



Roj: **STS 3283/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3283**

Id Cendoj: **28079140012015100398**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2015**

Nº de Recurso: **1561/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 3125/2014,**
STS 3283/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil quince.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos en nombre y representación de DON Marcelino , y en nombre y representación de ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, SA., respectivamente, contra sentencia de fecha 7 de marzo de 2014, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso nº 2004/2013 , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Don Marcelino contra la sentencia de fecha 5 de julio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Madrid , en autos nº 1214/12 y acumulado autos nº 30/2013 del Juzgado de lo Social nº 5, seguidos por DON Marcelino frente a ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, SA., Victoriano , Pedro Francisco , Penélope , Camilo , Fermín , Landelino , Benita , Teodulfo , sobre reclamación de Extinción de contrato-Despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de julio de 2013 el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: " *Procede desestimar la demanda interpuesta por el demandante Don. Marcelino contra la empresa demandada ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, S.A. Pedro Francisco , Penélope , Victoriano , Camilo , Fermín , Landelino , Benita Y Teodulfo en reclamación acumulada por EXTINCIÓN de contrato y DESPIDO; y absolver a la empresa demandada y Pedro Francisco , Penélope , Victoriano , Camilo , Fermín , Landelino , Benita Y Teodulfo de las peticiones formuladas en su contra* ".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" *PRIMERO.- El demandante Don. Marcelino , con DNI NUM000 prestó servicios para la empresa demandada Assignia Infraestructuras SA con antigüedad de 12-7- 2000, categoría profesional de Jefe ADMINISTRATIVO PRIMERA y percibiendo un salario mensual de 3.339,29 euros brutos con inclusión de la parte proporcional de pagas extras.*

SEGUNDO.- El Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat de la República Bolivariana de Venezuela, el "cliente" adjudicó a ESSENTIUM Grupo contrato "para la ejecución del proyecto y construcción de 3.264 unidades habitacionales, plantas de prefabricación a pie de obra, urbanismo e infraestructura en la población de Santa María del Tuy, Municipio independiente del Estado de Miranda, por lo que en fecha 15-8-2011 la empresa Essentiurn Grupo SL como contratista y la empresa demandada Assignia Infraestructura SA como subcontratista principal suscribieron contrato cuyo objeto es la ejecución por Assignia, en calidad de subcontratista la ejecución de todos y cada uno de los trabajos partidas o unidades necesarias para la construcción de las



unidades habitacionales y obras de infraestructura y urbanización objeto de contrato principal, así los trabajos objeto del subcontrato comprenderán: movimiento de tierras para los cimientos, construcción de urbanismo e infraestructura para las 3.264 viviendas, y suministro de método constructivo habitacional, el plazo de duración de las obras es de 14 meses continuos a partir de la suscripción del acta de inicio, caben prorrogas que deben de ser aprobadas.

