

Cómputo del salario en especie para el cálculo de la indemnización por despido.

STS-SOC núm. 166/2020, de 21 de febrero.

Carmen Viqueira Pérez

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante

Alicia Fernández-Peinado Martínez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante

Resumen: *La sentencia dilucida si el pago del arrendamiento de la vivienda habitual y de las primas de un seguro de salud y accidente tienen naturaleza salarial y deben, por ello, ser tenidos en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido objetivo; y, como cuestión derivada, reflexiona acerca del carácter excusable o inexcusable del error en el cálculo de la indemnización cuantificada al margen de estos conceptos.*

Palabras clave: *Despido. Indemnización. Extrasalarial. Salario en especie.*

Abstract: *The judgment clarified whether the payment of the lease of the habitual residence and the premiums of health and accident insurance have a salary nature and must, therefore, be taken into account in calculating the severance pay for objective dismissal; and, as a derived question, it reflects on the excusable or inexcusable nature of the error in the calculation of the quantified severance pay regardless of these concepts.*

Keywords: *Dismissal. Severance pay. Non-wage benefits. Salary in kind.*

I. Introducción

Frente a la sencillez con la que el ET enuncia la fórmula para determinar la cuantía de la indemnización por despido, la realidad demuestra que su cálculo está lejos de ser una ciencia exacta y, aún hoy, son muchas las cuestiones abiertas a la interpretación y a la duda. Sobre ellas han ido elaborando los Tribunales un cuerpo de doctrina que delimita qué conceptos retributivos han de servir para el cálculo de la indemnización, pero persiste todavía algún punto oscuro en el que -a falta de una intervención legislativa- la interpretación jurisprudencial adquiere especial importancia como es el caso de las partidas irregulares, las “*stock options*”, las retribuciones por objetivos y las retribuciones en especie. La sentencia comentada vierte su doctrina sobre esta última cuestión y en ella se dilucida si el pago del arrendamiento de la vivienda habitual y de las primas de un seguro de salud y accidente tienen naturaleza salarial y deben, por ello, ser tenidos en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido objetivo. Derivada de ello -pero no menos importante- la sentencia aborda también la cuestión de cuándo el error en el cálculo de la indemnización

(particularmente habitual cuando en la retribución del trabajador figura alguno de esos conceptos retributivos de naturaleza controvertida) tiene carácter excusable o inexcusable.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala IV).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 166/2020, 21 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación para unificación de doctrina núm. 3229/2017.

ECLI: ES:TS:2020:863.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: Voto particular formulado por la Excmo. Sra. Dña. María Lourdes Arastey Sahún al que se adhieren la Excmo. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga, el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro y el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Marín.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La STS de 21/02/2020 (Rec. 3229/2017) aborda la posible calificación de improcedencia del despido objetivo de un trabajador con base en la insuficiencia de la indemnización puesta a disposición. Para ello, la sentencia ha de resolver si determinadas partidas retributivas (arrendamiento de vivienda habitual y primas de seguro de salud y accidente) tienen carácter salarial y, por tanto, deben incluirse en el salario regulador para el cómputo de la indemnización, y, como cuestión derivada, ha de determinar también si la exclusión de estos conceptos deviene en un error inexcusable en el cálculo de la indemnización que conduzca a la declaración de improcedencia del despido.

El supuesto que resuelve la sentencia se plantea a raíz del despido objetivo de un trabajador que -entre 2013 y 2016- pasa a prestar sus servicios en Lima (Perú) al amparo de un "contrato de movilidad internacional" en cuya cláusula 6º ("*Otras condiciones asociadas a la expatriación*") la empresa se compromete a abonar los gastos de mudanza, los derivados de viajes al país de origen, el pago del alquiler de la vivienda habitual y del 100% de la prima de un seguro médico, entre otros conceptos. Poco después de ser repatriado y adscrito al centro de trabajo de Tablas (Madrid), la empresa comunica al trabajador su despido que se inscribe en un despido colectivo sustanciado mientras prestaba trabajo en Lima y que alcanza a 610 trabajadores. Cuando le comunica el despido, la empresa (FCC) pone a disposición del trabajador la indemnización acordada en el procedimiento colectivo (la tasada en el ET más 5.000 euros) sin incluir en su cálculo las cuantías correspondientes al pago del alquiler de la vivienda habitual (1.156 euros al mes) y de un seguro médico (3.094 euros al año) que la empresa venía abonando como partidas extrasalariales.

