



Roj: **STSJ M 13310/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:13310**

Id Cendoj: **28079340062016100876**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/11/2016**

Nº de Recurso: **789/2016**

Nº de Resolución: **882/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 17, 22-04-2016,  
STSJ M 13310/2016**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34016050

251658240

**NIG** : 28.079.00.4-2015/0026001

**Procedimiento Recurso de Suplicación 789/2016**

**ROLLO Nº**: RSU 789/16

**TIPO DE PROCEDIMIENTO**: RECURSO SUPLICACION

**MATERIA**: RESOLUCIÓN DE CONTRATO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 17 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 616/15

RECURRENTE/S: Evelio Y OTROS

**RECURRIDO/S**: FCC CONSTRUCCIÓN, SA

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID, a veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON BENEDICTO CEA AYALA** , **DOÑA M<sup>a</sup> JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA** , Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A 882**



En el recurso de suplicación nº **789/16** interpuesto por el Letrado D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> JOSÉ JURADO CÓRDOBA en nombre y representación de **Evelio Y OTROS**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **17** de los de MADRID, de fecha **22 DE ABRIL DE 2016**, ha sido Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA M<sup>a</sup> JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº **616/15** del Juzgado de lo Social nº **17** de los de Madrid, se presentó demanda por Evelio Y OTROS contra, **FCC CONSTRUCCIÓN, SA** en reclamación de **RESOLUCIÓN DE CONTRATO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **22 DE ABRIL DE 2016** cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que desestimando las demandas de resolución de contrato, y de despido y reclamación de cantidad formuladas por D. Isidro, D. Javier, D. Jorge, D. Justino, D. Leon, D. Luciano Y D. Evelio contra FCC CONSTRUCCION, S.A., debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de las peticiones formuladas, declarando procedentes los despidos de los demandantes, que han percibido la indemnización legal.*"

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

*"PRIMERO.- Los demandantes han prestado sus servicios por cuenta de la empresa demandada con antigüedad, categoría profesional y salario diario prorrateado que se señala a continuación:*

*D. Isidro desde el 17-8-04, como Gerente, y salario de 101,62 euros.*

*d. Javier desde el 1-12-04, como ingeniero, y salario de 115,18 euros.*

*D. Jorge desde el 10-9-08, como jefe de departamento de maquinaria, y salario de 105,45 euros.*

*D. Justino desde el 17-7-06, como Titulado Medio, y salario de 127,26 euros.*

*D. Leon desde el 9-6-08, como Titulado Medio, y salario de 96,85 euros.*

*D. Luciano desde el 2-6-03, como titulado Superior, y salario de 97,22 euros.*

*D. Evelio desde el 13-5-09, como Encargado de obra, y salario de 109,58 euros.*

*SEGUNDO.- Los demandantes, contratados en España, han prestado servicios en Rumania desde determinadas fechas (todas anteriores a julio de 2009), pactándose, con motivo del desplazamiento al extranjero, unas condiciones económicas superiores a las pactadas para prestar servicios en España.*

*TERCERO.- El día 1-7-14 se publicó el nuevo Manual de Política de Movilidad Internacional de FCC según el que, el personal desplazado al extranjero que deba pasar más de tres años en un mismo destino en el extranjero quedará sometido a las condiciones del lugar de destino.(doc. 30 de la empresa)*

*El día 16-9-14 la empresa envía a los demandantes dicho manual. Tras ello hay varias reuniones entre cada trabajador y distintos representante de la empresa con el fin de llegar a un acuerdo con los trabajadores, ya que no podían seguir prestando servicios en el extranjero como desplazados, puesto que había vencido el mantenimiento de la Seguridad Social en España, por lo que, o volvían a España, o se les asignaba a otro país, o seguían en Rumanía pero como personal local. Los demandantes rechazaron las condiciones que se les ofreció por quedarse en Rumanía.*

*CUARTO.- Con fecha 16-4-15 la empresa envía a los demandantes la "Carta de Retorno":*

*"Por medio de la presente y a tenor de lo establecido en la cláusula 10 apartado 5 del contrato de trabajo en el extranjero suscrito el ..., se le comunica su retorno a España, con efectos del día 1 de junio de 2015, quedando adscrito al centro de trabajo de Las Tablas, Madrid...". (Doc 31 empresa):*

*QUINTO.-. Mediante cartas de fecha 2-6-15 la empresa comunica a los demandantes su despido con efectos del mismo día, como consecuencia del procedimiento de despido colectivo que finalizó con acuerdo el 15-12-13 por causas económicas, productivas y organizativas, las mismas que constan en la Memoria Explicativa del ERE, causas que se explican y detallan en las cartas de despido que se dan por reproducidas. (32 de la empresa)*

