

LA INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DE CONTRATO EN LA RELACIÓN LABORAL DE ALTA DIRECCIÓN

José Hurtado Cobles

*Socio Responsable del Departamento Laboral
de Firma Legal Abogados (Barcelona)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Martín GODINO REYES, don Fermín GUARDIOLA MADERA, doña Sofía OLARTE ENCABO, don Ángel Luis SÁNCHEZ IGLESIAS y don Juan Miguel TORRES ANDRÉS.

EXTRACTO

El principal efecto de la extinción de un contrato de trabajo, junto con la finalización del deber de prestación de servicios, es el devengo del derecho a percibir una indemnización por parte del trabajador. La dicotomía entre el carácter tasado de tal indemnización, por un lado, y la libertad de pactos que rige en la relación de alta dirección, por otro, obliga a tener que analizar con detenimiento cada uno de los parámetros a tener en cuenta en el momento de la cuantificación. Salario percibido –con especial atención al variable y al salario en especie– y años de prestación de servicios son los dos criterios a valorar y que se estudian a continuación, haciendo especial hincapié tanto en la práctica habitual actual como en las interpretaciones jurisprudenciales.

Palabras claves: contrato de trabajo, extinción, indemnización y alta dirección.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de revisión: 23-01-2015 / Fecha de aceptación: 24-01-2015

COMPENSATION FOR CONTRACT EXTINCTION IN THE SENIOR MANAGEMENT PERSONNEL RELATIONSHIP

José Hurtado Cobles

ABSTRACT

The main effect in the extinction of a labour contract, apart from the end of providing services obligation, is the economic compensation to be received by the employee. The dichotomy between the fixed character of the compensation, and agreement's liberty which rules the senior management personnel, obliges to study steadily every issue to quantify. The salary (including bonus and additional benefits) and the number of years spent in the job are criteriums to evaluate the compensation, and shall be analysed below, insisting not only in the usual experiences but the judicial interpretations.

Keywords: labour contract, extinction, compensation and senior management personnel.

Sumario

1. Carácter tasado de la indemnización por extinción
2. El salario como referencia para el cálculo de la indemnización
 - 2.1. El salario en metálico
 - 2.2. El salario en especie
 - 2.3. Prestaciones extrasalariales
3. Los años de servicio como referencia para el cálculo de la indemnización

La extinción del contrato de trabajo de alta dirección conlleva, como principal efecto, junto al cese de las obligaciones de prestar servicios para el directivo y de retribución para el empresario, el nacimiento del derecho a la percepción de una indemnización a favor del primero que vendrá a cargo del segundo y en la cuantía que hubieren fijado o, en su defecto, en aquella otra que con carácter de mínimos se fije en la normativa de aplicación.

1. CARÁCTER TASADO DE LA INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN

En esta materia hay que tener presente que la jurisprudencia ha insistido en mantener que la indemnización por despido tiene carácter tasado, *ex lege*, de tal forma que es innecesaria la prueba de los daños y perjuicios o, si se quiere, que estos se presumen *iuris et de iure*. Doctrina repetida en varias ocasiones tanto por el Tribunal Constitucional¹ como por el Tribunal Supremo, cuya [Sentencia de 23 de octubre de 1990](#)² viene a establecer que la normativa laboral en materia de fijación de indemnizaciones se aparta de la normativa civil y fija un régimen propio de resarcimiento de carácter objetivo y tasado, «según los términos que establece el artículo 56 del [ET](#), que contiene determinadas reglas, cuya aplicación produce la exacta cuantificación de aquella, sin que el juzgador pueda valorar de otro modo los daños y perjuicios causados por dicho despido improcedente, incrementando o disminuyendo la cantidad que resulta del baremo establecido; sistema este que, puede unas veces beneficiar y otras perjudicar al trabajador, quien, por su parte, se halla liberado de acreditar los daños y perjuicios sufridos, pues su existencia se encuentra amparada con presunción *iuris et de iure*».

Doctrina esta que, aun referida expresamente a la relación laboral común, es plenamente aplicable a la relación especial de alta dirección que aquí se estudia.

Este carácter tasado de la indemnización tendrá como principal consecuencia impedir una valoración de los daños y perjuicios que hayan podido ser causados al trabajador directivo por la extinción contractual, sin que sea posible amparar una mayor cuantificación por parte del perjudicado, ni aceptar prueba en contrario para el empresario e impidiendo a ambas la compensación con cualquier otra cantidad pues, como señala la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de abril de 1997 (sent. núm. 2770/1997) no es factible para la relación laboral que, con apoyo en la normativa civil, se puedan imponer otras consecuencias indemniza-

¹ Así, Sentencias del Tribunal Constitucional núms. [6/1984](#) y [32/1987](#).

² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1990 (rec. núm. 3665/1993), ponente: Excmo. Sr. Rafael Martínez Emperador.

torias distintas de las ya previstas en el propio ordenamiento laboral toda vez que «..., la rescisión del contrato se ha de producir con la indemnización que en el precepto se fija y no otra distinta que, de admitirse, vaciaría de contenido la Norma Legal cuando esta, dado su contenido específico y concreto, supone la voluntad legal de regular las consecuencias del incumplimiento contractual por parte del empresario, a los efectos de una interpretación finalista del art. 3.1 del Código Civil».

Sin embargo, si bien este carácter tasado, «sin que el juzgador pueda valorar de otro modo los daños y perjuicios causado», se podría jactar de objetivo y funcional, lo cierto es que su aplicación al no conllevar una exacta y definitiva cuantificación del monto indemnizatorio, tampoco consigue evitar plenamente la existencia de controversias entre las partes, derivadas principalmente de la interpretación de los términos en los que la normativa laboral expresa las bases para realizar el cálculo de la indemnización. Y es que, efectivamente, tanto el parámetro «días de salario» como «años de servicio» resultan con frecuencia discutidos en el momento de producirse la extinción del contrato, tal y como se verá a continuación.

2. EL SALARIO COMO REFERENCIA PARA EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

Nos detenemos a continuación en analizar los problemas planteados en la práctica por el término «salario» como módulo de cálculo y, más concretamente, a conocer cuál haya de ser el salario-día computable a efectos de calcular la indemnización que corresponda al alto directivo.

En este ámbito, la autonomía de la voluntad cede ante la regla de indisponibilidad de las partes sobre la naturaleza de la retribución pues, como regla básica, se deberán computar para el cálculo indemnizatorio solo aquellas partidas que tengan naturaleza salarial, conforme a los criterios que más adelante se expondrán, por lo que no cabría considerar válida, en ningún caso, una posible cláusula a tenor de la cual se negara el carácter salarial a determinados conceptos, lo fuese con carácter general o a meros efectos indemnizatorios o, viceversa, calificara como salarial alguna partida que realmente no lo sea, como un suplido o una indemnización.

Aunque aceptado este acotamiento inicial a la autonomía de la voluntad de las partes, y en contraste con la regulación común diseñada en el artículo 26.3 del **ET** y frecuentemente también en los convenios colectivos de trabajo que imponen un sistema salarial rígido con escasas posibilidades para la autonomía individual, el **Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto**, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (RDAD), no regula la estructura salarial del contrato de alta dirección ni se remite a la legislación laboral común, por lo que en la práctica la retribución se establece, en función de cada caso concreto, mediante diferentes y variadas fórmulas de organizar la estructura retributiva del alto cargo.

A efectos meramente didácticos, se suele proponer una estructuración convencional para las diversas percepciones económicas del personal directivo: por un lado, el salario en metálico, comprensivo tanto de una cantidad fija como de aquellas sumas variables formalizadas mediante

diferentes complementos y, por otro, el salario en especie comprensivo de todas aquellas partidas que no abonándose en metálico, también retribuyen la prestación de servicios.

Ambas serán susceptibles de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización, pero solo en el caso de que las partes así lo hayan pactado pues, en defecto de pacto, únicamente la primera –salario en metálico– servirá de referencia. Quedarán obviamente aparte las percepciones que tengan un carácter extrasalarial aunque, al menos hipotéticamente, nada impediría que se pudiesen incluir en el cálculo indemnizatorio si así lo hubieren convenido las partes.

Por tanto, y a diferencia de la previsión del artículo 26.1 del ET por el que se consideran la totalidad de las percepciones económicas del trabajador, tanto en dinero como en especie para el cálculo de la indemnización, el salario que actúa como base para el cálculo de la indemnización del alto directivo, salvo pacto en otro sentido, será exclusivamente el salario en metálico.