TERCERO. - El actor suscribió con la empresa demandada "Anexo de condiciones de expatriación", en dicho documento acuerdan que: 1.- desde el día 21-11- 2011 el demandante prestará servicios para la empresa en el ámbito de actuación de la misma en Venezuela con la condición de expatriado y que dicha prestación tendrá la consideración de larga duración por ser superior a 12 meses, siendo el compromiso de permanencia de 24 meses. 2.- Dicho país es considerado como país de riesgo nivel 4. 3.- A partir de dicha fecha y durante el tiempo que dure la misma sus condiciones económicas serán las pactadas en el presente convenio, teniendo en cuenta como salario de referencia para el cálculo de las mismas, durante el primer año de su expatriación una retribución bruta anual de 45.000 euros de salario que se actualizará a partir del segundo año de permanencia conforme a lo establecido en el punto 7 de dicho anexo. 4.- Se establece un plus general de expatriación equivalente al 10% del salario bruto de referencia del año de aplicación, que el primer año ascenderá a 4.500 f brutos. 5. Se establece un plus de riesgo por país expatriación equivalente al 40% del salario bruto de referencia del año de aplicación, que el primer año ascenderá a 18.000 e brutos. 6. Se aplicará a partir del segundo año de expatriación un plus de fomento de la permanencia, correspondiente a un incremento anual del 5% del salario de referencia. Dicho plus se aplicará independientemente de que el trabajador haya prestado servicios en un único país o en varios países. El incremento anual del 5% de este plus dejará de aplicarse en caso de que la suma de todos los pluses alcance el 35% del salario de referencia. En caso de que el trabajador sea desplazado por la empresa a otro país destino el límite de este plus será revisado conforme a lo establecido en el anexo I. 7. El salario bruto anual de referencia del trabajador durante el primer año será de 45.000 e brutos, en doce mensualidades, salario que se actualizara anualmente a partir del segundo año de permanencia en el país destino, incrementándose cada año de expatriación con el IPC interanual de España más un 2,5% adicional mientras el trabajador se mantenga en situación de expatriación. 8. Así mismo se establece un incentivo por cumplimiento de objetivos anuales (cumplimiento de objetivos por año natural). Este incentivo se abonará si se cumplen los objetivos previamente establecidos, y en función de su alcance se abonarán dichos incentivos en el 1º trimestre del año siguiente a la fecha de expatriación. Por el cumplimiento por año natural de los objetivos se establece que el incentivo aplicable máximo corresponderá a 15% del salario bruto anual de referencia. El incentivo se considera como una unidad, no estableciéndose un incentivo por el cumplimiento de cada punto de los mismos. El contenido de estos objetivos será definido por la dirección de producción correspondiente en el primer trimestre de la expatriación. 9. Igualmente se establece un incentivo de permanencia a largo plazo y cumplimiento de objetivos, este incentivo corresponderá al 33% del salario bruto anual de referencia al cumplimiento de los 24 meses de permanencia ininterrumpida a nivel internacional y un 17% del salario bruto adicional al cumplimiento de los 36 meses. Dicho incentivo no se abonará en caso de que el trabajador decidiera voluntariamente finalizar su expatriación antes del cumplimiento del citado periodo. En caso de que el trabajador fuera desplazado a otro país por la empresa el porcentaje del incentivo se revisará, en función del nivel de riesgo del mismo, aplicando el mismo de manera proporcional al tiempo de estancia en cada país. Si el trabajador finalizara su expatriación antes del cumplimiento de los 24 meses, por decisión expresa de la compañía, la empresa le abona la parte proporcional del incentivo de permanencia a largo plazo correspondiente a su estancia internacional. 10. El trabajador dispondrá de 3 billetes de avión a año en caso de desplazarse solo o 2 para él y su familia en caso de que ésta le acompañe durante su expatriación. Los viajes de inicio y finalización de la expatriación no computarán a efectos de los límites establecidos en este punto. 11. Assignia contratará un seguro médico en el país destino cuyo beneficiario será D Marcelino, en caso de que su familia le acompañe en el país destino durante el periodo de expatriación se contratarán un seguro médico para cada miembro de la misma. 12. Los gastos de alquiler de vivienda y los gastos básicos de la misma serán abonados en el país destino por parte de la compañía local (perteneciente a Assignia) o como salario de país destino, cuyo importe será propuesto por la Dirección de Area correspondiente según los gastos previsibles en el país y posteriormente aprobado por la Dirección de Recursos Humanos. 13. Si por causas imputables a la empresa se produjera algún error en la situación fiscal de D Marcelino por la cual le fueran reclamados al trabajador impuestos por rendimientos del trabajo que superaran los 10.350 e anuales (importe correspondiente a sus retenciones de IRPF en España), la compañía abonará la cuantía que exceda de la citada cantidad. 14. Una vez finalizada la expatriación, el salario de D Marcelino en España será el último salario de referencia actualizado que se haya aplicado durante la expatriación.

CUARTO.- En fecha 26-3-2012 la empresa Essentium Grupo remitió carta al Ministerio del Poder, en respuesta a la carta que le remitió dicho Organismo, y en referencia a la fecha de entrega del proyecto "El Triplex" ubicado en los Valles del Tuy Estado Miranda, en la que contesta que según la planificación realizada el objetivo de entrega de vivienda es de 128 viviendas en octubre de 2012; 64 viviendas en marzo de 2013, 1024 viviendas en mayo



de 2013, 64 viviendas en junio de 2013, 1024 viviendas en septiembre de 2012 y 960 viviendas en diciembre de 2013, total 3.264 viviendas y plazo final de entrega diciembre de 2013.