*SEXTO.- En 15-11-13 se inició un ERE que terminó el día 15-12-13 con acuerdo para la extinción de 875 contratos de trabajo durante un año y medio, hasta el día 30-6-15; afectaba a todos los centros de trabajo de la empresa, incluidos los expatriados, que estuvieron representados por los miembros de la Comisión Representativa de Las Tablas, al que se encontraban adscritos los demandantes. El ERE no fue impugnado.*

*SEPTIMO.- Por comunicación de 28-11-12 la empresa comunica a los trabajadores que "en cumplimiento de la petición formulada por la Comisión Representativa de los trabajadores en el proceso de despido colectivo actualmente en periodo de negociación y consultas en FCC Construcción, S.A., al objeto de atender la información*



y dudas que se han planteado por algún personal expatriado, por medio de la presente le informamos que a todos los efectos usted se encuentra representado, en lo que se refiere a dicho proceso de despido colectivo, por el Comité de Empresa Madrid OFICINAS CENTRALES, al tratarse del centro de trabajo en España al que usted se encuentra adscrito a todos los efectos administrativos...". (Doc. 22 de la empresa).

OCTAVO.- Lo demandantes no han ostentado la condición de representantes de los trabajadores.

NOVENO.- Se ha celebrado sin avenencia la conciliación ante el SMAC."

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día **23 de noviembre de 2016**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los actores de este proceso estuvieron prestando servicios para "FFC CONSTRUCCIÓN SA" en Rumanía, retornando a España el 1 de junio de 2015. Al día siguiente la empresa les notificó su despido objetivo, alegando la aplicación del acuerdo de 15 de diciembre de 2013 pactado con la representación de los trabajadores que puso fin a un procedimiento de despido colectivo, según el cual se procedería a la extinción de 875 contratos de trabajo hasta 30 de junio de 2015.

Los citados trabajadores retornados a España interpusieron demanda impugnando su despido y, además, reclamaron judicialmente la extinción de sus relaciones laborales con fundamento en el art. 50 a) ET. Ambas pretensiones fueron desestimadas por sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid de fecha 22 de abril de 2016.

Los actores han recurrido con amparo en los apdos. b) y c) del art. 193 LRJS.

**SEGUNDO.-** Postula su recurso las siguientes revisiones del relato fáctico:

1ª) Rectificar el hecho declarado probado primero, para incrementar el salario que figura reconocido a los actores, a fin de incluir las cantidades percibidas por cada uno de ellos en concepto de prima de seguro de salud y accidentes, alquiler de vivienda y alquiler de vehículo. Con ese propósito el escrito de suplicación remite a diversos documentos de autos, en los cuales nada consta sobre las cantidades que se pudiera haber percibido por los indicados alquileres. Así, por ejemplo, el folio 998 citado a estos efectos sólo reseña un mail referido a los vehículos recibidos de acuerdo con un contrato de "renting" suscrito el 18 de julio de 2014 y la asignación de los mismos a varios trabajadores (no todos los actores) sin que conste dato económico alguno al respecto. En cuanto al importe abonado en nómina en concepto de seguro de salud y accidentes consta 0,10 en todos los casos. Esto, sin embargo, no quiere decir que el salario a computar vaya a ser, a la postre, el que indica este apartado del relato fáctico, pues esta cuestión va a depender de la respuesta que demos a otras revisiones que se plantearán más adelante.

2ª) Respecto al segundo hecho declarado probado se quiere añadir la fecha de suscripción de los contratos de los actores y suprimir la expresión: "unas condiciones económicas superiores a las pactadas para prestar servicios en España".

La adición indicada no es decisiva en este caso. La supresión mencionada se rechaza, pues, si se da por probado que los actores percibían por trabajar en el extranjero un plus de expatriación, resulta obvio que esa condición laboral representa una cantidad superior al salario que les hubiera correspondido caso de haber permanecido en España.

3ª) Respecto al tercer hecho declarado probado se quiere modificar su última frase, sustituyéndola por esta otra: "los demandantes rechazaron la modificación de sus condiciones salariales tanto en dinero como en especie por ser inferiores a las que se disfrutaban".

La revisión es irrelevante y se rechaza.

4ª) Respecto al sexto hecho declarado probado el recurso propone que su texto sea sustituido por este otro: "En fecha 15.11.13 se inició un ERE que terminó el día 15.12.13 con acuerdo para la extinción de 875 contratos de trabajo durante un año y medio, hasta el día 30.6.15, afectaba a todos los centros de trabajo de la empresa, incluidos los expatriados, que estuvieron representados por los miembros de la comisión representativa de las tablas, los demandantes no estuvieron adscritos hasta el 1 de junio de 2015 conforme a los folios 673, 778, 821, 913, 920, 978 y 1034 al centro de trabajo de las tablas, el ERE no fue impugnado."