2.1. EL SALARIO EN METÁLICO

El importe que en concepto de salario en metálico se abone por la empresa puede ser concretado con total libertad por las partes, siendo lo más habitual fijar una cantidad bruta global de periodicidad anual, fija, cuyo abono se distribuye periódica y regularmente en un mínimo de 12 pagos del mismo importe, aunque sería factible también que el salario global anual se distribuyera de forma irregular a lo largo del año.

Evidentemente junto a esta partida, también se incluirán en el cálculo de la indemnización, las cantidades en metálico que perciba regularmente el alto directivo aunque tengan vencimiento superior a un mes, como podrían ser pagas extraordinarias, participación en beneficios, bonus o liquidación de comisiones.

En aras de conseguir una mayor integración del directivo con el interés y devenir de la empresa, junto a esta cantidad en metálico preestablecida, es habitual acordar una serie de complementos salariales de carácter variable, sujetos a que se cumplan ciertas condiciones previas relacionadas normalmente con el resultado del trabajo del alto directivo y/o con los propios resultados empresariales, bien con sus beneficios, su volumen de ventas, expansión en el mercado, capital social, etc.

Es esta última partida la que muestra más dificultades en el momento de proceder a la cuantificación de la indemnización, debido principalmente a que, siendo el salario regulador el vigente en el momento del despido, en ocasiones puede resultar complejo su cálculo al tratarse de incentivos a medio o largo plazo, de devengo incierto e importe variable y, en su caso, de liquidación diferida a una fecha posterior a la de finalización de la relación contractual. En tales casos, como se verá, las partes quedarán obligadas a emplear algún criterio de imputación temporal de tales partidas para el cálculo correcto de la indemnización que deba abonarse.

En primer lugar, como complementos salariales variables, existen los denominados comúnmente *primas de enganche* o *cuotas de fichaje*, a través de los cuales se pretende incentivar al

alto directivo a aceptar la oferta de empleo que se le propone y, en ocasiones, a que abandone la empresa en la que viniera prestando servicios con anterioridad, recompensándole indirectamente la pérdida de la antigüedad que tuviera consolidada en esta, junto con el posible incumplimiento del pacto de no competencia o de permanencia que pudiere tener suscrito con la misma.

Respecto los mismos, y siguiendo a MATORRAS DÍAZ-CANEJA³, los criterios aplicables para su imputación temporal en el cálculo indemnizatorio serían los siguientes:

- a) Si este complemento o prima se satisface al inicio de la relación, sea en pago único o fraccionado, pero no se ha condicionado su abono a la superación de un periodo de permanencia mínimo, deberá imputarse su importe total al primer año de trabajo y, por ello, se computaría el importe total que la empresa se ha comprometido a pagar solo si el cese tiene lugar dentro del plazo de un año a contar desde la fecha de incorporación a la compañía, y ningún importe deberá computarse si la extinción tiene lugar transcurrido ese periodo.
- b) Si se trata de un pago, único o fraccionado, pero condicionado a la superación de un periodo mínimo de permanencia, habría que computar la totalidad de la prima, prorrateándola en el número de meses que componen el periodo de permanencia mínimo, aun cuando el trabajador solo hubiere cobrado una parte, siempre y cuando estemos ante supuestos de extinción por causa imputable a la empresa.

Además, al ser la empresa la que impide que la relación continúe, no estaría legitimada para exigir la restitución, total o parcial, del importe que ya hubiera satisfecho al trabajador, ni podría escudarse en que no se ha cubierto el periodo mínimo de permanencia para que la prima no computara por su importe total, debidamente prorrateado, a efectos indemnizatorios. Así lo declara la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de mayo de 1991⁴ respecto de una prima por la aceptación de un contrato de alta dirección de 5 años de duración, por importe de 35 millones de pesetas, que se devengaba al 31 de diciembre de cada año, por partes iguales, pero se había abonado por adelantado en el momento de la contratación. Al proceder la

³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «La integración de las retribuciones variables e irregulares en el salario regulador de las indemnizaciones legales por despido», *Relaciones Laborales*, 2005-1.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de mayo de 1991 (rec. núm. 1088/1990), ponente: Excmo. Sr. Enrique Álvarez Cruz. Textualmente: «..., lo querido por las partes fue el cumplimiento del contrato durante los cinco años previstos como duración del mismo y que por ello se contemplan tres distintas posibilidades por lo que se refiere a la eventual devolución por el trabajador de la parte de la prima correspondiente a los periodos de tiempo no trabajados. Si el cese del trabajador en la empresa se producía por causas imputables al mismo, habría devolución de la prima o de parte de ella. Si se producía por causas imputables a la empresa, como fue el caso, no habría devolución de la prima, que se perdería por la empresa. Si tenía lugar por causas no imputables ni a una ni a otra parte, es decir, por causas involuntarias, no habría devolución tampoco, pero la empresa se cubriría de la pérdida mediante la concertación de un seguro. Lo que aquí se produjo fue un despido, que la propia empresa reconoció luego como impropio, una causa, por lo tanto, no atribuible a la voluntad del trabajador».

- empresa a despedir al alto cargo mediante despido improcedente antes del transcurso del tiempo pactado, su pretensión de devolución de la parte proporcional de la prima abonada por el periodo no consumido fue rechazada por la sala, entendiendo que no procede su devolución a la empresa por no tratarse de una extinción a instancia del directivo ni, por tanto, imputable al mismo.
- c) Si la prima se ha satisfecho anticipadamente, a pesar de vincularse a un periodo de permanencia plurianual, habrá que prorratear la cuantía total correspondiente a la prima entre el número de meses de permanencia mínimo (periodo de consolidación de la prima), y solo se computaría la prorrata mensual así obtenida si el cese tiene lugar durante el transcurso del periodo de permanencia. Si el solapamiento del periodo de consolidación de la prima con el periodo de los 12 meses inmediatamente anteriores al cese es solo parcial, en cambio, no parece que deba entrar en el cómputo a efectos de cálculo del salario anual, a partir del cual se determina el salario diario regulador de la indemnización, el importe imputable al tiempo de solapamiento, habida cuenta de que la prima no forma parte ya del salario del trabajador, sino que se trataría de un concepto retributivo «histórico» no consolidado.

Más frecuentes en la relación especial de alta dirección son los pactos de bonus, objetivos, participación en beneficios o similares, acordados a modo de complemento salarial y cuyo devengo y cuantía se fijan haciéndolos depender de algún dato objetivo, desconocido *a priori* por las partes, y que va ligado al cumplimiento de una condición referida a algún parámetro empresarial, como puede ser su beneficio, productividad, nivel de ventas, cuota de mercado, etc. Su devengo, por consiguiente, será automático una vez concurra la condición prefijada, pero solo en tal caso.

Mediante estos planes incentivadores se persiguen distintos objetivos, dependiendo de la posición que ocupe el trabajador en la empresa, aunque la idea básica que subyace en cualquier caso es conseguir que el directivo adquiera mentalidad de accionista involucrado personalmente en la consecución de fines corporativos.

Frente a una situación inicial que relacionaba tales incentivos exclusivamente con el personal directivo de la empresa, desde hace unos años la realidad nos muestra una extensión a otros sujetos laborales a los que les pueden ser aplicados pues pueden, de hecho, abarcar a cualquier empleado de la empresa con independencia del tipo de relación.

Como siempre, si el contrato contemplase reglas para la concreción del importe computable a efectos indemnizatorios de este tipo de complementos, a ellas habría que estar. Son frecuentes, entre otras, las cláusulas contractuales suscritas en contratos de alta dirección por las que se acuerda, como requisito constitutivo para causar derecho al bonus, que el directivo se mantenga en la empresa en el momento de su devengo, no teniendo derecho al mismo, ni a su parte proporcional en el ejercicio del cese, si aún no se había devengado. Así ocurre, por ejemplo, en los casos resueltos por las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de julio de 2004 (rec. núm. 2142/2004) y de 29 de octubre de 2002 (rec. núm. 3557/2002).

Aunque, cuando se dan este tipo de cláusulas, si bien el trabajador no podrá exigir la liquidación y pago de cantidad alguna en concepto de *bonus* por los servicios prestados en la etapa inmediata anterior al cese, por haberlo pactado así expresamente, es discutible que no deba incluirse igualmente en el salario regulador de la indemnización suma alguna por este concepto, siempre que con anterioridad a la extinción lo hubiera venido cobrando de forma estable.