El trabajador suscribe un finiquito en el que acepta el salario regulador utilizado para el cálculo de la indemnización, pero, pese a esta inicial aquiescencia, finalmente opta por impugnar el despido solicitando la declaración de improcedencia con base en la insuficiencia de la indemnización puesta a disposición por la empresa al no incluirse en su cálculo lo abonado en concepto de arrendamiento de vivienda y de seguro médico. En instancia fue desestimada la pretensión del trabajador (Juzgado nº 8 de Valencia, en sentencia de 02/11/2016), por lo que recurrió en suplicación ante el TSJ de Valencia, que, en sentencia de 06/06/2017 (Rec. 731/2017), confirmó la resolución de instancia. Para el órgano de suplicación ambas partidas retributivas tienen una clara naturaleza extrasalarial, por lo que no procedió la revocación de la sentencia del

Juzgado de lo Social. Ante esta resolución, el actor persistió en su posición e interpuso el correspondiente recurso de casación para unificación de doctrina ante el TS.

IV. Posición de las partes

La resolución viene a aplicar la jurisprudencia sentada por la Sala en anteriores pronunciamientos referidos a trabajadores de la misma empresa en las sentencias de 16/04/2018 (Rec. nº 24/2017) y 19/07/2018 (Rec. nº 472/2017) en las que se concluye el carácter salarial del pago del alquiler de la vivienda habitual y del seguro médico y en las que se califica de error inexcusable el cálculo de la indemnización que excluye estos conceptos. En este sentido, la sentencia clarifica y reitera una doctrina ya sentada anteriormente.

La empresa mantiene el carácter extrasalarial de ambos conceptos retributivos en atención a la naturaleza compensatoria que atribuye al pago del alquiler de la vivienda (que entiende como una obligación derivada de la especial característica y situación del lugar en que ha de prestarse el trabajo) y del carácter de mejora voluntaria de la Seguridad Social que atribuye al pago del seguro médico (que, en ese contexto de expatriación, tendría por objeto mejorar la cobertura ofrecida por la Seguridad Social encontrando encaje en uno de los supuestos de exclusión del art. 26.2 ET).

Para el trabajador, sin embargo, ambos conceptos tienen carácter salarial. La asunción por la empresa del pago de la renta de la vivienda habitual carecería de valor compensatorio por la sencilla razón de que el lugar de prestación de trabajo no obedece a un cambio de lugar de trabajo unilateralmente impuesto por la empresa que deba ser compensado, sino que es fruto del mutuo acuerdo que las partes pactan en el “contrato de movilidad internacional” y, por tanto, constituye el lugar normal de prestación de servicios que conforma el objeto del contrato de trabajo. Por su parte, el pago de la prima del seguro médico que, en tanto que asumido como contraprestación en el “contrato de movilidad internacional” que suscribe con la empresa, constituye una obligación contractual y forma parte de la contraprestación que el trabajador percibe por su trabajo en Lima.

Partiendo de la base del carácter salarial de ambos conceptos retributivos, el trabajador denuncia el incumplimiento de la empresa con respecto al requisito de la puesta a disposición de la indemnización por despido, dado que la indemnización ofrecida no era la debida, al no incluir su cálculo todos los conceptos salariales.

V. Normativa aplicable al caso

El andamiaje normativo sobre el que se sustenta la controversia tiene como común denominador diversos preceptos del ET en torno al carácter salarial de la retribución del trabajador; acerca de los requisitos formales que han de sustanciarse en el despido objetivo (más exactamente, en la fase individual del despido colectivo); y sobre los efectos que la concurrencia de determinados defectos formales (error en el cálculo de la indemnización) tienen de cara a la calificación del despido. Se han de tomar en consideración los siguientes preceptos:

Art. 26: 1. “Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.(...) 2. No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”

Art. 51.4. “Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la

fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”.

Art. 53: 1. “La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes: (...) b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

Art. 55. 4. “El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1”.

VI. Parte dispositiva

Aunque finalmente la sentencia no avala los intereses del trabajador a causa de un escollo procesal, por lo que respecta a las cuestiones objeto de comentario (la naturaleza del pago por la empresa del arrendamiento de la vivienda y del seguro médico, así como el carácter inexcusable que supondría su exclusión del salario regulador de la indemnización por despido objetivo) la Sala le da la razón (“es cierto que la sentencia recurrida se ha apartado de la doctrina expuesta, aun cuando...el recurso no puede prosperar”).