La documental a la que remite el escrito de suplicación en este punto no es otra sino las comunicaciones dirigidas por la empresa a los recurrentes indicándoles que a su regreso a España se integrarían en el centro de Las Tablas. Esto, como es obvio, se refiere a la sede donde se produciría su incorporación material tras el regreso a España, lo que en nada afecta a su previa adscripción formal a ese centro de cara a la negociación del procedimiento de despido colectivo. Se rechaza la revisión.

5ª) Respecto al séptimo hecho declarado probado se postula una doble rectificación: por un lado, reseñar que la comunicación de la empresa fechada el 28/11/12 que aquél menciona no se notificó a los Sres. Isidro y Leon y, por otro, recalcar que esa comunicación dirigida al resto de recurrentes tuvo lugar 13 días después de la apertura del periodo de consultas del despido colectivo.

Aun siendo cierto que no consta en autos documento concreto dando cuenta de la indicada notificación que se pudiera haber dirigido a los Sres. Isidro y Leon, la revisión no puede prosperar, puesto que los datos de referencia reseñados por la juzgadora de instancia no traen sólo causa de prueba documental sino también del interrogatorio de los actores. En cuanto al momento de dicha notificación y su relación con el inicio del procedimiento de despido colectivo, el original de sentencia ya expresa que esto último tuvo lugar el 15 de noviembre de 2013. Se desestima la revisión.

6ª) Plantean los recurrentes añadir un nuevo hecho declarado probado tras el séptimo ordinal del relato fáctico, según el cual " *La empresa abonaba por cada uno de los demandantes a la fecha de su despido en concepto de seguro de salud suscrito con la compañía Allianz por D. Isidro el importe mensual de 285,67 €, D. Javier el importe mensual de 366,83 €, D. Jorge el importe mensual de 224,67 €, D. Justino el importe mensual de 113,33 €, D. Leon el importe mensual de 286,67 €, D. Luciano el importe mensual de 360 € y D. Evelio el importe mensual de 362,33 €.*"

Se acepta la revisión, conforme a los datos que resultan del folio 2804 de autos.

7ª) Por último, se pide añadir un noveno hecho declarado probado (que, en realidad, hemos de entender sería el undécimo, tras incrementar los nueve que figuran en el original de sentencia con la adición indicada en el apartado anterior de este fundamento de derecho), conforme al cual " *El demandante D. Isidro ha percibido en el mes anterior al despido, por el alquiler del automóvil el importe de 349 € y por el alquiler de la vivienda 1.100 €, D. Javier ha percibido en el mes anterior al despido, por el alquiler del automóvil el importe de 479 € y por el alquiler de la vivienda 774 €, D. Jorge ha percibido en el mes anterior al despido, por el alquiler del automóvil el importe de 554 € y por el alquiler de la vivienda 850 €, D. Justino ha percibido en el mes anterior al despido, por el alquiler del automóvil el importe de 1001 € y por el alquiler de la vivienda 900 €, D. Leon ha percibido en el mes anterior al despido, por el alquiler del automóvil el importe de 362 € y por el alquiler de la vivienda 800 €, D. Luciano ha percibido en el mes anterior al despido, por el alquiler del automóvil el importe de 479 € y por y por el alquiler de la vivienda 600 € y D. Evelio ha percibido en el mes anterior al despido, por el alquiler del automóvil el importe de 554 € y por el alquiler de la vivienda 800 €.*"

Se acepta la revisión, conforme a los datos que resultan del folio 2834 de autos.

**TERCERO.-** Cuestiona el escrito de suplicación el salario reconocido a los actores en la sentencia de instancia, pidiendo se incluyan en él las partidas que a continuación indicamos:

1º) *Seguro de salud pagado por la empresa, cuya naturaleza salarial defiende con fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo de 2/10/13 (rec. 1297/12).*

Se estima esta petición siguiendo el criterio que expone la sentencia citada en recurso:

*"Con arreglo al art. 26.1 ET, tienen la consideración de salario "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo".*

*Por el contrario no tienen 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, suspenso o despidos" ( art. 26.2 ET).*

*Ninguna duda cabe que el abono del seguro en beneficio del trabajador por parte de la empresa deriva de la existencia de la relación laboral entre las partes y, es por tanto, una contrapartida a las obligaciones del trabajador.*

*Por otra parte, contrariamente a lo que sostiene la sentencia de contraste, se hace difícil considerar que el citado seguro constituye uno de los supuestos de exclusión del apartado 2 del citado art. 26 ET y ello aun*



cuando se llegara a aceptar su naturaleza de mejora de la Seguridad Social -para lo cual habría de analizarse si, efectivamente, mediante el indicado seguro se estaría mejorando directamente prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social con arreglo a los arts. 191 y ss de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)-. En tal hipotético caso, lo que podría quedar excluido del concepto de salario sería, con arreglo a la norma legal, la obtención de las ulteriores prestaciones o indemnizaciones derivadas de aquel beneficio de origen contractual, pues es a éstas a las que expresamente se refiere el mencionado precepto.