Salvo, claro está, que ello también se hubiera excluido expresamente en el pacto, como ocurre en el caso resuelto, por la [Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2012](#)⁵, para un supuesto de *stock options* pero también aplicable aquí, donde las partes habían pactado previamente la pérdida del derecho para el caso de extinción del contrato.

También son frecuentes los pactos en los que el abono del *bonus* se supedita a que el motivo de la extinción contractual no sea la baja voluntaria en la empresa por parte del directivo. Condición lógica si se tiene en cuenta que la principal finalidad que persigue la empresa con el establecimiento de estos complementos es incentivar su permanencia en la empresa. En tales casos, la doctrina es constante en declarar que si el trabajador dimite, no debe acordarse su abono, lo cual no implica que sí deberían tenerse en cuenta en el cálculo indemnizatorio los importes ya percibidos por tal concepto, si las partes hubieran incluido expresamente el supuesto de dimisión como causa extintiva generadora de indemnización.

Por otra parte, y dado que el [RDAD](#) no fija ninguna regla indisponible, ni módulos de referencia de ningún tipo, existe una numerosa jurisprudencia totalmente casuística en su doctrina respecto del cómputo de dichas partidas en el cálculo indemnizatorio. Partiendo de la misma, y siguiendo en líneas generales a la profesora [MATORRAS DÍAZ-CANEJA](#), podemos establecer una serie de reglas básicas a tener en cuenta para estas situaciones:

- a) Teniendo en cuenta el carácter variable de estas partidas, el importe de tales conceptos será distinto de un ejercicio a otro, y habida cuenta de que la extinción normalmente tendrá lugar antes de que se liquide y abone el correspondiente al año en el que tiene lugar el cese, para su cálculo en algunas sentencias se toma como referencia el del ejercicio anterior, esto es, el cobrado en el arco temporal de los 12 meses anteriores al cese, y con independencia de que se haya cobrado o no.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2012 (rec. núm. 2204/2011), ponente: Excmo. Sr. Jesús Gullón Rodríguez: «..., de lo que resulta que la aplicación de la regla 9.ª del plan, que excluía el derecho pretendido por el actor, se ajustó plenamente a lo pactado, tal y como antes se dijo, sin que se produjera infracción por parte de la empresa del artículo 1.256 del Código Civil, en contra de lo que se razona en la sentencia recurrida, que de esta forma, como se denuncia en el recurso, infringió el referido precepto, en relación con el contenido de la repetida regla 9.ª del Plan, que en el supuesto de rescisión o extinción del contrato de trabajo, en los que evidentemente se incluye la situación de despido improcedente, excluye la existencia del derecho a ejercer la opción de compra de acciones de la compañía».

Por todas, [Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991](#)⁶ que manifestó al respecto lo siguiente: «Tratándose de un concepto como el bono que tiene periodicidad superior a la mensual y cuyo devengo se produce por anualidades vencidas y en función de los beneficios realizados en cada una de ellas, ha de estarse para fijar la indemnización al importe del último bono devengado». Y, en el mismo sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de septiembre de 2011⁷.

Y, como apunta la [Sentencia de 25 de septiembre de 2008 del Tribunal Supremo](#)⁸, cuando el trabajador percibe complementos variables en función de la consecución de los objetivos anuales fijados por la empresa y/o de los resultados societarios, lo lógico es que para calcular el salario regulador de la indemnización de despido se compute la cantidad devengada por tal concepto en el año inmediatamente anterior al despido. Añadiendo que esto es así, incluso aunque en el momento del cese la empresa aún no hubiese comunicado al trabajador los objetivos que debía alcanzar para devengar la parte variable del año en curso.

Pues, según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de febrero de 2013⁹ «es lógico en estos casos de bonus de devengo anual pendientes de perfeccionamiento utilizar para el cálculo del salario regulador de la indemnización de despido el incentivo anual por ventas devengado el año anterior...».

Si bien, no se trata de una cuestión pacífica, pues en otras sentencias se ha entendido que el complemento variable computable es el ya devengado en el ejercicio del cese, aunque no se haya cobrado en todo o en parte. O también el que hubiera correspondido en el ejercicio del cese, esto es, el que estaba en curso de adquisición y hubiera podido devengar el trabajador de haber permanecido en la empresa. Aunque, sin embargo, la aplicabilidad de este último criterio se complica porque la determinación de la cuantía del incentivo en curso de adquisición no siempre es fácil, al desconocerse en el momento del cese si la condición va a cumplirse o no y, en su caso, qué resultados u objetivos van a conseguirse.

- b) Si el *bonus* se cobra dentro del arco temporal de los 12 meses que precede a la fecha de la extinción, pero retribuye servicios prestados con anterioridad, y aceptando que el salario regulador de la indemnización ha de fijarse tomando el salario

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991 (rec. núm. 977/1990), ponente: Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete.

⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de septiembre de 2011 (rec. núm. 2433/2010): «Por lo tanto, siendo 35.000 euros la cantidad anual que venía percibiendo el trabajador como retribución variable, esa misma cifra se computará a efectos de salario del año 2009, y lo haremos en su totalidad, no en proporción a los meses trabajados entre enero y marzo, porque, en caso de retribución de devengo irregular, la determinación de su importe se debe hacer tomando como referencia el año completo anterior del despido».

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008 (rec. núm. 4387/2007), ponente: Excmo. Sr. Antonio Martín Valverde.

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de febrero de 2013 (rec. núm. 1572/2012).

que en cómputo anual el trabajador está en condiciones de devengar en la fecha de la extinción, no habría que integrar suma alguna, salvo que estuviera en curso de adquisición un nuevo *bonus*.

- c) Si se demuestra que los objetivos ya se habían conseguido o que, atendiendo a la proporción de objetivos conseguidos por el trabajador en el periodo de actividad, resulta más que presumible que de haber permanecido en la empresa, se hubieran conseguido plenamente, el trabajador tendrá derecho a que se le liquide todo o parte del importe del *bonus* en curso de adquisición.
- d) Si el contrato se extinguiera durante el primer año de vigencia de la relación y/o cuando no se ha cobrado aún importe alguno en concepto de *bonus*, puesto que al tiempo del cese todavía no se sabe con certeza si al trabajador le va a corresponder alguna suma por este concepto, habría que estar a lo que el contrato disponga sobre el particular, pero si el contrato no ha establecido ninguna previsión al respecto, no se computará ninguna suma en la medida en que su devengo es incierto y se condiciona a la concurrencia de distintos requisitos que solo en algunos casos son susceptibles de cumplimiento parcial y/o anticipado.

Solo excepcionalmente, cuando se demuestre –lo que resultará harto difícil– que la extinción se encamina precisamente a dejar sin efecto el compromiso empresarial de pago del *bonus*, podría exigirse que se le liquidara y pagara el importe resultante de prorratear el importe total anual, en función del tiempo real de prestación de servicios y los objetivos conseguidos ya por el trabajador en el ejercicio de referencia y engrasar, así, el salario anual de referencia para la cuantificación de la indemnización.

- e) Habida cuenta de que se trata de partidas de carácter no consolidable, y teniendo en cuenta que los objetivos y/o los importes establecidos por la empresa para cada ejercicio pueden ser distintos, por haberlo pactado así con el trabajador o por estar prevista la revisión de objetivos y cuantías en el reglamento interno de empresa o en el plan de *bonus*, a falta de pacto en que así se convenga, no procede promediar el importe cobrado durante los últimos ejercicios, aunque ello pueda perjudicar al trabajador.

Así pues, cabe incluso que, habiéndose aprobado y desarrollado sucesivos planes anuales de retribución por objetivos y/o por desempeño, si el trabajador no devenga cantidad alguna en concepto de *bonus* en el periodo de los 12 meses anteriores al despido, no se compute ninguna suma por este concepto en el salario regulador de la indemnización, o que se contabilice un importe significativamente inferior al cobrado en otras ocasiones.

- f) Si el trabajador consigue demostrar que en el año inmediatamente anterior al cese, la minoración o impago del importe percibido en concepto de *bonus* se ha producido por causas injustificadas e imputables a la empresa, tales como: alteración unilateral e injustificada de las condiciones necesarias para el devengo del *bonus* previstas contractualmente, falta de fijación de objetivos claros y precisos, arbitrariedad absoluta en su concesión, etc., debería promediarse el importe cobrado en

los últimos ejercicios, aunque puede igualmente acudir a otros criterios alternativos como tomar el importe que pudiere estar previsto en el contrato o en el plan de incentivos, o bien computar el percibido por otros trabajadores partícipes en el mismo plan de *bonus* en el mismo periodo de referencia.