QUINTO.- Con fecha 14-9-2012 la empresa demandada notificó al actor carta en la que le comunica orden de repatriación, en dicha carta consta Por la presente ponemos en su conocimiento que, debido a la finalización de las ocupaciones y trabajos que venía desarrollando como expatriado y a la disminución del número de obras y centros de trabajo de la empresa en el ámbito nacional, la compañía se encuentra en espera de poder adscribirle a una obra o servicio determinado, en puesto de trabajo acorde con sus capacidades y categoría profesional. Por este motivo se le concede un permiso retribuido, cuyo plazo de duración comienza desde el día de hoy 14/09/2012 hasta que sea requerido por la empresa, para darle nueva ocupación o en su caso amortizar su puesto de trabajo si fuera imposible optar por la primera opción. A estos efectos se le comunica que el importe de sus retribuciones durante el periodo de duración del permiso, será el correspondiente a su sueldo sin el complemento de expatriación ni plus correspondientes a su situación de expatriado, en el caso de que lo viniera percibiéndolo. También deberá devolver y poner a disposición de la compañía todos aquellos elementos que le hayan asignado para la realización de su trabajo normal, tales como teléfono móvil, aparatos de topografía, herramientas, vehículos de empresa, ordenador portátil, etc. Asimismo, deberá permanecer a disposición de la empresa, comunicando las variaciones que se produzcan su situación actual, y estar localizable por medio de un teléfono, y en el domicilio conocido por la empresa, datos que facilitará o actualizará, al pie del presente escrito, a los efectos de cualquier comunicación.

SEXTO.- Contra dicha orden el actor no planteó demanda judicial en reclamación de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

SEPTIMO.- La empresa demandada el día 6-8-2012 al amparo de lo previsto en el art. 51.2 del ET, inició tramitación de los ERE para proceder al despido colectivo de varios trabajadores, de tal forma que se informó a la representación legal de los trabajadores y de forma individual a todos los trabajadores que no constaban representados por los órganos de representación unitaria existentes en la empresa, solicitando que otorgasen representación.

OCTAVO.- Con fecha 20-8-2012 la empresa demandada notificó a la Dirección General de Empleo y Seguridad Social inicio de Expediente de Regulación de Empleo para la extinción de contratos de trabajo siéndole asignado el n° de expediente NUM001.

NOVENO.- Con fecha 17-9-2012 la Comisión negociadora del ERE elegida el día 22-8-2012 y compuesta por la representación de la empresa y por los representantes de los trabajadores (RLT) y los elegidos ad hoc, alcanzaron un preacuerdo que por parte de la RLT, se ha sometido a un proceso de información y consulta en Asamblea de Trabajadores, para su ratificación por los mismos y por parte de la empresa a la aprobación por los órganos de administración, obteniéndose por la RLT un apoyo mayoritario a las condiciones y términos del Pre-acuerdo suscrito, siendo el resultado de las votaciones del preacuerdo el siguiente: total votos escrutados 298(100%) votos a favor 250(84%), votos en contra 19(6%) abstenciones 29(10%)

DECIMO.- El Presidente del Comité de empresa declaró en juicio que a dichas Asambleas acudieron los trabajadores de la empresa, que también asistirían el demandante como el resto de los trabajadores demandantes en otros procedimientos, que estaban convocados.

DECIMO PRIMERO.- Con fecha 19-9-2012 ambas partes dan por finalizado el período de consultas con Acuerdo y elevan a definitivo el preacuerdo a través de "Acta de Finalización del período de consultas", en dicha Acta acuerdan que: " los afectados por el ERE por extinción de los, contratos de trabajo son 115 trabajadores pertenecientes a distintos centros de trabajo, delegaciones periféricas y departamentos centrales de la empresa. 13) criterios de selección de personal afectado, fundamentalmente la empresa se ha basado en "criterios objetivos tales como la finalización de obras de la empresa, personal en situación de permiso retribuido y otros como los determinados en la evaluación del desempeño, realizadas por los Directores de cada área, departamento, sección o zona geográfica; quedan excluidos trabajos de más de 50 años; en cuanto a las indemnizaciones se fijan en 28 días de salarios por año de servicio, que serán abonados a razón de 22 días en el momento de la extinción contractual y 6 días en la fecha más cerca a las dos siguientes un mes posterior a la firma de la refinanciación de la compañía o 6 meses contados desde la fecha de la extinción del contrato". "La base reguladora diaria para el cálculo de la indemnización será la integrada por la media de los salarios devengados en las nóminas, con inclusión de la prorrata de las pagas extras".

DECIMO SEGUNDO.- El actor el 19-10-2012 presentó papeleta de conciliación ante el Smac en reclamación de extinción de contrato, señalando a las partes para su celebración el día 12-11-2012, y sin que se hubiese celebrado dicho acto con fecha 2-11-2012 presentó demanda judicial en reclamación de extinción de contrato.