Como ya apuntamos en nuestra sentencia de 27 de junio de 2007 (rcud.1008/2006 ), el seguro de vida forma parte de la estructura del salario, como una partida más. Lo que se pone de relieve incluso en la configuración de las hojas de nómina".

Cierto es que en otros pronunciamientos el Tribunal Supremo ha mantenido distinta solución (por todas, sentencia de 13 de julio de 1998 ) y que, en consonancia, también lo ha hecho así este Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pero, dado que la sentencia parcialmente transcrita es posterior en el tiempo a la antes citada de 2 de octubre de 2013, es el criterio de esta última el que seguimos en este momento.

2º) Alquiler de automóvil pagado por la empresa, cuyo carácter salarial se defiende sobre la base de que ninguno de los recurrentes " desarrollaba servicios de comercial para tener que utilizar el vehículo como herramienta de trabajo."

Petición que se desestima, pues es manifiesto que el vehículo que pone la empresa a disposición de un trabajador no sólo se considera herramienta de trabajo cuando la actividad desarrollada es de carácter comercial, sino siempre que se necesite como medio de desplazamiento para ejecutar el quehacer profesional, cosa que admite el recurso en este caso cuando afirma que los demandante se encontraban **en el interior de la obra** , y si bien añade que "algunos de ellos toda la jornada la pasaban en la oficina", esto último no consta ni quiere decir que esa oficina tuviera una proximidad con el domicilio de los afectados que no requiriera desplazamiento en coche, no siendo lógico que la empresa pagara gastos de vehículo a los trabajadores que precisasen el uso de este medio de transporte para su actividad laboral y también a quienes no lo necesitaran.

En cualquier caso, los elementos que constan acreditados permiten apreciar que los recurrentes fueron destinados por su empresa para colaborar en una obra de construcción en un centro de trabajo de Rumanía, debiendo entender que el vehículo que les fue facilitado con ese cometido era un medio de trabajo, prueba de lo cual es que ni siquiera consta alegado que antes de ese destino dispusieran de vehículo similar. Sobre esta base procede aplicar el criterio mantenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005 (RCUD 104/2005 ), a tenor de la cual: " la puesta a disposición del automóvil por parte de la empresa no tuvo como finalidad proporcionarle una retribución por su trabajo, sino que respondió a la necesidad de su utilización para el buen desempeño de su labor, ya que constituye un hecho notorio que resulta inherente al cometido de todo jefe de ventas la necesidad de desplazarse con habitualidad, bien para controlar la labor de los vendedores que, en su caso, puedan depender de él, o bien para visitar directamente a determinados clientes. Por consiguiente, debe descartarse, ya desde este momento, la idea de que la principal función que la atribución del uso del automóvil estuviera llamada a cumplir fuera la de formar parte de la retribución ( **salario** en especie), sino que el vehículo constituía claramente un medio o «herramienta» necesaria («necesita para el desempeño», dice literalmente el relato histórico) para el normal desarrollo de su labor por parte del empleado " .

3º) El importe pagado por la empresa como alquiler de vivienda se dice debe reconocerse como salario en especie conforme a la Jurisprudencia

Se admite, conforme ha mantenido el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de junio de 1990 (sentencia número 1009/90) y 27 de mayo de 1998 ( Rec. 2676/97 ). La primera de ellas dice: " no cabe la menor duda que es claramente rechazable la pretensión del recurso relativa a la exclusión, como salario susceptible de reintegro por parte del Estado, de la llamada «ayuda de vivienda», por cuanto, de conformidad con lo preceptuado en el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores y en los arts. 2 , 3 y 5.E) del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto , ese concepto retributivo reviste un indiscutible carácter salarial en especie, que no es dable, por tanto, excluir el propio y típico salario " .

4º) Igualmente se pide computar a efectos salariales las cantidades pagadas por la empresa en concepto de dos viajes al año de ida y vuelta a España, tanto a los recurrentes como a su familia, los teléfonos móviles, la comida diaria y la mudanza.

La circunstancia de no cuantificar en modo alguno los eventuales importes de estos conceptos es determinante por sí sola del rechazo de esta solicitud. Adicionalmente, no consta el compromiso de abono de tales gastos ni, en todo caso, podría apreciarse el carácter salarial de billetes de ida y vuelta al país de trabajo, como tampoco los correspondientes gastos de mudanza y comida, que son indemnizatorios.