Igualmente, cuando pudiera apreciarse un fraude de ley, es decir, en los casos en los que la empresa despidiera de forma improcedente al directivo poco antes del momento del devengo del *bonus*, con la finalidad de impedir su cobro, pues la empresa no puede unilateralmente neutralizar, dejar sin efecto, el compromiso válidamente suscrito sin una causa contractualmente lícita, y, menos aún, con causa reconocidamente no ajustada a derecho, pues de esa forma infringiría el artículo 1.256 del [Código Civil](#). Así, dos Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001¹⁰ que, si bien referidas a otro concepto como son las *stock options*, su doctrina puede ser invocable también aquí.

- g) Si el *bonus* se ha pactado como incentivo esporádico, e incluso aunque se hubiera devengado y/o cobrado *de facto* en el periodo inmediatamente anterior al despido, tampoco debiera computarse suma alguna por tal concepto a efectos del cálculo del salario regulador de la indemnización por extinción, pues no parece existir justificación para que aquellas prestaciones que se ha previsto van a cobrarse por una sola vez en el transcurso de la relación laboral (o que ni siquiera estaban previstas y se pagan espontáneamente en un momento dado, y a título extraordinario) computen a efectos indemnizatorios por el solo hecho de haberse cobrado dentro del periodo de los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha del cese.

En tal sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 11 de mayo de 2000 (rec. núm. 1524/2000), y de forma similar se pronuncia la de Madrid de 21 de febrero de 2001 (rec. núm. 2819/2000), que establece que el *bonus* especial percibido por una sola vez por el actor por su colaboración especial llevada a cabo al participar en el proceso de venta de la sociedad, y habida cuenta de su concesión graciable, no debe computar a los efectos de calcular la indemnización por despido, puesto que el salario que se toma para calcular la referida indemnización debe ser el integrado por los conceptos fijos y también por los variables que de modo estable se devengan y abonan, y no por aquellos esporádicos que ocasionalmente se satisfacen y que no generan un derecho a su percibo con regularidad.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001 (rec. núm. 3295/2000), ponente: Excmo. Sr. Víctor Fuentes López. Textualmente: «..., el improcedente admitido como tal por la empresa y practicado unos meses antes de que el trabajador pudiese ejercitar ese derecho de opción, no puede constituir un hecho indiferente a estos efectos y ha de ser valorado como una conducta unilateral de la obligada por la oferta de opción para situarse en condiciones tales que se impide, o al menos se trata de impedir, el ejercicio de tal derecho, o lo que es lo mismo, produciendo un suceso –el despido improcedente– por propia voluntad de la empresa con el que se trata de dejar sin efecto las obligaciones contraídas en el momento de las suscripción del contrato de opción». E igualmente, [Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001](#) (rec. núm. 4851/2000), ponente: Excmo. Sr. Jesús Gullón Rodríguez.

- h) No habiéndose devengado ninguna suma en el periodo de los 12 meses anteriores a la extinción por estar vinculado el incentivo a servicios prestados en periodos plurianuales y, sin embargo, esté en curso de adquisición al producirse la extinción, a la vista de la jurisprudencia de suplicación, parece que en este caso no prosperaría la pretensión de cómputo de suma alguna.

Por otra parte, desde finales de los años noventa, junto al tradicional esquema individualizado y de carácter anual de los *bonus* por resultados, basado en una prima o cantidad variable que participa de criterios objetivos, se han introducido otras fórmulas provenientes del ámbito anglosajón, consistentes en la implementación de planes de incentivación ligados al capital social de las empresas y que, en realidad, encubren una variedad de sistemas diferenciados.

Entre estos planes de acciones, pueden destacarse los concebidos como *stock options* (planes de opciones sobre acciones) que vienen a definirse como un negocio en virtud del cual la empresa ofrece al trabajador, con carácter irrevocable, una opción personal e intransferible de comprar o no, a un precio reducido, acciones de la propia empresa o de otra ajena a la relación laboral, en un momento fijado o dentro de un plazo concreto, de manera que la empresa adquiere la obligación de entregar al trabajador el número de acciones fijado al precio convenido cuando, vencido el plazo fijado, perfeccione el derecho a comprarlas ejercitando su derecho de opción de compra.

Es un método que se difiere normalmente para años sucesivos y es utilizado para estimular el rendimiento de la alta dirección, identificando de esa forma sus intereses con los del accionariado, así como para retenerlo ante posibles ofertas de empresas competidoras. En esta hipótesis última, las acciones adquiridas por esta vía suelen incorporar una cláusula de rescate a favor de la sociedad para el caso de que ese empleado fuera destituido, dimitiera o de cualquier otra forma hubiera de abandonar su puesto de trabajo.

Obviamente no existe garantía alguna de ganancia por lo que aquí el directivo debe asumir un riesgo similar, aunque no coincidente, al del accionista al obtener un beneficio económico de generarse una plusvalía –ejercitando, claro, el derecho de opción– aunque, sin embargo, en caso de pérdida societaria esta no le afectará por lo que, de esta forma y a diferencia del accionista, queda a cubierto de las mismas.

Si bien en un momento inicial distintos pronunciamientos judiciales calificaron la entrega de opciones sobre acciones a empleados como una ventaja de carácter no salarial, dicha doctrina fue más tarde superada. Las argumentaciones empleadas a su favor no estaban exentas de coherencia pues, ante tales percepciones:

1. La empresa no abona directamente al trabajador las cantidades resultantes de las ganancias de la opción, sino que se limita a transferir al trabajador la titularidad de las acciones, previo el ejercicio de tal opción.

2. La decisión de comprar o no depende de aquel y no del empleador, variando el valor de la plusvalía en función del valor del mercado, es decir, se materializa la ganancia mediante una operación de compraventa de acciones societarias.
3. Se trata de un ingreso variable cuyo importe no puede preverse al ser el beneficio aleatorio, dependiente de la plusvalía que pueda o no generarse.
4. Los potenciales ingresos que se puedan proporcionar son renunciables al quedar su obtención final a la exclusiva voluntad del trabajador, que es quien decide ejercitar o no la opción que se le ha ofrecido, mientras que el salario es un derecho irrenunciable para este.

A pesar de tales argumentaciones, en las dos Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001 anteriormente citadas comenzó a afirmarse y a razonarse la naturaleza salarial de las opciones, afirmación que ha sido mantenida hasta el día de hoy por otras posteriores de la misma sala, como la de fecha [26 de enero de 2006](#) (rec. núm. 3813/2004) o la de fecha [3 de junio de 2008](#) (rec. núm. 2532/2006).

Dado el entramado de derechos y obligaciones que pueden surgir entre las partes suscriptoras de un plan de opción sobre acciones, no cabe llevar a cabo un tratamiento jurídico único e indiferenciado para todas las situaciones, pero esta última doctrina judicial apuntada es unánime en confirmar el carácter salarial del beneficio final obtenido por el trabajador. Los argumentos son variados:

1. Su marcado carácter retributivo como incentivo laboral ya que las *stock options* tienen como objetivo una total implicación del trabajador en la empresa y obtener su entrega incondicional a la misma, a un nivel parecido al de un propio accionista.
2. Las partes negociadoras son las mismas que las del contrato de trabajo, su causa es la relación laboral existente entre ellas y el objeto coincide plenamente con el de dicho contrato para ambas partes, para el empleador conseguir una mayor prestación de servicios del trabajador y para este unos mayores ingresos.
3. Tales ingresos nacen en el seno de la relación laboral, retribuyen la misma, y no pueden ser ejercitados al margen de tal relación, por cuanto normalmente se pierde la opción cuando el trabajador cesa voluntariamente o como consecuencia de un despido procedente.
4. En cuanto al origen de los ingresos que el trabajador obtiene por la venta de las acciones sobre las que ejercitó su opción de compra, es claro que directamente provienen de la empresa, que es la que vende al trabajador las acciones al precio pactado, muy por debajo de su valor real, acciones que son propias de la misma o sobre las que tiene atribuidos derechos de disposición, esto es, se transfieren al empleado directamente de su patrimonio, renunciando voluntariamente el empresario a su valor actual y a las expectativas de incremento del mismo en beneficio del trabajador, por lo que si finalmente hay un beneficio, se tratará de una ganancia

que el empresario deja de ingresar en su activo para cederla al trabajador en cumplimiento del compromiso.