En este sentido el TS niega que el pago del arrendamiento de la vivienda constituya “un suplido por un desembolso extraordinario efectuado por el trabajador debido a su trabajo. Por el contrario, se trata de un gasto que se incluye en el coste de vida habitual de todo ciudadano. La empresa ha pasado a retribuir una suma dedicada a vivienda del trabajador no limitándose a suplir un gasto adicional soportado por éste, ya que el trabajador no se halla temporalmente desplazado por razón del contrato, sino que necesariamente reside en la localización de destino fijada en el mismo”. En el mismo sentido se expresa la Sala en relación al seguro de salud, “ya que el mismo se deriva de la existencia de la relación laboral entre las partes y es, por tanto, una contrapartida a las obligaciones del trabajador”. De este modo, el TS concluye que “todo ello nos lleva a afirmar la naturaleza salarial de los dos conceptos controvertidos y, en consecuencia, la imperatividad de que se computaran e incluyeran en la indemnización puesta a disposición por la empresa al comunicar el despido al demandante”.

En cuanto al carácter inexcusable del error, señala la sentencia que “la empresa no podía excluir la inclusión de conceptos de naturaleza salarial como los aquí controvertidos, aun cuando el trabajador los percibiera en especie por tratarse de beneficios que eran abonados directamente por la empresa. No puede obviarse que, en todo caso, estamos ante la misma empresa y tipología de contratos de trabajo sobre los que en la fecha del despido del actor a se habían pronunciado esta Sala en dos ocasiones, lo que abunda en la absoluta inexcusabilidad de la errónea puesta a disposición de la indemnización al aquí demandante”.

VII. Pasajes decisivos

a) Como ya ha señalado, en relación a la naturaleza salarial o extrasalarial del pago del alquiler por la vivienda habitual y el seguro médico, la sala reitera la jurisprudencia emanada en dos resoluciones previas con respeto a trabajadores de la misma empresa.

“(...) no estamos ante supuestos de movilidad geográfica del art. 40 ET, sino pactos contractuales suscritos con la finalidad específica de que la prestación de servicios se desarrolle en una determinada ubicación en país extranjero. Y recordábamos que, cuando se trata de la celebración del contrato para la prestación de servicios en el lugar que constituía su objeto, “es claro que lo abonado por ese concepto tenía carácter salarial y no compensatorio de gastos por desplazamientos a los que no obligaba el contrato. Es precisamente la inexistencia del deber de

desplazarse de un centro de trabajo a otro por imposición empresarial el dato que sirve para calificar la naturaleza jurídica de las indemnizaciones pagadas..." (STS/4ª de 16 febrero 2015 -rcud. 3056/2013- y 7 abril 2015 -rcud. 1187/2014-)".

"(...) para ser un concepto extrasalarial, debería suponer la compensación de un gasto relacionado como consecuencia de la actividad laboral. Mas, en casos como el presente es remarcable que la empresa esté asumiendo un concepto de gasto que, con independencia del lugar en que se desarrollara el trabajo, correría lógicamente a cargo del trabajador; ya que, sea cual sea el lugar en que la prestación de servicio se desenvuelva, es éste el que tendrá que soportar el coste de su vivienda sin repercusión alguna sobre la relación laboral. Por consiguiente, si el trabajador ve cubierta esa necesidad vital por parte de la empresa, es obvio que su retribución global por razón del contrato de trabajo resulta incrementada."

"(...) el alquiler de la vivienda constituye salario, tanto si la empresa incluye una cantidad en la retribución mensual destinada a ese concepto, como si abona directamente la renta arrendaticia de la vivienda que ocupa el trabajador (salario en especie). Así lo sostuvimos también en nuestra STS/4ª de 13 noviembre 2001 (rcud. 858/2001), en la que, recordando las STS/4ª de 31 de octubre de 1983 y de 11 de febrero de 1997, indicábamos que la retribución por vivienda mediante el pago o reembolso de gastos de alquiler y la cesión del uso de la misma son modalidades retributivas que tienen en la jurisprudencia la misma consideración de retribución salarial."