5º) Se reclama el cómputo salarial del plus de expatriación, con base a la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 27/9/14 y 18/11/14 .

La cantidad abonada por la empresa a los recurrentes en concepto de plus de expatriación debe ser computada a efectos de la posible indemnización que pudiera corresponder por extinción contractual, tal como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2015 (Recurso: 1561/2014 ), según la cual:

" *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 .*

(...)

*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 " .*

**CUARTO.-** La explicación de por qué los recurrentes entienden que su relación laboral ha de extinguirse con apoyo en el art. 50.1, apdo a ) y c) ET y, además de la indemnización establecida en este precepto, les corresponde percibir otra adicional de 25.000 euros, se desarrolla a lo largo de nueve folios, donde se llevan a cabo afirmaciones que en ciertos casos no constan en hechos declarados probados y en otros se conectan con preceptos distintos a los que se consideran infringidos. En síntesis se viene a decir que la decisión de la empresa de repatriar a los trabajadores no estaba justificada, puesto que el "Manual de Política de movilidad internacional" no estaba en vigor al momento de acordarse su traslado a España y porque nada impedía que aquéllos hubieran permanecido en Rumanía, ya que esto sólo hubiera supuesto su cambio de encuadramiento dentro del sistema de la seguridad social rumana, a lo que los afectados no se oponían, siempre que fuera con mantenimiento de las ventajas laborales que disfrutaban en ese país, siendo esto último lo que la empresa no quiso respetar (es decir, si los mantenía en Rumanía sería conforme al salario de este país), lo que fue rechazado por los trabajadores, determinando este rechazo su repatriación, la cual debe, según los recurrentes, considerarse una represalia y una modificación sustancial de las condiciones de trabajo impuesta sin seguir los presupuestos establecidos en el art. 41 ET y que, adicionalmente, quebró las expectativas de ascenso dentro de la empresa y la dignidad de los trabajadores, todo lo cual justifica la acción de extinción contractual que ejercen en este proceso y la reclamación subsiguiente que ejercen por daños morales.

Es preciso que clarifiquemos los diversos aspectos que encierran estas alegaciones. El primero de ellos es que la cuestión referida a la repatriación de los trabajadores no forma parte del objeto del presente proceso, como los propios recurrentes reconocen, al indicar que han interpuesto demanda impugnando la movilidad geográfica que la empresa acordó sin observar lo dispuesto en el art. 40 ET . Lo que de cara a este proceso resulta relevante es que esa repatriación se produjo y a consecuencia de ella las condiciones económicas de los recurrentes cambiaron, puesto que es lógico que no pudieran mantener las ventajas asociadas a una situación de permanencia en el extranjero que ya no existía. En consecuencia, no cabe apreciar que el cambiar las condiciones laborales asociadas a esa repatriación supusiera una modificación sustancial de condiciones de trabajo y menos que ello supusiera una lesión de la dignidad de los trabajadores.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** El siguiente reclama la calificación del despido de los recurrentes como nulo, sobre la base de que en la negociación del despido colectivo citado en el sexto hecho declarado probado la empresa incurrió en irregularidades sustanciales, como es la referida al mandato del art. 51.2 ET , según el cual la comisión representativa de los trabajadores debe quedar constituida con carácter previo a la apertura del período de consultas, para lo cual la empresa debe comunicar a los trabajadores o a sus representantes el inicio del procedimiento de despido colectivo. Según el escrito de suplicación este trámite no se cumplió, ya que dos de los recurrentes no recibieron notificación alguna del mismo.



Es claro que esta petición de nulidad del despido se asienta sobre el presupuesto de que los recurrentes no estaban representados por los sujetos negociadores del procedimiento de despido colectivo, cuando ya se ha visto al resolver la solicitud de revisión de hechos declarados probados que no es así y que, estando formalmente adscritos al centro de Las Tablas, éste contó con los representantes oportunos. No hay, por tanto, irregularidad en ese proceso de negociación de despido colectivo ni, correlativamente, base en esa causa para declarar la nulidad de los despidos de los recurrentes.

**SEXTO.-** El siguiente apartado de recurso vuelve a pedir la nulidad de los despidos de los trabajadores, esta vez por lesión de su garantía de indemnidad, en apoyo de lo cual vuelve a exponerse que aquéllos no tenían por qué haber sido repatriados y que, de haber continuado en Rumanía, se les podían haber conservado sus condiciones salariales al margen de su nuevo encuadramiento en el sistema de seguridad social rumano, pero que la empresa no quería mantener aquellas condiciones y por ello les repatrió, en represalia a la oposición de los trabajadores a quedarse en Rumanía sin las ventajas económicas que hasta entonces disfrutaban por estar fuera de España.