DECIMO TERCERO.- La empresa demandada el día 31-10-2012 notificó al actor carta en la que le comunicó la extinción de su contrato de trabajo, con efectos de 15-11 2012, por causas objetivas al amparo de lo establecido en el art. 54.1 en relación con el art. 53.1 invocando causas económicas, organizativas y de producción. Junto con la carta la empresa entregó al actor la indemnización de 22 días de salario por año de servicio por importe de 47.849,68 euros en cumplimiento del acta de finalización del período de consultas, quedando pendientes 6 días restantes por importe de 13.049,91 euros, hasta completar los 28 días de salarios por año de servicio acordados (carta a la que me remito y que consta obrante en el documento 4 de los aportados por la actora.)

DECIMOCUARTO.- Cuando el demandante y el resto de expatriados retornaron a Madrid, no había obras en España en las que desarrollar su trabajo, por lo que permanecieron desocupados.

DECIMOQUINTO.- Desde el verano de 2012 y hasta la fecha de celebración del juicio, sólo se habían construido en el Proyecto "El Triplex" unas 134 viviendas; la obra se encuentra casi paralizada; el demandante y otros cinco trabajadores más regresaron a España por falta de trabajo; tras el regreso a España de estos trabajadores, la empresa tuvo que enviar puntualmente y por un período de tiempo corto a algún trabajador, para solventar ternas puntuales sin que dichas personas realizaran trabajos que con anterioridad fuesen desempeñados por el demandante o resto de trabajadores que regresaron (según manifestó en juicio el testigo propuesto por la empresa".

DECIMOSEXTO.- La empresa a los trabajadores expatriados como el demandante les buscaba casa en las zonas más seguras de Venezuela y les abonaba los alquileres, en el caso del actor por el alquiler de vivienda la empresa abonaba la cantidad de 2.603,26 euros.

DECIMOSEPTIMO.- Además de su salario, la empresa demandada abonaba a demandante los gastos devengados por transporte, comidas, gastos en general que se devengaban con el desempeño de su trabajo y a cambio la empresa le entregaba una cantidad fija que venía a compensar los gastos realizados, en el caso del actor suponía unos 1.735,50 euros que la empresa le abonaba mensualmente sólo durante el tiempo en que se encontraba en Venezuela.

DECIMOCTAVO.- La obra de Venezuela lleva bastante tiempo paralizada y sin trabajo por falta de suministro de materiales; pero dicha obra no se cierra debido a la problemática social y situación de gravedad que se vive en Venezuela, con grave peligro para las personas de esta compañía si se adoptase dicha medida.

DECIMONOVENO.- El trabajador no es representante legal ni sindical de los trabajadores ni lo ha sido en el año anterior al despido.

VIGESIMO.- La parte actora el 3-12-2012 presentó papeleta de conciliación ante el SMAC en reclamación por despido, dicho acto se celebró el 21-12-2012 con el resultado de celebrado sin efecto, y presentó demanda judicial por despido el 3-1- 2013. "

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Don Marcelino ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 7 de marzo de 2014, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por el/la Letrado D./Dña. ENRIQUE OLTRA MARTINEZ, en nombre y representación de D./Dña. Marcelino, y con revocación de la de fecha 05/07/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 1214/2012, declaramos el derecho del actor al percibido de 115.463,80 euros por los conceptos arriba indicados y condenamos a la demandada ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS SA a estar y pasar por ello y a abonarle la mentada cantidad..

CUARTO.- Por el Letrado Don Enrique Oltra Martínez, en nombre y representación de Don Marcelino, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 4 de diciembre de 2013, recurso nº 1467/13.

Por el Letrado Don Gabriel Vázquez Durán, en nombre y representación de la empresa ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, S.A., se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de enero de 2014, recurso nº 1844/2013.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 7 de noviembre de 2014, se procedió a admitir los citados recursos y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso de la empresa, y la desestimación del recurso del trabajador; e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de junio de 2015, en el que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión principal que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar la retribución que, a efectos de fijar las consecuencias indemnizatorias del despido, corresponden a un trabajador desplazado de común acuerdo a Venezuela, suscribiéndose un documento denominado "Anexo de condiciones de expatriación", repatriado después y luego despedido por causas económicas, organizativas y de producción mediante la tramitación de un expediente de regulación de empleo que concluyó con acuerdo, en el que consta que la extinción afectaría a 115 trabajadores, fijándose los pertinentes criterios de selección. También se controvierte la existencia de un posible error, excusable o no, en la determinación de la indemnización aunque, como enseguida veremos, tal cuestión no podrá ser analizada por faltarle el requisito de la contradicción.