5. También hay identidad con el salario por cuanto la empresa, con la aceptación de la oferta por el trabajador, viene obligada a abonar la ganancia pues queda irrevocablemente obligada a venderle las acciones en el momento previsto, si este así lo ejercita.
6. La incertidumbre respecto al resultado económico del ejercicio de la opción no desvirtúa la naturaleza salarial de lo que se percibe, si llega a cobrarse, pues es igual de aleatorio que en el caso de los *bonus*.

En el caso de los *bonus* el resultado final depende en todo caso de que se alcancen unos determinados objetivos que, como se vio, vienen dados por una determinada cifra de ventas o de beneficios o por alcanzar unos objetivos, sean los que fueren, fijados por la empresa, que no siempre dependen del buen hacer del trabajador sino de otros muchos factores coyunturales que en su conjunto escapan generalmente a la gestión de aquel, en igual forma que las ganancias obtenidas por medio de la venta de las acciones de la empresa, pues estas dependen del valor que lleguen a alcanzar en el mercado, y que también dependerá de los resultados empresariales, su implantación en el sector, etc., condiciones a las que coadyuva el trabajador pero que, como en el caso anterior, se ven influidas por otros múltiples factores.

No existe, por tanto, una diferencia sustancial entre ambos tipos de ingresos sino, por el contrario, similitud en tanto en cuanto en ambos casos el trabajador tiene unas expectativas de derecho que incentivan una mayor dedicación a la empresa.

7. La indeterminación y variabilidad de la cantidad resultante del ejercicio de la opción tampoco le priva de su naturaleza salarial, por cuanto la entrega de las opciones trae igualmente causa de la relación laboral.
8. La entrega de opciones sobre acciones no tiene cabida en ninguna de las exclusiones de la calificación como salario que el artículo 26 del ET establece sobre determinadas contraprestaciones laborales, tales como las indemnizaciones o suplidos por gastos, prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones derivadas de despidos, traslados o suspensiones de contrato. Por el contrario, esa entrega encaja en el apartado 3.º del mismo artículo, que otorga carácter salarial a aquellos «*complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que se pacten*».

Una vez sentado el carácter salarial de los rendimientos obtenidos por trabajadores como consecuencia del ejercicio de opciones sobre acciones concedidas por su empleador, de ello resulta la consecuencia de que tales incrementos deberán ser valorados, en su caso, a efectos de cuantificar la indemnización por despido.

En este sentido hay que tener en cuenta que lo que caracteriza la opción es la facultad de adquirir un bien a un precio predeterminado (precio de ejercicio pactado) con independencia del precio que tenga en el mercado ese bien en el momento en que la opción se ejercita (precio de adquisición en el mercado). La utilidad patrimonial que obtiene el beneficiario de la opción está así constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio en el momento de ejercicio pactado. Será esta utilidad la que habrá de valorarse si debe computarse o no en la base de cálculo de la indemnización por extinción del contrato.

A pesar de no existir un criterio unificado al respecto, se debe partir de que para considerar el beneficio asociado al ejercicio de opciones sobre acciones en el cómputo de la base salarial, han de cumplirse dos condiciones principales, por un lado, que el tramo de las *stock options* haya madurado en el año inmediatamente anterior al despido y, por otro, que el trabajador haya ejercitado el derecho a la opción en ese año inmediatamente anterior al despido.

En consecuencia, no todo beneficio derivado del ejercicio de la opción puede ser incluido en el salario regulador del despido, pues este solo comprenderá el beneficio derivado de las *stock options*, primeramente, que hayan sido asignadas en contraprestación al trabajo realizado y, seguidamente, que hayan sido consolidadas y ejercitadas dentro del año inmediatamente anterior al despido. Así, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de septiembre de 2008 (rec. núm. 2671/2008) y de Castilla y León (Burgos) de 22 de abril de 2010 (rec. núm. 182/2010).

Por tanto, si las mismas no podían aún ejercitarse en el momento de la extinción del contrato, con independencia de que se mantiene el derecho a su ejercicio, no puede efectuarse cómputo alguno de su importe dentro de la indemnización por extinción pues, según Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2002 (rec. núm. 356/2002), «..., difícilmente pueden servir para cuantificar una indemnización por conceptos que pueden incluso no percibirse si a la fecha fijada el precio de las acciones no alcanza las expectativas previstas, tanto porque la plusvalía alcanzada no sea la esperada o por las pérdidas que puedan resultar de la comparación entre los valores calculados a la fecha de la opción y la situación del mercado de valores en el momento de hacer efectivo el derecho que la opción incorpora».

Sin embargo, cuando estamos ante un despido reconocido como improcedente llevado a cabo solo unos meses antes de que el trabajador pudiese ejercitar ese derecho de opción, el despido ha de ser valorado como una conducta unilateral de la obligada por la oferta de opción para situarse en condiciones tales que se impide, o al menos se trata de impedir, el ejercicio de tal derecho, o lo que es lo mismo, tratando de dejar sin efecto las obligaciones contraídas en el momento de la suscripción del contrato de opción. En tales casos, según la [Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2012](#)¹¹ «..., no puede la empresa unilateralmente neutralizar, dejar sin efecto el

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2012 (rec. núm. 2204/2011), ponente: Excmo. Sr. Jesús Gullón Rodríguez.

contrato de opción válidamente suscrito sin una causa contractualmente lícita, pues de esa forma infringiría el artículo 1.256 del Código Civil», por lo que también debería tenerse en cuenta para el cálculo indemnizatorio.

Sobre la forma en la que habrá de producirse la valoración y cuantificación de la ganancia obtenida, a efectos de su inclusión en el cálculo indemnizatorio, dada la casuística existente y la falta de consenso jurisprudencial desde el origen de la discusión y hasta fecha reciente, se pueden distinguir dos líneas interpretativas:

Una primera, y superada a día de hoy que, sin introducir factor de corrección alguno relacionado con la duración del periodo de carencia –periodo durante el cual no se pueden ejercitar las opciones–, o con el tiempo transcurrido desde que el trabajador pudo ejercitar las opciones por haber consolidado el derecho, postulaba la inclusión en la base reguladora de la indemnización de la totalidad de los ingresos que se hubieran podido obtener del ejercicio de la opción, siempre que tal ingreso se hubiere producido dentro del periodo de 12 meses anterior a la fecha del despido.

Posteriormente esta tesis fue matizada, considerando que el beneficio de las opciones lo que retribuye es el cumplimiento por el trabajador del periodo de carencia, configurándose como un devengo diferido al momento final. Por tanto, el beneficio solo se obtendría una vez madurado el periodo de cómputo, es decir, transcurrido el periodo de carencia, y los rendimientos obtenidos por las opciones sobre acciones durante los 12 meses anteriores a la fecha de despido han de imputarse todos ellos, al ejercicio de despido, no debiendo imputarse o prorratearse durante los años de vigencia del plan, al no estar ante un devengo progresivo a lo largo de todo el periodo de carencia ya que no existe un derecho del trabajador a ejercitar antes de tiempo el derecho de opción durante el periodo de carencia. Si las opciones sobre acciones comportasen un devengo progresivo, el trabajador en el momento del despido habría devengado la parte proporcional del tiempo de carencia transcurrido y esa parte podría ejercitarla, pero precisamente por cuanto las ventajas patrimoniales no se devengan de manera progresiva, no cabe un ejercicio anticipado.

Como consecuencia de todo ello, con arreglo a esta tesis, en la base de cálculo de la indemnización por despido habrá de computarse el importe íntegro obtenido como consecuencia del ejercicio de opciones sobre acciones dentro de los 12 meses inmediatamente anteriores al despido. Las mencionadas ganancias se calcularán como la diferencia entre el precio establecido para ejercitar las opciones y el valor en el mercado de las acciones adquiridas en la fecha a partir de la cual pudieron ejercitarse las opciones, con independencia de la concreta fecha en la que estas se hubieran ejercitado. Así, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio y de 1 de septiembre de 2005 (rec. núm. 5568/2004).