El escrito de impugnación al recurso se opone, resaltando en particular que la cláusula 10.5 de los contratos de trabajo en el extranjero suscritos por los recurrentes habilitaban a la empresa a poner fin a la expatriación en cualquier momento y sin necesidad de justificar causa concreta alguna.

Las condiciones pactadas por las partes procesales a raíz de la salida de los recurrentes al extranjero no constan expresamente en el relato fáctico, pero hemos de entender se dan tácitamente por reproducidas en el párrafo último del segundo fundamento de derecho de la sentencia impugnada y en su fundamento tercero: "*Los contratos preveían el cese de la situación de expatriación (hemos de entender "repatriación) en cualquier momento con un mes de preaviso"*", lo cual concuerda con el folio 679 de autos (contrato de D. Javier ) y los correlativos del resto de trabajadores. Lo que no figura en la sentencia impugnada es la fecha de interposición de la papeleta de conciliación previa a la demanda de impugnación de traslado (pleito éste distinto al presente) ni tampoco la de su eventual notificación a la empresa. Por tanto, difícilmente cabe entender acreditado que el despido haya sido una represalia empresarial a la interposición de dicha papeleta referida al proceso de movilidad geográfica. Tampoco pudo serlo como reacción a la demanda de extinción contractual que se enjuicia en este litigio, dado que se desconoce la fecha de presentación de la papeleta de conciliación y su notificación a la empresa, mientras que la correspondiente demanda se presentó el 1/6/2015 y notificó a la demandada el ocho de ese mes.

**SÉPTIMO.-** De modo subsidiario a la calificación del despido como nulo, los recurrentes reclaman que se considere improcedente, por no haberse abonado la indemnización que les correspondía, consecuencia del erróneo cálculo del salario establecido a estos efectos, lo que conduce a la aplicación del artículo 53.1. b ET , dado que estamos ante un error inexcusable.

El escrito de interposición de recurso se opone, incidiendo en la dificultad que encierra en este caso la determinación del salario de los actores, que requiere el examen individualizado de cada uno de sus componentes, de modo que, de existir algún error, sería excusable, conforme a la jurisprudencia que cita, entre la cual la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015 , que menciona, a su vez, la del mismo órgano judicial de 7 de febrero de 2006, según la cual es error excusable el no haber incluido en el cálculo de la indemnización por despido el valor de utilización de coche.

Dando réplica a la impugnación del escrito de suplicación los recurrentes han presentado alegaciones reiterando que el cálculo del salario en especie que les corresponde puede alcanzar hasta el 30% del salario monetario y realizan a continuación los cálculos a los que conducirían estas reglas fijadas en el art. 26.1 ET , concluyendo que en todos ellos el 30% de su salario monetario se encuentra por debajo del salario en especie (dentro del cual incluyen el gasto por vehículo) que les resulta computable, a excepción del Sr. Isidro .

Son tres las cuestiones a resolver al hilo de este motivo de recurso: la determinación del salario total computable, la concreción de si el cálculo del mismo realizada por la empresa implica un error excusable y la calificación del despido.

**OCTAVO.-**El salario computable lo fijaremos sumando las siguientes partidas:

1ª - Salario diario fijado en el primer hecho declarado, que lleva incluida prorrata de paga extra.

2ª.- Incrementado con el plus de expatriación

3º.- Calcularemos el 30% de la cantidad así obtenida para fijar el tope del salario en especie.

4º.- En ese 30% incluiremos las cantidades abonadas por la empresa en concepto de prima de seguro y alquiler de vivienda.



1º.- D. Isidro :

Salario computado por la empresa más plus de expatriación: 181,30 euros diarios.

30% = 54,39 euros.+

Salario en especie: 9,52 euros (prima de seguro), más 36,67 euros (vivienda): total 46,19 euros. Siendo el salario en especie inferior al 30% del salario monetario, tomaremos aquél en su integridad y el resultado son 227,49 euros diarios

2º.- D. Javier :

Salario computado por la empresa más plus de expatriación: 197,61 euros diarios.

Salario en especie: 12,23 euros (prima de seguro), más 25,80 euros (vivienda): total 251,60 euros diarios.

Siendo el salario en especie inferior al 30% del salario monetario (59,28 euros), tomaremos aquél en su integridad y el resultado son 235,69 euros diarios.

3º.- D. Jorge :

Salario computado por la empresa más plus de expatriación: 187,80 euros diarios.

Salario en especie: 7,49 euros (prima de seguro), más 28,33 euros (vivienda): total 35,82 euros diarios.