"En la STS/4ª de 27 de junio de 2007 (rcud. 1008/2006) declarábamos que el seguro de vida forma parte de la estructura del salario, como una partida más. Y en la STS/4ª de 2 octubre 2013 (rcud. 1297/2012) sostuvimos que los seguros adicionales abonados por la empresa no pueden considerarse como supuestos de exclusión del citado art. 26.2 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. 238 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".

b) Por su parte, en relación al carácter inexcusable del error en la cuantificación de la indemnización por despido objetivo resulta especialmente relevantes los siguientes pasajes:

"Esta Sala ha aplicado a los despidos por causas objetivas la jurisprudencia sobre la existencia o no de un error excusable para declarar que la cuestión exige un análisis específico de las circunstancias concretas que en cada caso se producen; mas, aquilatando algunos criterios. Así, hemos sostenido que la escasa cuantía de la diferencia puede considerarse un error excusable siempre y cuando estemos ante supuestos en que la operación aritmética no llevaba aparejadas complejidades de índole jurídica. Mas también hemos señalado que el error es inexcusable cuando la empresa no tiene justificación porque podía fácilmente desvanecer la duda, pues podía haber evitado la diferencia con una mayor diligencia y excluyendo toda malicia (STS/4ª de 17 diciembre 2009 -rcud. 957/2009-, 21 julio 2015 -rcud. 2366/2014-, 22 julio 2015 -rcud. 2393/2014-, 23 julio 2015 -rcud. 2219/2014- y 30 junio 2016 -rcud. 2990/2014-). "En suma, ni todo error jurídico es necesariamente constitutivo de error inexcusable, ni toda diferencia de escasa entidad aboca a la consideración del error como excusable" (STS/4ª de 14 marzo 2018 -rcud. 801/2016-)."

"En el presente caso la empresa no podía excluir la inclusión de conceptos de naturaleza salarial como los aquí controvertidos, aun cuando el trabajador los percibiera en especie por tratarse de beneficios que eran abonados directamente por la empresa. No puede obviarse que, en todo caso, estamos ante la misma empresa y tipología de contratos de trabajo sobre los que en la fecha del despido del actor ya se

había pronunciado esta Sala en dos ocasiones, lo que abunda en la absoluta inexcusabilidad de la errónea puesta a disposición de la indemnización al aquí demandante.”

VIII. Comentario

Como ya se ha señalado, la STS de 21/02/2020 (Rec. 3229/2017) trata de dirimir la posible improcedencia de un despido objetivo derivada de la insuficiencia de la indemnización puesta a disposición del trabajador. La controversia no es novedosa, puesto que la Sala ya se había pronunciado hasta en dos ocasiones sobre esta misma cuestión y respecto a la misma empresa y tipología de contratos. Es por ello, que el TS toma como referente la jurisprudencia asentada en aquellos pronunciamientos.

El andamiaje argumental de la sentencia arranca reflexionando acerca del carácter salarial que debe atribuirse al abono del alquiler de la vivienda habitual y de la prima del seguro médico; afirma la consecuente necesidad de calcular la indemnización por despido teniendo en consideración la cuantía de estas partidas salariales, y concluye afirmando el carácter inexcusable del error en la cuantía de la indemnización por haberse calculado esta sin tener en cuenta lo percibido por el alquiler de la vivienda habitual y por la prima del seguro médico.

El salario que ha de servir de módulo para calcular la indemnización por despido es origen de frecuente controversia entre empresa y trabajador y, aunque los tribunales han ido elaborando un cuerpo de doctrina que delimita qué conceptos retributivos han de servir para el cálculo de la indemnización, persiste todavía algún punto oscuro en el que -a falta de una intervención legislativa- la interpretación jurisprudencial adquiere especial importancia como es el caso las retribuciones en especie. A ello colabora eficazmente el hecho de que no es infrecuente que este tipo de retribución forme parte de estructuras salariales complejas y, además, sea objeto de deliberada ocultación para orillar las obligaciones fiscales y de Seguridad Social que inevitablemente sujetan a las partidas salariales “transparentes”; pero la esencia de la cuestión reside en la diferente naturaleza que un mismo concepto retributivo puede tener en atención a las circunstancias concurrentes.

Consciente de todo ello, en relación a la naturaleza que deba atribuirse a las partidas retributivas objeto de controversia, la Sala realiza un breve recordatorio de su doctrina básica sobre la materia que, como se sabe, parte de la propia definición de salario contenida en el art. 26.1 ET y de los elementos configuradores que de ella se desprenden y cuya concurrencia permite dilucidar el carácter salarial o extrasalarial.