2. Según el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, inmodificado en suplicación y transcrito en su integridad en los antecedentes de la presente resolución, el demandante prestó servicios para la empresa demandada desde el 12 de julio de 2000, con categoría de Jefe Administrativo de 1ª, siendo destinado a Venezuela, previo acuerdo, el día 21 de noviembre de 2011, con un pacto de permanencia de 24 meses. En dicha fecha, ambas partes suscribieron un documento, denominado "Anexo de condiciones de expatriación", que figura en el ordinal 3º del *factum* de la instancia. El 14 de septiembre de 2012 se le comunicó la orden de repatriación a España debido -se le decía- a la finalización de los trabajos que la empresa venía realizando en Venezuela, reconociéndosele un permiso retribuido a partir de entonces hasta que fuera requerido por la empleadora "para darle nueva ocupación o en su caso amortizar su puesto de trabajo si fuera imposible optar por la primera opción". El 6 de agosto de ese año 2012, la empresa había iniciado la tramitación de un expediente de regulación de empleo (ERE nº NUM001), alcanzándose un acuerdo en el seno de la comisión negociadora el día 19 de septiembre de 2012, en el que, como adelantamos, consta que la extinción afectaría a 115 trabajadores, fijándose los oportunos criterios de selección. El actor recibió el 31 de octubre de 2012 carta de despido por causas objetivas, con efectos del 15 de noviembre siguiente, fundamentada en causas económicas, organizativas y de producción. Junto a la carta se le hizo entrega de una indemnización de 47.849,68 euros (22 días de salario por año de servicio), quedando pendiente de percibir la suma de 13.049,91 euros correspondientes a los 6 días más por año de servicio pactados (28 días/año en total e indemnización total de 60.899,59 ?). El trabajador interpuso papeleta de conciliación por resolución de contrato ex art. 50 ET el 19 de octubre de 2012 y posterior demanda ante la jurisdicción el 2 de noviembre del mismo año. El 3 de diciembre de 2012 presentó la papeleta de conciliación por despido y el 3 de enero siguiente, después de que se celebrara sin efecto el preceptivo acto de conciliación, interpuso también demanda por despido.

La sentencia de instancia desestimó las demandas acumuladas de despido y extinción pero el TSJ, al resolver el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, en la sentencia que es ahora objeto del presente recurso de casación unificadora (STSJ Madrid 7-3-2014, R. 2004/13), aunque mantuvo incólume el relato fáctico y confirmó el rechazo de la pretensión resolutoria del contrato, lo estimó en parte para rectificar el importe de la indemnización por despido, estableciéndola en un total de 115.463,8 ?, por entender que, al existir un acuerdo de expatriación, con una remuneración específica y un pacto de permanencia de 24 meses, el salario regulador de dicha indemnización debía ser el que el demandante percibía como expatriado, que, a razón de los 28 días por año de servicio pactados en el ERE, arrojaba aquella indemnización.

3. Recurren ahora en casación unificadora ambas partes, impugnando cada una el formulado de contrario: la empresa, para combatir el salario regulador, denuncia la infracción del art. 26 ET , en relación con el 56, e invoca como sentencia referencial la dictada por la misma Sala del TSJ de Madrid el 30-1-2014 (R. 1844/13); el demandante, para objetar la desestimación de su pretensión de resolución contractual y postular el reconocimiento de la improcedencia del despido en razón a que la empresa había incurrido en un error inexcusable en el cálculo de la indemnización, denuncia la infracción de los arts. 26 , 52.a), 54 , 55 y 56 ET y cita como referencial otra sentencia de la misma Sala madrileña dictada el 4-12-2013 (R. 1467/13). El Ministerio Fiscal ha informado proponiendo la desestimación de ambos recursos: el del trabajador por falta de contradicción y el de la empresa por considerar acertada la solución otorgada por la sentencia recurrida.