Finalmente, la [Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2008](#)¹² ha establecido que «..., si consideramos que las opciones de compra de acciones tienen carácter salarial

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2008 (rec. núm. 2532/2006), ponente: Excmo. Sr. Jordi Agustí Juliá.

en cuanto a la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de su adquisición, y el precio de ejercicio del derecho pactado, retribuyendo el trabajo desempeñado por el trabajador, debe determinarse qué periodo desde su concesión a su realización por el trabajador se está remunerando, y por consiguiente debe distribuirse proporcionalmente a dicho periodo si es superior a un año, pues es el periodo de tiempo que se remunera».

Así, de conformidad a esta segunda tesis, impuesta jurisprudencialmente a día de hoy, los planes de opciones sobre acciones se basan en la concesión a los empleados del derecho a adquirir acciones de la empresa a un determinado precio, derecho aquel que se encuentra condicionado a que sus beneficiarios continúen siendo empleados una vez transcurrido un cierto periodo de tiempo desde la entrega de las opciones (periodo de carencia). Transcurrido este periodo, los empleados suelen disponer de un plazo de tiempo para ejercitar la opción. Pues bien, esta doctrina parte de considerar que la entrega de opciones sobre acciones a empleados retribuye su rendimiento y fidelidad a la empresa durante el periodo de carencia, de manera que el incremento patrimonial obtenido calculado, como se ha dicho, como la diferencia entre el precio de ejercicio de las opciones y el valor de mercado en ese momento de las acciones adquiridas, ha de imputarse distribuyéndolo a prorrata a largo del periodo de carencia.

En definitiva, como consecuencia de todo ello, únicamente se tendrán en cuenta a los efectos del cálculo de la indemnización, las cantidades que resulten imputables en la forma indicada al periodo de 12 meses inmediatamente anteriores al despido, prorrateando su importe entre el número de años correspondiente al periodo de maduración de las opciones sobre acciones.

En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de [22 de febrero de 2001](#) (rec. núm. 4759/2000) y de [2 de octubre de 2001](#) (rec. núm. 1463/2001), y de Cataluña de 17 de septiembre de 2009 (rec. núm. 548/2008).

2.2. EL SALARIO EN ESPECIE

Otras contraprestaciones recibidas por el directivo tienen la consideración de salario en especie entendiéndose por tales aquellas que, igualmente retribuyendo los servicios prestados por el empleado, se pagan mediante un bien distinto del dinerario, como puede ser la utilización, consumo o adquisición de servicios, bienes o derechos que resulten adecuados y provechosos para el trabajador, con independencia de que puedan tener o no un coste real para el empresario.

No necesariamente debe comportar la adquisición de la propiedad del bien entregado por parte del directivo, sino que puede consistir en un mero derecho a usar o disfrutar de un bien que se incorpora en su patrimonio, suponiéndole una utilidad económica. Esta utilidad o incremento patrimonial para el trabajador es presupuesto necesario de este tipo de percepción salarial pues de no ser así, no cabría ser considerado retribución como tal.

Si bien la retribución en especie ha sido propia de sistemas de trabajo del pasado, ha vuelto a adquirir importancia como mecanismo útil de evitar la presión fiscal que soporta el salario en

metálico. Las partidas de esta naturaleza que más frecuentemente se suelen incluir actualmente en un contrato de alta dirección –frecuentemente aunadas bajo la expresión anglosajona *fringe benefits*– suelen ser, por ejemplo, el uso y disfrute de viviendas con sus correspondientes servicios, la disposición de automóviles cedidos o financiados por la empresa, la concesión de préstamos a bajo interés y la suscripción de seguros de cualquier clase o de planes o fondos de pensiones, aunque también puede darse con cualquier otra prestación de las mismas características.

De la trascendencia de este concepto retributivo en la relación de alta dirección se deriva el hecho de que no es aplicable aquí la previsión del artículo 26.1 del ET, según la cual, en ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 % de las prestaciones salariales del trabajador común.

En el análisis de la retribución en especie el primer problema radica en la necesidad de determinar cuándo estamos y cuándo no ante una partida que deba ser calificada como tal. Y es que en numerosas ocasiones surgirá la duda de si una concreta partida entregada por la empresa, consistente en un bien o servicio distinto al dinero, es salario en sentido estricto en su modalidad de salario en especie, o bien se trata de una percepción extrasalarial que viene a resarcir un determinado gasto derivado de la prestación de servicios o, incluso, pueda tratarse de una mejora social que concede la empresa, sin que en estos dos últimos casos estemos ante una retribución que pueda ser calificada como salarial.

Como regla general para que una determinada partida pueda calificarse como retribución en especie, esta deberá reunir las características propias del salario legal, por lo que habrá que analizarse, en primer lugar, si la causa principal que determina esa retribución concreta es o no una contraprestación al trabajo realizado o, al contrario, el pago viene condicionado por causas distintas como compensación de los gastos realizados o, simplemente, constituye una mera liberalidad de empresa. En segundo lugar, deberá tener un cierto valor económico, siendo cuantificable en términos monetarios y, por último, habrá de ser atribuible individualizadamente al trabajador en concreto.

De no darse tales presupuestos, estaríamos entonces ante retribuciones en especie de carácter extrasalarial.

Así, por ejemplo, «..., los vales o abonos de y por comidas, voluntarios u obligatorios para la entidad demandada, constituyen por sí mismos una mejora social», según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 9 de febrero de 2000 (rec. núm. 5663/1999), pues: «..., tales abonos por comida ni retribuyen trabajo, ni retribuyen tiempos de descanso calificables de trabajados. Son indemnizaciones y estas no entran a la hora de calcular las bases reguladoras...».

En el mismo sentido, de la misma sala, las Sentencias de 19 de octubre de 2005 (rec. núm. 3077/2005), de 5 de marzo de 1998 (rec. núm. 5500/1997) y de 5 de octubre de 1999 (rec. núm. 3060/1999).

Y en relación con el seguro de vida y accidentes «..., al tratarse de mejoras voluntarias de la Seguridad Social, reguladas con carácter genérico en los arts. 191 a 194, del RDleg. 1/94, por

el que se aprueba el TRLGSS, tampoco son computables, vista su naturaleza extrasalarial y en concordancia al núm. 2, del art. 26 del TRET», según la Sentencia 81/2002, de 6 de marzo, del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid.

Dada su variedad, y a efectos de una mejor comprensión de esta importante partida retributiva, cabe agruparla en dos grupos, por un lado, aquellas partidas que suponen la entrega por parte de la empresa de una cantidad de dinero condicionada a una finalidad específica y, por otro, aquellas que comportan el reconocimiento de una ventaja a favor del trabajador a cambio de un precio inferior al normal de mercado.

En el primer grupo, se incluyen todos aquellos casos en los que la empresa abona al directivo una suma dineraria para que adquiera un determinado bien –vivienda, vehículo, material informático, etc.–, o pague determinados servicios –gastos de alquiler de la vivienda, consumo telefónico, suministros, etc.–, siendo a veces problemático esclarecer si esa atribución remuneratoria efectuada por la empresa tiene naturaleza pecuniaria o en especie. En tales casos, solo se podrá conceptuar como salario en especie, aquel destinado a consumir, adquirir o disfrutar de unos determinados bienes, derechos o servicios plenamente identificados y que tengan su causa en la relación de trabajo.

En el segundo, se incluyen aquellas percepciones que comportan el reconocimiento de una ventaja a favor del trabajador a cambio de un precio inferior al normal de mercado, pudiéndose relacionar como las más frecuentes en el ámbito de la alta dirección:

- a) La puesta a disposición del directivo de una vivienda, de forma individualizada y como contraprestación del trabajo prestado, con independencia de que el alojamiento lo sea mediante disfrute gratuito o como parte integrante del salario, descontándose de la totalidad del salario en metálico la cantidad que corresponda o, también, en virtud de un contrato de arrendamiento por el que el trabajador abona la correspondiente renta periódica al empresario.

Si va acompañada de mantenimiento y suministros domésticos o de la comunidad de vecinos, estos también serán considerados retribución en especie. Por ejemplo, [Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1997](#) (rec. núm. 4428/1996) y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de abril de 1998 (rec. núm. 2217/1997).

- b) La puesta a disposición o la entrega de un automóvil para fines particulares desligados del contenido de la prestación de trabajo, bien sea mediante una previa adquisición del mismo por parte de la empresa, bien mediante contrato de arrendamiento financiero (*leasing*, *renting*) por el cual la empresa abona las cuotas mensuales correspondientes.

