada empresa a abonársela por los conceptos de la demanda".

### **Cuarto.**

Por la representación procesal de SOCIEDAD ANÓNIMA DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 20 de marzo de 2012 (R. 530/2012 ).

### **Quinto.**

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de noviembre de 2.014, en el que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

1- La cuestión que en las presentes actuaciones se debate es la que se refiere a la determinación del módulo salarial que ha de servir para calcular la indemnización correspondiente a un trabajador que desde el inicio de su relación laboral ha prestado servicios en el extranjero, en donde percibía un complemento equivalente al 70% de su remuneración, y que sólo deja de abonársele cuando dos meses antes de su despido es destinado a España.

Los concretos -relevantes- datos del caso son los que siguen: a) el actor es contratado en 30/01/08, para prestar servicios como Licenciado en Dirección y Administración de empresas; b) se pacta un salario mensual de

40.000 euros, con un complemento «Movilidad Extranjero» por importe del 70% de la remuneración; c) desde el inicio de la relación laboral presta servicios en Argelia, percibiendo el indicado plus; c) tan sólo deja de abonarse cuando se le destina a España desde el 25/12/11, fecha en la que se tuvo «por finalizada su prestación de servicios transnacional» en la UTE; y d) es despedido en 27/02/12 por imputado descenso en el rendimiento, aunque en acto de conciliación -02/04/12- se reconoce la improcedencia del cese, con ofrecimiento de indemnización, saldo y finiquito correspondientes al salario ya percibido en España.

**2-** La sentencia de instancia, dictada por el J/S n.º 40 de los de Madrid en fecha 28/09/12 [autos 439/12], desestimó la demanda por despido que fue presentada, «sin perjuicio del derecho del actor a percibir la cantidad que como indemnización ... fue ofrecida por la empresa». Decisión revocada por la STSJ Madrid 08/Mayo/2013 [rec. n.º 671/13 ], que fijó la indemnización con arreglo al promedio salarial del último año, argumentando que el salario del actor «debe incluir el cómputo del complemento de Movilidad Extranjero, que es de naturaleza salarial por no suplir gastos ni tratarse de dietas por desplazamiento y/o manutención y transporte, sino que puede ser considerado un complemento de puesto de trabajo».

**3-** En su recurso de casación para la unidad de la doctrina, la empresa denuncia la infracción de los arts. 3.1.c, 26.3 y 56.1 ET, en relación -aparte de diversas resoluciones de los Tribunales Superiores- con la STS 27/09/04 [rcud 4911/03 ]; y señala como contraste la STSJ País Vasco 20/03/12 [rec. 530/12 ]. En esta resolución: a) el trabajador inicia relación laboral en el 20/03/05; b) a partir de 30/07/07 y hasta el 30/09/10 presta servicios en Irlanda, pactándose como complementos 30.000 euros/año en concepto de «Ayuda Vivienda» y el 70% del salario por «Movilidad Extranjero»; c) en la citada fecha de 30/09/10 es destinado a Bilbao, hasta que en 18/03/11 es despedido disciplinariamente, aunque en la misma carta la reconoce la improcedencia de la medida y se pone a su disposición una indemnización acorde; y d) la decisión referencial excluye computar en el módulo indemnizatorio el plus de movilidad, porque «el cobro de dicho complemento vino vinculado al tiempo de la prestación de servicios en el extranjero, tal y como se estableció en el Acuerdo firmado por las partes ...».

## **Segundo.**

**1-** El art. 219 LRJS -siguiendo su precedente, el art. 217 LPL - establece como presupuesto de admisibilidad del recurso de casación unificadora que exista contradicción entre la resolución judicial que se recurra y otra decisión judicial, por contener pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 24/06/14 -rcud 1200/13 -; 01/07/14 -rcud 1486/13 -; y 16/07/14 -rcud 2205/13 -). Y entre las sentencias contrastadas, la diversidad decisoria se produce en supuestos que guardan innegable similitud, pues en uno y otro caso: a) el despido afecta a trabajadores que han prestado servicios en el extranjero; b) la remuneración de los empleados durante su prestación de servicios allende nuestras fronteras comportaba la percepción de un complemento [«Movilidad Extranjero»]; c) ambos trabajadores son repatriados y ya aquí se les despide por causa formal que ni tan siquiera se intenta justificar, al reconocer la empresa que el despido era improcedente. Y pese a estas coincidencias, la resoluciones judiciales son opuestas en la determinación del salario regulador a los efectos de la indemnización por despido, pues en tanto la sentencia recurrida promedia el salario anual para calcular el módulo indemnizatorio, la referencial atiende tan sólo al último salario percibido.