4. Por lo que respecta al análisis de la contradicción, y comenzando por el recurso empresarial, resulta evidente la concurrencia del requisito establecido en el art. 219.1 LRJS , tal como sostiene el informe del Ministerio Fiscal, pues, tratándose de dos trabajadores de la misma empresa, que suscribieron idéntico documento condicionante de la expatriación a Venezuela antes de marcharse a trabajar allí y fueron luego repatriados por voluntad empresarial en fechas muy próximas, demandando los dos por despido y por extinción, en demandas igualmente acumuladas en la instancia, y obteniendo ambos idénticas sentencias desestimatorias del mismo Juzgado de lo Social (las dos del Juzgado nº 3 de Madrid), en un caso (sentencia recurrida) se llega a la conclusión de que el salario regulador de la indemnización por despido debía ser el percibido en Venezuela como expatriado antes de ser repatriado a España, mientras que, por el contrario, en el otro



(sentencia referencial) se decide que el haber regulador debía ser el de "la fecha de terminación del contrato" (FJ 3º in fine de la sentencia referencial), sin que tenga relevancia alguna a los efectos de la contradicción el hecho cierto de que en el caso de autos la repatriación del trabajador se produjera poco después (14-9-2012) de iniciarse el ERE (6-8-2012) y en la sentencia de contraste unos días antes de ese inicio (2-8-2012), ya que en ambos supuestos la notificación de los despidos se produjo cuando los trabajadores estaban ya en España y lo decisivo, como vimos, no es sino que los dos habían suscrito aquél mismo documento denominado "Anexo de condiciones de expatriación" (hecho probado 3º de las dos sentencias de instancia), y ninguno de los demandantes llegó a reanudar aquí la prestación laboral efectiva, permaneciendo ambos en la misma situación de "permiso retribuido" hasta que vieron extinguidos sus contratos a consecuencia del mismo ERE pactado.

5. No concurre el requisito de la contradicción respecto al recurso del trabajador porque, según admite igualmente el Ministerio Público, lo que se discutía en la sentencia referencial era la procedencia, o no, de incluir en el salario regulador la parte variable del salario devengado por los actores en el año anterior al despido, alcanzando la Sala la conclusión de que, por constituir su obligada inclusión un criterio jurisprudencial consolidado, no hacerlo así suponía un error empresarial inexcusable determinante de la improcedencia del despido. Ese debate está por completo ausente de la sentencia aquí impugnada, en la que, como también vimos, la cuestión controvertida giraba esencialmente en torno a si el salario regulador habría de ser el percibido antes o después de la repatriación. Además, en la sentencia referencial, a diferencia de lo que sucede en la recurrida, no consta que se tratara de un despido colectivo, sino que parece tratarse de 2 despidos objetivos de carácter individual, ni, por tanto, que los despidos hubieran sido pactados con la representación de los trabajadores (RLT) durante un período de consultas; esta última diferencia es absolutamente determinante para descartar la contradicción porque, como dice la sentencia aquí recurrida, el acuerdo conseguido en un despido colectivo, o en un ERE, no puede ser objeto de análisis en la demanda individual, algo que, desde luego, no sucede cuando se trata de despidos objetivos individuales. En un despido colectivo concluido con acuerdo, del que se deriva el reconocimiento por parte de la RLT como "ajustado a derecho", incluso aunque después, en la concreción individual de la medida, la empresa incurriera en un error de los denominados "inexcusables" en la cuantificación de la oportuna indemnización, no parece que ello pudiera significar un cambio en la calificación jurídica del propio despido hasta el punto de transformarlo en improcedente.

SEGUNDO.- 1. La jurisprudencia que ha interpretado desde antiguo el art. 56.1 ET en lo relativo al salario regulador de las indemnizaciones por despido, consta resumida, pese que en ella no se aprecia la existencia de contradicción, en la STS 12-5-2005 (R. 2776/05) en los siguientes términos: "de acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, contenida en la... sentencia de 17 de julio de 1990 y reiterada en otras muchas anteriores o posteriores sobre la misma o parecidas cuestiones (entre ellas, STS 30-5-2003, rec. 2754/2002 y 27-9-2004, rec. 4911/2003), <<el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales>>".

2. Circunstancia especial se apreció, por ejemplo, en la citada STS 27-9-2004, como nos recordó la posterior STS de 26-1-2006, R. 3813/2004 (FJ 5º), cuando la realización de un número anómalamente elevado de horas extraordinarias con carácter no ocasional, convertidas así en habituales, determinaron su inclusión en el cómputo del salario regulador de la indemnización de despido.