Aparejado o no a este beneficio pueden existir, por ejemplo, la concesión de cheques gasolina para propósitos privados o el derecho a usar una plaza de garaje, que tendrán la misma calificación de retribución en especie.

- c) La concesión de préstamos con un tipo de interés inferior al legal del dinero consistiendo la retribución en especie que recibe el directivo, de conformidad con la normativa tributaria¹³, en la diferencia entre el interés legal del dinero y el más bajo que efectivamente debe abonar este.
- d) Entrega de vales de comida o cheques canjeables en determinados establecimientos cuando se limiten a satisfacer necesidades personales desvinculadas de la prestación de servicios, no cuando su finalidad es resarcir al trabajador de los gastos sufridos por razón de esta, como en el caso típico de los desplazamientos.
- e) Pago de viajes al directivo que no responden al cumplimiento de la prestación laboral sino que son viajes de ocio personal o familiar. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 17 de octubre de 2011 (rec. núm. 2844/2011).

Una vez calificada una concreta partida como retribución en especie se presenta el problema de su valoración y, al respecto, y debido al silencio en la legislación laboral, la jurisprudencia acude a las reglas de valoración de los rendimientos del trabajo en especie contenidos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la que se recurre como regla básica al criterio del valor de la prestación en el mercado o su precio de coste como referencia general, junto a otros criterios específicos que se recogen a continuación.

Así, respecto de la vivienda el artículo 43.1 a) de la [Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas](#)¹⁴ establece que su importe de valoración será el 10% del valor catastral, y si el valor catastral de la vivienda hubiera sido objeto de revisión y hubiese entrado en vigor el nuevo valor, se aplicará el porcentaje del 5%, sin que la valoración resultante pueda exceder del 10% de las restantes contraprestaciones del trabajo.

Asimismo, cuando el inmueble careciera de valor catastral o este no se hubiera notificado al titular, el porcentaje será del 5% y se aplicará sobre el 50% del mayor de los valores siguientes:

¹³ Artículo 43.1 c) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

¹⁴ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuyo artículo 43.1 a), en su redacción actual otorgada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, dispone, textualmente:

«a) En el caso de utilización de una vivienda que sea propiedad del pagador, el 10 por ciento del valor catastral.

En el caso de inmuebles localizados en municipios en los que los valores catastrales hayan sido revisados o modificados, o determinados mediante un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, de conformidad con la normativa catastral, y hayan entrado en vigor en el período impositivo o en el plazo de los diez períodos impositivos anteriores, el 5 por ciento del valor catastral.

Si a la fecha de devengo del impuesto los inmuebles carecieran de valor catastral o éste no hubiera sido notificado al titular, el porcentaje será del 5 por ciento y se aplicará sobre el 50 por ciento del mayor de los siguientes valores: el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de la adquisición. La valoración resultante no podrá exceder del 10 por ciento de las restantes contraprestaciones del trabajo».

tes: el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de la adquisición.

Cuando la vivienda cedida no fuere propiedad de la empresa, la valoración resultante nunca podrá ser inferior a la que corresponda de aplicar las anteriores normas¹⁵.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 17 de octubre de 2011 (rec. núm. 2844/2011).

Por otro lado, y con apoyo en esta misma norma fiscal¹⁶, la doctrina de suplicación ha considerado que la puesta del vehículo a plena disposición del trabajador por la empresa, es decir, con uso indiferenciado, el 20 % de adquisición del vehículo es evaluable como salario en especie, pues «..., no cabe estar al valor real mensual o anual del vehículo para determinar el salario regulador del despido, sino a la valoración que a efectos fiscales tiene tal uso», según Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 10 de mayo de 2010 (rec. núm. 427/2010). En el mismo sentido, Auto del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2010 (rec. núm. 892/2009) o Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de julio (rec. núm. 3681/1996) y 29 de abril de 2003 (rec. núm. 14/2003), del País Vasco de 16 de diciembre de 2003 (rec. núm. 1978/2003) y de Cataluña de fecha 17 de octubre de 2011 (rec. núm. 2844/2011).

Aunque para alguna Sentencia como la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 21 de julio de 2009 (rec. núm. 2206/2009), en un caso en que el uso del vehículo puesto a disposición lo era tanto para actividades profesionales y de empresa como particulares, hay que estar a cuál sea el uso mayoritario, pues el artículo 26 del ET no permite encuadrar una misma percepción en dos categorías contrapuestas –salario y no salario–, por lo que hay que atender a la prevalencia del uso, de tal manera que si el vehículo se destina principalmente al cumplimiento

¹⁵ Según la disposición transitoria vigésima cuarta de la citada Ley 35/2006: «Durante el periodo impositivo 2013, los rendimientos del trabajo en especie derivados de la utilización de vivienda cuando esta no sea propiedad del pagador se podrán seguir valorando conforme a lo dispuesto en la letra a) del número 1.º del apartado 1 del artículo 43 de esta Ley en su redacción en vigor a 31 de diciembre de 2012, siempre que la entidad empleadora ya viniera satisfaciendo los mismos en relación con dicha vivienda con anterioridad a 4 de octubre de 2012».

¹⁶ Actualmente, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuyo artículo 43.1 b) dispone, textualmente: «b) En el caso de la utilización o entrega de vehículos automóviles:

En el supuesto de entrega, el coste de adquisición para el pagador, incluidos los tributos que graven la operación.

En el supuesto de uso, el 20 por 100 anual del coste a que se refiere el párrafo anterior. En caso de que el vehículo no sea propiedad del pagador, dicho porcentaje se aplicará sobre el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuese nuevo.

La valoración resultante de lo previsto en el párrafo anterior se podrá reducir hasta en un 30 por ciento cuando se trate de vehículos considerados eficientes energéticamente, en los términos y condiciones que se determinen reglamentariamente.

En el supuesto de uso y posterior entrega, la valoración de esta última se efectuará teniendo en cuenta la valoración resultante del uso anterior».

de la prestación laboral, no podrá considerarse parte integrante del salario, mientras que si su uso laboral es minoritario o residual no deberá incluirse en la noción de salario.

2.3. PRESTACIONES EXTRASALARIALES

No por aplicación directa del artículo 26.2 del **ET** que establece que «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», sino por la propia concepción del término salario, existen ciertas partidas que forman parte del coste empresarial y que tienen como destinatario al directivo que, sin embargo, por no retribuir el trabajo no están dotadas de naturaleza salarial.

Procede reconocer naturaleza extrasalarial y, por tanto, excluir del cálculo indemnizatorio, todas aquellas percepciones que no constituyen una contraprestación directa e inmediata a la realización de la actividad sino que se basan en un título jurídico diverso, fundamentalmente la compensación de ciertos gastos ocasionados con motivo de su actividad laboral como, por ejemplo, lo son las dietas y los gastos de representación, la indemnización de daños y perjuicios, las cantidades percibidas con motivo de la extinción de su contrato o de su traslado, o la protección del trabajador frente determinadas situaciones que suelen estar protegidas mediante prestaciones de Seguridad Social.

En la práctica, se cuestiona en ocasiones la consideración salarial de algunas partidas en especie, por cuanto podrían conceptuarse más plausiblemente como verdaderas retribuciones extrasalariales, o viceversa. Así ocurre con los denominados *fringe benefits* o *no wage benefits* –beneficios marginales, beneficios adicionales, ventajas accesorias o complementarias, tales como inscripciones a clubes privados, pólizas de vida, seguros médicos, financiación de viajes de recreo, pago de cuotas de inscripción a entidades deportivas, etc.–, que constituyen prestaciones heterogéneas en metálico o en especie y que, aun cuando proceden del empresario, no responden necesariamente de forma directa a la prestación de unos servicios laborales, pudiéndose configurar tanto como elementos salariales o también como percepciones extrasalariales. Estos beneficios reconocidos al alto cargo, en realidad no satisfacen intereses conectados exclusivamente a su actividad profesional, sino que reportan un beneficio al propio empleado que, procedente del empresario, deben considerarse si no directamente, sí indirectamente relacionados con la prestación de servicios pues, no solo presuponen una relación laboral, sino que también tienen como finalidad la fidelización del directivo para con la empresa.

Para un supuesto de directivo destacado en el extranjero la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de mayo de 2007 (rec. núm. 580/2007) excluye del cómputo indemnizatorio partidas como la correspondiente a «ayuda escolar» por considerarse como un beneficio o mejora social y no salarial, las cantidades abonadas por «ayuda médica» y «seguro

médico privado» costeados por la empresa en beneficio del trabajador, por tratarse de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social y, también, la partida correspondiente a «ayuda de vacaciones» por no retribuir esta el trabajo prestado.