En este sentido, recuerda la Sentencia que el concepto de salario se configura como “*la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar*” y que de esta definición se desprenden tres notas configuradoras ya clásicas. La primera afirma el carácter imperativo del art. 26 ET de modo que la naturaleza salarial o extrasalarial de determinada partida retributiva no depende de la denominación que le otorguen las partes, sino de la función que cumpla: es salario toda prestación que retribuya el trabajo. La segunda recuerda que todo lo que el trabajador perciba de la empresa está sujeto a una presunción *iuris tantum* que apunta a su carácter salarial, de modo que, toda percepción es salarial salvo que se demuestre que responde a algún concepto retributivo extrasalarial de los enumerados en el ET. Y señala la tercera regla que el salario tiene carácter totalizador, ya que tienen naturaleza salarial todas las percepciones del trabajador por la prestación de su trabajo independientemente de su composición, procedimiento de fijación, periodo de cálculo o cualidad del tiempo al que se refiera. Por otro lado, la Sala también recuerda, que, por el contrario, tienen carácter extrasalarial las percepciones que señala el art. 26.2 ET (las indemnizaciones o suplidos por gastos, las prestaciones o indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos) haciendo especial mención a las cantidades que

pretendan compensar los gastos soportados por el trabajador fuera de las condiciones ordinarias de su prestación de servicios, como ocurre con las dietas por comidas, pernoctación etc.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala analiza la naturaleza atribuible a cada uno de los conceptos retributivos en liza. Por lo que respecta al primer concepto, la renta de la vivienda habitual del trabajador, comienza recordando que, según su doctrina básica, para que se le atribuya naturaleza extrasalarial, dicho concepto debe tener por objeto compensar los gastos ocasionados al trabajador fuera de las condiciones ordinarias de su prestación de servicios. Como ocurre, por ejemplo, con las dietas por comidas o pernoctación que se abonan porque el trabajador no puede dormir en su vivienda habitual. Tomando como punto de partida esta tesis, para que el pago del arrendamiento de la vivienda habitual tuviera naturaleza extrasalarial, sería preciso que el lugar de residencia del trabajador no fuera el habitual, porque la ubicación de la prestación de servicios que conformaba el objeto del contrato de trabajo hubiera sido modificada por una decisión unilateral del empresario con base al art. 41 ET. En efecto, dicho precepto otorga al empresario la potestad de variar el lugar donde ha de ejecutarse la prestación de trabajo a pesar de que implique un cambio de residencia habitual para el trabajador, pudiendo ser dicha modificación definitiva o de larga duración (cuando excedan de 12 meses en un periodo de 3 años) como ocurre en los traslados o temporal, cuando se tratara de un desplazamiento. Debiendo el empresario en ambos supuestos compensar al trabajador por los gastos económicos que el nuevo lugar de residencia le haya podido ocasionar.

No obstante, de los hechos se infiere que el cambio de lugar de trabajo no fue producto de una movilidad geográfica al amparo del art. 40 ET, esto es, una modificación del contrato impuesta por decisión del empresario. El cambio de ubicación fue consecuencia de la celebración de un pacto novatorio que, aunque se desconoce su concreto alcance, implicaba, entre otros extremos, una variación del objeto del contrato por lo que al lugar de prestación de trabajo se refiere y, además, determinados beneficios económicos para el trabajador como la asunción por el empresario del pago de la vivienda habitual y la prima de un seguro médico. En efecto, las partes acordaron como lugar de prestación de servicios una nueva ubicación, Lima (Perú), durante un periodo de tiempo concreto (24 meses). Consecuencia de ello, si se parte de la premisa de que el lugar de prestación de trabajo se daba en el lugar que constituía el objeto del contrato, es necesario concluir que lo abonado por la empresa no tenía como finalidad compensar al trabajador por ningún gasto de desplazamiento o traslado que tuviera que soportar de manera extraordinaria.

Conviene reseñar especialmente esta circunstancia, el pacto novatorio como origen del nuevo lugar de prestación de servicios, ya que es el elemento determinante que, a juicio del TS, excluye la finalidad compensatoria de dicho concepto retributivo y, con ello, la imposibilidad de calificarlo como extrasalarial. La empresa voluntariamente se hizo cargo del pago de un gasto del trabajador que, fuera cual fuera el lugar pactado para llevar a cabo el trabajo, tendría que haber sido asumido por aquel, ya que se trata del coste de vida habitual que en ningún caso debe repercutir sobre el contrato de trabajo. Por tanto, si la empresa asume voluntariamente el coste de la residencia habitual del trabajador, se ha de concluir que el salario del trabajador se incrementa en proporción al valor de la renta satisfecha por la empresa, puesto que se ve liberado de hacer frente a ese coste con sus propios recursos.