3. En un supuesto en el que la empresa, unilateralmente, había reducido al 50% la jornada y el salario del trabajador un mes antes de su despido, entendimos, como tal circunstancia especial y con abundante cita jurisprudencial al respecto, que el cómputo de la indemnización habría de calcularse conforme a la retribución anterior a la reducción: STS 30-6-2011, R. 3756/10.

4. Más recientemente aún, hemos incluido, como salario en especie, el importe de la prima de un seguro de vida y accidente abonada por la empresa, a esos mismo efectos de determinar el salario regulador del despido (STS 2-10-2013, R. 1297/12).

5. En esa misma línea interpretativa, procede confirmar la sentencia impugnada porque es ella la que contiene la doctrina ajustada a derecho, que coincide con la precitada ya unificada de esta Sala, al establecer como salario regulador, no el que tenía el trabajador en España antes de ser destinado a prestar servicios en Venezuela o el que al parecer se le asignó teóricamente cuando, a mediados de septiembre de 2012, esto es, unos días antes de que se alcanzara el día 19 de dicho mes y año el acuerdo colectivo de extinción de 115 contratos de trabajo en el ERE NUM001, entre ellos el suyo, fue repatriado a nuestro país bajo la fórmula de un permiso retribuido "hasta que sea requerido por la empresa, para darle nueva ocupación o en su caso amortizar su puesto de trabajo si fuera imposible optar por la primera opción" (h. p. 5º), sino, precisamente, el que percibía inmediatamente antes de dicha repatriación y que había sido pactado en el "Anexo de condiciones" del que da cuenta el ordinal 3º de los hechos probados.



En ese pacto se dice que el salario desde el momento de la repatriación a España sería el correspondiente a su sueldo, sin complemento de expatriación ni pluses acordes a la situación de expatriado; pero lo cierto es que la repatriación a nuestro país, notificada el 14-9-2012, tuvo un carácter eminentemente formal, no solo porque la decisión extintiva ya estaba realmente tomada por la empresa con anterioridad (el 6-8-2102 inició el ERE) sino, sobre todo, porque el acuerdo con la RLT es del 19-9-2012 y -obviamente- ni siquiera entonces el trabajador había podido llegar a percibir efectivamente el nuevo salario, por lo que el últimamente satisfecho solo pudo ser el anterior, es decir, el que ha servido de módulo para el cálculo de la indemnización a la sentencia recurrida. Atribuir formalmente a la extinción efectos del 31-11-2012, como consta en la comunicación individual de despido (h. p. 13º), o mantener hasta entonces aparentemente el vínculo laboral bajo la fórmula del "permiso retribuido", no parece constituir más que un artificioso intento de burlar el monto correcto de la indemnización por despido.

Acierta, pues, la sentencia recurrida cuando, partiendo de que el compromiso de expatriación asumido por las partes abarcaba no solo a la permanencia sino también a la retribución, afirma que -literalmente- "al existir una circunstancia especial y específica afectante al demandante..., y así pactada su expatriación con una remuneración determinada y con compromiso de permanencia de 24 meses, el salario que percibía como expatriado es el que nos ha de servir de módulo para fijar la indemnización por extinción de contrato en cuantía de 28 días por año trabajado [la pactada en el ERE], lo que --s.e.u.o.-- ascendiendo el mensual a 9.963,76 euros, arroja 9.299,40 cada año, habiendo durado la relación doce años y cinco meses --111.594 más 3.874,80 euros-- el total es de 115.463,80 euros".

6. En definitiva, de conformidad con la propuesta del Ministerio Fiscal, e indiscutida la cifra concreta señalada por la Sala de Madrid, procede la desestimación de los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por ambas partes, lo que supone la íntegra confirmación de la sentencia impugnada, sin que haya lugar a la imposición de costas al trabajador, no así a la empresa recurrente. Decretamos además la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que la Sala de origen dará el destino legal. Se acuerda el mantenimiento del aval presentado hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización del mismo.

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

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación para unificación de doctrina interpuestos por la representación de DON Marcelino , y por la representación de ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, SA., respectivamente, contra sentencia de fecha 7 de marzo de 2014, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso nº 2004/2013 . Se confirma íntegramente la sentencia impugnada. Sin imposición de costas para el trabajador y con imposición de costas para la empresa recurrente. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que la Sala de origen dará el destino legal. Se acuerda el mantenimiento del aval presentado hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización del mismo.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional 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. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.