Siendo el salario en especie inferior al 30% del salario monetario (56,39 euros), tomaremos aquél en su integridad y el resultado son 223,62 euros diarios.

4º.- D. Justino :

Salario computado por la empresa más plus de expatriación: 225,90 euros diarios.

Salario en especie: 3,78 euros (prima de seguro), más 30 euros (vivienda): total 33,78 euros diarios.

Siendo el salario en especie inferior al 30% del salario monetario (67,77 euros), tomaremos aquél en su integridad y el resultado son 259,67 euros diarios.

5º.- D. Leon :

Salario computado por la empresa más plus de expatriación: 172,92 euros diarios.

Salario en especie: 9,56 euros (prima de seguro), más 26,67 euros (vivienda): total 36,23 euros diarios.

Siendo el salario en especie inferior al 30% del salario monetario (51,87), tomaremos aquél en su integridad y el resultado son 209,14 euros diarios

6º.- Sr. Luciano .

Salario computado por la empresa más plus de expatriación: 173,55 euros diarios.

Salario en especie: 12 euros (prima de seguro), más 20,00 euros (vivienda): total 32 euros diarios.

Siendo el salario en especie inferior al 30% del salario monetario (52,06), tomaremos aquél en su integridad y el resultado son 205,55 euros diarios.

7º.- Sr. Evelio

Salario computado por la empresa más plus de expatriación: 198,73 euros diarios.

Salario en especie: 12,08 euros (prima de seguro), más 26,67 euros (vivienda): total 38,75 euros diarios.

Siendo el salario en especie inferior al 30% del salario monetario (59,61), tomaremos aquél en su integridad y el resultado son 237,48 euros diarios.

**NOVENO.** - La diferencia que resulta del importe de los salarios que acabamos de indicar y los computados por la empresa (los reflejados en el primer hecho declarado probado) es manifiesta y no cabe calificarla como error excusable, puesto que la empresa debía saber que el plus de expatriación, la prima de seguro de accidentes y el alquiler de vivienda eran salario computable a la hora de fijar la retribución de los actores, lo que ocurre es que ha querido calcular ese salario en función del que correspondía a partir del 1 de junio de 2015, en lugar del año anterior del despido producido el 2 de ese mes, cuando la jurisprudencia ha consolidado el criterio de que debe estarse al salario del mes al despido y, de existir partidas variables, al del año anterior a la extinción contractual.

Como decimos, el error no es excusable y el abono de la indemnización por despido de la cuantía establecida determina que el despido sea improcedente.





**DÉCIMO.-** Los importes que se deben abonar en concepto de indemnización son:

Sr. Isidro : 101.801/78 euros.

Sr. Javier : 102.793,59 euros

Sr. Jorge : 59.818,35 euros

Sr. Justino : 93.805,79 euros

Sr. Leon : 58.297,77 euros

Sr. Luciano : 103.545,81 euros

Sr. Evelio : 55.510,95 euros

**UNDÉCIMO.-** Por último, el recurso solicita, con apoyo en el art. 29.1 ET en relación con el art. 53.1, c) del mismo texto legal, que se condene a la demandada al abono de la cantidad resultante de las vacaciones no disfrutadas así como a la indemnización por falta de preaviso del despido objetivo más el 10% de mora.

La empresa se opone a ambas peticiones. Respecto a la compensación por vacaciones resalta que la parte actora no hizo el menor esfuerzo probatorio para establecer la existencia de ese crédito. Respecto a la compensación por falta de preaviso mantiene que debe desestimarse porque su cuantía depende del salario de los recurrentes y no les corresponde el que ellos reclaman.

Es verdad que nada consta en la sentencia impugnada sobre la falta de disfrute de vacaciones por parte de los recurrentes, que bien pudieron haberlo hecho, puesto que la comunicación de despido que les dirigió la empresa se recibió el 16 de abril de 2015 y el despido tuvo lugar el 2 de junio de ese año. Por tanto, no se prueba la existencia de esa deuda.

**DUODÉCIMO.-** En cuanto a la compensación económica por falta de preaviso la doctrina sentada en esta materia por el Tribunal Supremo conduce a estimar esta petición, ya que tal pago no consta realizado. Dice en tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2011 (RCUD. 394/2011):