Y la misma naturaleza, esto es, salarial merece el importe abonado por la empresa como prima de seguro de salud y accidente, según el TS. En primer lugar, porque el abono de dicho concepto es consecuencia de la existencia de una relación laboral entre las partes, pudiendo considerarse, por tanto, una contrapartida de la correspondiente obligación del trabajador de prestar sus servicios. Y, en segundo lugar, porque no encaja, tal y como pretende la empresa, en ninguno de los supuestos de exclusión de la naturaleza salarial tipificados en el art. 26.2 ET. En efecto, la empresa alega que se trata de una mejora de las prestaciones de la Seguridad Social. Sin embargo, la Sala rechaza tal consideración y, además, señala que, de ser

aplicable hipotéticamente esta tesis, la naturaleza extrasalarial sólo sería predicable de las prestaciones o beneficios económicos derivadas del seguro, pero no las primas abonadas por la empresa.

En consecuencia, la Sentencia determina que en el cálculo de la indemnización debió incluirse el valor de lo abonado por la empresa como arrendamiento de vivienda del trabajador y como seguro de salud y accidentes. La diferencia que se deriva de incluir o no en el cálculo dichos conceptos son 24.607,08 euros.

Si esta diferencia en la cuantía de la indemnización y su causa (no computar el salario en especie) constituyen o no error excusable es la siguiente cuestión que la sentencia analiza. Se parte aquí de la conocida premisa de que *“ni todo error jurídico es necesariamente constitutivo de un error inexcusable, si toda diferencia de escasa entidad aboca a la consideración del error como excusable”* (STS 14.03.2018 - Rec.801/2016-), de modo que también esta cuestión ha de ser abordada desde el análisis de las circunstancias concurrentes, recordando la sentencia algunos criterios básicos a tener en cuenta. Así, señala que la escasa cuantía de la diferencia puede considerarse un error excusable siempre y cuando se trate de supuestos en que la operación aritmética no lleve aparejadas complejidades de índole jurídica, mientras que el error puede considerarse inexcusable cuando la empresa no tiene justificación porque podía fácilmente desvanecer la duda, haciendo gala de una mayor diligencia y excluyendo toda malicia. En este caso la cuestión no resultaba especialmente dudosa -a nuestro juicio- por cuanto, por un lado, la diferencia de cuantía derivada del error es de entidad (24.607,08 euros) y, por otro, el error, en el plano jurídico, resultaba de todo punto inexcusable (*“absoluta inexcusabilidad”* en acertada expresión de la sentencia) dado que la empresa ya conocía fehacientemente que debía incluir el alquiler de la vivienda y la prima del seguro médico en el cálculo porque, a la fecha del despido, la Sala ya se había pronunciado en dos ocasiones frente a la misma empresa sobre esta cuestión.

IX. Apunte final

El cálculo de la indemnización por despido, pese a su aparente sencillez, es un piélagos de cuestiones abiertas a la interpretación y a la duda. Son conocidas las controversias en torno a la determinación del tiempo de servicios computable (ausencias del trabajador, cómputo en fijos discontinuos) y también son numerosas las que giran en torno al salario del trabajador (partidas irregulares, *“stock options”*, retribuciones por objetivo, retribuciones en especie). Al abrigo de la ingente tarea de clarificación que los tribunales han tenido que asumir, ha ido tomando cuerpo una estable doctrina acerca de la delimitación de uno y otro parámetro, aunque no deja de sorprender que el legislador no haya encontrado momento para llevar a la norma siquiera los más sólidos de esos criterios para dotar a una cuestión tan crucial de una mínima seguridad jurídica.

El cómputo de las retribuciones en especie es un ejemplo paradigmático de la complejidad que puede encerrar la delimitación del salario del trabajador para el cálculo de la indemnización. No sólo porque es relativamente frecuente que este tipo de retribución forme parte de estructuras salariales complejas y, además, sea objeto de deliberada ocultación para orillar las obligaciones fiscales y de Seguridad Social que inevitablemente sujetan a las partidas salariales *“transparentes”*; sino porque, en ausencia de regulación normativa, la diferente naturaleza salarial o extrasalarial que un mismo concepto retributivo puede tener (alquiler de la vivienda, disfrute del vehículo, uso de teléfonos u otros dispositivos) depende de las circunstancias concurrentes. Aunque la extremada casuística de esta materia no hará fácil su plasmación, resulta necesario que legislativamente se precisen los parámetros para determinar el carácter salarial o extrasalarial de estos conceptos retributivos y el modo en que, en su caso, hayan de computarse.