**2-** Pero de todas formas, entre las decisiones a comparar existen ciertas diferencias que no pueden pasarse por alto, siquiera su trascendencia únicamente puede determinarse reseñando -cuando menos sintéticamente- nuestra doctrina en torno a la retribución que ha de tenerse en cuenta para fijar el importe de la indemnización en los supuestos de despido improcedente. Y sobre ello cumple indicar que en tal materia, la Sala ha reiteradamente mantenido que el salario a considerar para el cálculo de la indemnización de despido ha de ser el salario «último» o actual en el momento de la extinción del contrato de trabajo, incrementado con la prorrata de las gratificaciones extraordinarias, «salvo circunstancias especiales» (en este sentido, SSTS 30/05/03 -rcud. 2754/02 -; 27/09/04 - rcud 4911/03 -; y 11/05/05 -rcud 5737/03 -], figurando entre tales singulares situaciones la oscilación de los ingresos irregulares o la pérdida injustificada -fraude- de una percepción salarial no ocasional o de «carácter puntual» ( SSTS 27/09/04 -rcud 4911/03 -; 26/01/06 -rec. 3813/04 -; y 25/09/08 -rcud 4387/07 -).

**3-** Sentado ello, conviene resaltar que -en efecto- entre los casos a contrastar existen divergencias fácticas que pueden justificar fallos de diferente signo, de manera que tanto la decisión recurrida como la contrastada bien pudieran considerarse ajustadas a Derecho.

En concreto, la sentencia recurrida contempla el supuesto de un trabajador que ya desde su contratación pacta -así, el clausulado adicional al contrato de trabajo- la prestación de servicios en el extranjero y la percepción del plus de «Movilidad Extranjero», y que tal actividad la realiza ininterrumpidamente en una planta desaladora ubicada en Argelia, y que sólo cuando concluye la actividad en la misma por parte de la UTE en la que el

trabajador fue integrado [en este sentido, la comunicación de traslado], se le notifica su repatriación a España, procediéndose a despedirse a los dos meses de su llegada y precisamente con base en causas disciplinarias -descenso en el rendimiento- que ni tan siquiera se intentan justificar por la empleadora, que paladinamente admite la improcedencia del despido. Desarrollo de acontecimientos que nos permite entender que el trabajador había sido realmente contratado para realizar su cometido profesional en el extranjero [siquiera este extremo no figurase en el cuerpo principal del contrato, sino en clausulado adicional al mismo], tal como la posterior realidad de los hechos puso de manifiesto, y ese postrero traslado a territorio nacional y su tan limitada temporalidad, no solamente constituyen una incidencia de naturaleza «puntual» que no permite desconocer que estamos en presencia de una prestación de servicios pactada y desarrollada con carácter transnacional, y que casi invita a pensar que el traslado a España tuvo exclusiva finalidad instrumental respecto del despido. Lo que justifica la razonable decisión del TSJ, entendiendo que módulo salarial a tener en cuenta fuese el devengado durante la práctica totalidad de la relación laboral, y no el que -por ser el último- correspondía a los casi anecdóticos servicios prestados en territorio nacional inmediatamente antes del despido. Y en este sentido se decanta también el argumentado informe del Ministerio Fiscal, que hace hincapié en el dato de que el complemento de «Movilidad Extranjero», fijado ya en las cláusulas adicionales del contrato de trabajo suscrito, fijen su devengo anual, con lo que parece -entendemos- que apuntan a una permanencia en el extranjero claramente demostrativa de que la contratación lo fue para servicios transnacionales.

Muy contrariamente el sustrato fáctico enjuiciado por la sentencia de contraste se refiere a trabajador que tras prestar servicios en nuestra nación durante casi dos años y medio, pacta con la empresa su traslado al extranjero, en donde ciertamente permanece tres años, para regresar nuevamente en ella y ser también despedido, pero a los seis meses de su reincorporación al anterior puesto de trabajo. Circunstancias que justifican un pronunciamiento opuesto al de autos, pues en este caso el salario acogido por el TSJ fue -no menos razonablemente- el percibido ya en España, porque la actividad laboral en el extranjero se presentaba en tal caso como un mero paréntesis -siquiera prolongado- en una prestación de servicios contratada para realizarse en territorio español, y aquí se había desarrollado en el largo tramo inicial y en el no insignificante -seis meses- finalmente desempeñado.

### **Tercero.**

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que entre las sentencias contrastadas no media la exigible contradicción, por lo que tal causa de inadmisión se torna ahora en causas de desestimación ( SSTS 03/04/92 -rcud 1439/91 -; ... 18/06/14 -rcud 1848/13 -; y 21/07/14 -rcud 2876/13 -). Con pérdida del depósito, destino legal para la consignación [ art. 228 LRJS ] e imposición de 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**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «SOCIEDAD ANÓNIMA DEPURACIÓN Y TRATAMIENTOS» [SADYT], frente a la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en fecha 08/Mayo/2013 [rec. n.º 671/13 ], que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 28/Septiembre/2012 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 40 de los de Madrid [autos 439/12], en demanda por despido interpuesta por Don Carlos Jesús .

Se acuerda la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación o aseguramiento, así como la imposición de costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

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.