*"... según se resuelve en dicha sentencia de contraste, reiterando lo dicho en nuestra STS de 28/2/2005 (RCUD 1110/2004) (RJ 2005, 2042), si no se ha respetado el plazo de preaviso deberán abonarse los salarios correspondientes al mismo en concepto de indemnización complementaria, por disponerlo así el artículo 53.4 in fine, y "sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso", como establece el artículo 123.2 de la LPL, es decir, que tanto unos como otros deberán abonarse íntegramente. En tal sentido, la sentencia de contraste afirma: "Ante la claridad de lo dispuesto en el artículo 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, al establecer que "cuando se declare improcedente o nula la extinción extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso", no cabe olvidar, que la adopción del acuerdo de extinción del contrato por causas objetivas exige la observancia entre otros requisitos, el relativo a conceder un plazo de preaviso de 30 días, computando desde la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo ( artículo 53.1.c del Estatuto de los Trabajadores ) y que durante tal período de preaviso (en donde está vigente el contrato), el trabajador tendrá derecho sin pérdida de su retribución a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo y, la no concesión de este período de preaviso, si bien no anula la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho período de vigencia de existencia del contrato ( artículo 53.2 y 4 del Estatuto de los Trabajadores ). Precisamente, teniendo en cuenta estas circunstancias, particularmente que el contrato existe durante el período de preaviso, se pronuncia el artículo 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuya interpretación gramatical, lógica y sistemática excluye la conclusión que pretende la parte recurrente, pues se trata de retribuciones salariales correspondientes a distintas situaciones, una vigente el contrato de trabajo y la otra correspondiente a la situación en que el contrato ya está extinguido". Y a esa doctrina debemos atenernos por las mismas razones antes expuestas".*

El importe que corresponde a las cantidades devengadas por este concepto no puede incrementarse con el 10% de mora que reclama el recurso con apoyo en el art. 29 ET, dada la naturaleza indemnizatoria de aquéllas, tal como señala la misma sentencia parcialmente transcrita.

Por tanto, la deuda por este concepto (15 días de salario) asciende a:

Sr. Isidro : 3412.35 euros.

Sr. Javier : 3535.35 euros

Sr. Jorge : 3354.3euros



Sr. Justino : 3895.05 euros

Sr. Leon : 3137.1 euros

Sr. Luciano : 3083.25 euros

Sr. Evelio : 3562.2 euros

**DECIMOTERCERO.-** No procede la imposición de costas, dado que el art. 233.1 LRJS solo prevé esta medida respecto a la parte vencida que no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

**DECIMOCUARTO.-** Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina ( art. 218 LRJS ).

## FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por **D. Isidro , D. Javier , D. Jorge , D. Justino , D. Leon , D. Luciano Y D. Evelio** contra la sentencia del juzgado de lo social nº 17 de Madrid, dictada en autos 616/15, promovidos por la citada recurrente contra "FCC CONSTRUCCIÓN, SA" y, en su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y:

1º) Declaramos que la extinción del contrato de los recurrentes, producido el 2 de junio de 2015, constituye despido improcedente.

2º) Condenamos a la citada empresa a que, a su elección, opte entre abonar a los recurrentes la cantidad que seguidamente vamos a indicar o les readmita en iguales condiciones que tenían antes de extinguir la relación laboral.

Sr. Isidro : 101.801/78 euros.

Sr. Javier : 102.793,59 euros

Sr. Jorge : 59.818,35 euros

Sr. Justino : 93.805,79 euros

Sr. Leon : 58.297,77 euros

Sr. Luciano : 103.545,81 euros

Sr. Evelio 55.510,95 euros

Dicha opción deberá ejercitarse ante este Tribunal en los 5 días siguientes a la notificación de la presente sentencia, entendiéndose que, de no hacerlo, se opta por la readmisión

3º) Caso de optar por la indemnización, de la cantidad antes fijada se deberá descontar la ya abonada en concepto de indemnización por despido objetivo.

4º) Caso de optar por la readmisión, procederá el abono de salarios de tramitación a razón del importe diario que se indica más abajo, desde la fecha del despido hasta la notificación a la empresa de la presente sentencia. De ellos habrá que descontar los periodos correspondientes a otros trabajos realizados por la parte trabajadora en los que hubiese percibido salario igual o superior al abonado por la empresa que ha acordado a su despido.

Sr. Isidro : 227.49 euros.

Sr. Javier : 235.69 euros

Sr. Jorge : 222.62 euros

Sr. Justino : 259.67 euros

Sr. Leon : 209.14 euros

Sr. Luciano : 205.55 euros

Sr. Evelio : 237.48 euros

5º) Condenamos adicionalmente a la empresa recurrida a abonar a los recurrentes las siguientes cantidades:

Sr. Isidro : 3412.35 euros.

Sr. Javier : 3535.35 euros



Sr. Jorge : 3354.3euros

Sr. Justino : 3895.05 euros

Sr. Leon : 3137.1 euros

Sr. Luciano : 3083.25 euros

Sr. Evelio : 3562.2 euros

6º) No procede la imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **789/16** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 789/16), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art. 230.1 L.R.J.S .).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.