Para la Sentencia de fecha 21 de julio de 2009¹⁷ de la misma sala, los cursos de inglés no pueden considerarse salario en especie cuando la prestación de servicios no esté desvinculada del conocimiento de un idioma extranjero. Aunque, curiosamente, tal argumentación la aplica a un jefe de ventas que, sin necesidades de viajar al extranjero, se limitaba a hacer semanalmente la ruta Madrid-Barcelona en la prestación de sus servicios.

La plaza de garaje utilizada por el trabajador, cuyo arrendamiento abona la empresa y tiene como finalidad facilitar el aparcamiento cerca de su centro de trabajo favoreciendo el mejor desempeño de sus funciones, no le otorga un beneficio personal o familiar, por lo que en ningún caso puede ser considerado salario en especie sino percepción extrasalarial, según Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 5 de octubre de 2007 (rec. núm. 1489/2006).

Ni tienen el carácter de salario los tiques de comida, por tratarse de una compensación por el incremento de los gastos que soporta el trabajador al realizar la comida fuera de su domicilio. Por ejemplo, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de marzo de 2007 (rec. núm. 6358/2007) y de la misma sala de 9 de septiembre de 2004 (rec. núm. 384/2004), 14 de junio de 2005 (rec. núm. 5237/2004) o 1 de septiembre de 2005 (rec. núm. 2029/2005) y de Asturias de 4 de febrero de 2011 (rec. núm. 2764/2010).

Ni, tampoco, la indemnización abonada en concepto de expatriación. Pero siempre que esta responda a suplir los gastos llevados a cabo como consecuencia de la actividad laboral en el exterior, pues en caso contrario, cuando todos los gastos derivados de su trabajo en el extranjero ya han sido sufragados íntegramente por la empresa y se abona, además, un «plus de expatriación», este no tendrá la consideración de retribución extrasalarial pues, según la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero de 1985¹⁸, su razón de ser no puede ser, por consiguiente, compensarle por aquellos gastos que ya han sido abonados.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 21 de julio de 2010, (rec. núm. 2206/2009): «..., los cursos de inglés difícilmente pueden considerarse como salario en especie, en el sentido de que contribuyen al enriquecimiento personal del trabajador, porque, sin perjuicio de que lo anterior pueda ser cierto, también lo es que el desarrollo y la ejecución de la prestación laboral de un Jefe de Ventas, en los tiempos actuales, no puede entenderse desvinculada del conocimiento de un idioma extranjero. La circunstancia de que "el actor prestaba sus servicios en la zona de Madrid, realizando todas las semanas viaje a Barcelona", en nada altera la conclusión anterior, pues el uso del inglés en Madrid o Barcelona puede ser tan frecuente y necesario como en el extranjero, sin que quepa deducir del hecho (por o demás no acreditado) de que no viajara al extranjero que el uso de la citada lengua no fuese precisa para una adecuada prestación laboral».

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero de 1985, ponente: Excmo. Sr. Luis Santos Jiménez Asenjo: «..., el denominado plus de expatriación que el demandante percibió mientras permaneció en Indonesia al servicio de la demandada, no puede estimarse que trata de compensar o indemnizar los gastos derivados del desplazamiento

3. LOS AÑOS DE SERVICIO COMO REFERENCIA PARA EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

La segunda variable a tener en cuenta en el momento de cuantificar el importe de la indemnización derivada de la extinción del contrato de alta dirección es de carácter temporal, y se trata de lo que la norma ha denominado los «años de servicio».

En aquellos casos en que el alto directivo haya ocupado su cargo a través del mecanismo de la promoción interna, ostentando una relación común previa con la empresa, será preciso tener en cuenta que en el momento de la extinción, de aplicarse las indemnizaciones legales, se computará únicamente la del contrato de alta dirección, por lo que la expresión «años de servicios» debe ir referida solo a la duración de esta última relación, sin extenderla a la previa relación común¹⁹, conforme se examinó en el apartado anterior.

Por otro lado, existe ya una consolidada doctrina del Tribunal Supremo acerca de la distinción entre las nociones de «antigüedad», por un lado, y «años de servicio», por otro, pues ya en su Sentencia de 21 de diciembre de 1987 la sala destacó la diferenciación entre ambos conceptos, de tal modo que mientras «años de servicio» representa el tiempo durante el que se ha trabajado para la entidad que viene obligada al pago de la indemnización, «antigüedad» hace referencia al tiempo transcurrido en una determinada profesión u oficio.

Así, a efectos de cuantificar la indemnización, no es confundible la antigüedad que pudiera asignarse al directivo en su contrato de trabajo por acuerdo expreso entre las partes –derivado normalmente de respetar la lograda en anteriores contratos respecto a los cuales aquel no constituye subrogación–, con el tiempo de servicios que se genere en desarrollo de este, siendo solo este último tiempo de servicios el que ha de ser computado para el cálculo de la indemnización que corresponda. A salvo los supuestos en los que, al asignarse una mayor antigüedad, se acordare expresamente que la misma también haya de operar a todos los efectos, incluidos los del cálculo de la indemnización. Por todas, la [Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo 1993](#) (rec. núm. 29/1992).

a Indonesia, que la sentencia de instancia ha estimado para no computarle en la indemnización correspondiente a la declaración de improcedencia del despido del demandante, pues los gastos de desplazamiento del actor de España a Indonesia y regreso eran sufragados íntegramente por la empresa demandada, ni tampoco tenía la finalidad de compensar al trabajador los mayores gastos que sus desplazamientos fuera de su domicilio le originaran al tener que comer y dormir fuera de él, ya que debido a las condiciones de la obra donde tenía que prestar sus servicios, estaba en régimen de campamento con alojamiento, subsistencia, educación y transporte a cargo de la empresa, en consecuencia al no estar dicho plus incluido en ninguna de las excepciones enumeradas en el precepto que se denuncia infringido, debe considerarse salario a tenor de lo dispuesto en el número 1.º del citado art. 26 del Estatuto de los Trabajadores».

¹⁹ Según Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de febrero de 1998 (rec. núm. 1798/1997): «Es preciso distinguir entre la duración del contrato de alta dirección y la antigüedad del trabajador en esta relación especial y la antigüedad en la empresa, pues solo a la duración de la primera cabe vincular la acción indemnizatoria por extinción, porque lo que se está discutiendo es la indemnización por resolución del contrato de alta dirección y esta no puede extenderse más allá de la duración real del mismo».

Así, por ejemplo, y derivado de tal autonomía de la voluntad de las partes, la indemnización podría calcularse comprendiendo los años trabajados en empresas del mismo sector o del mismo grupo siempre, insistimos, que el acuerdo así lo especifique expresamente.

En idéntico sentido, la Sentencia del Supremo de 21 de marzo 2000²⁰ al disponer que «el tiempo de servicios que debe computarse a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente guarda relación con el de trabajo realizado, de modo que la antigüedad reconocida fuera de este módulo solamente incide en el cálculo de la indemnización por despido cuando fuera así expresamente reconocida por pacto individual o en el orden normativo aplicable».

Este criterio jurisprudencial, que tiene carácter consolidado, se manifiesta, entre otras, en las Sentencias de la misma sala de 16 de enero y 30 de octubre de 1984, 20 de noviembre y 2 de junio de 1987, 24 de julio de 1989, 19 de diciembre de 1989 y 15 de febrero de 1990.

Por último, teniendo en cuenta que el contrato de alta dirección entendido como tal no existía con anterioridad a la promulgación del RDAD, se ha debido especificar jurisprudencialmente que, para el cálculo indemnizatorio, también deben ser incluidos como años de servicios, aquellos anteriores al día 1 de enero de 1986, fecha de su entrada en vigor. Así lo recoge de modo expreso la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 diciembre 1989²¹, al decir: «Los años de servicio que se han de tener en cuenta al objeto de fijar el importe de la indemnización que se tiene derecho a percibir en los casos de desistimiento del empresario, según dispone el art. 11.1 del RDAD, son necesariamente todos aquellos en los que el actor ha venido desarrollando su trabajo para la empresa, como tal alto cargo, cualquiera que sea la fecha inicial de los mismos y aunque esta sea anterior, incluso muy anterior, al 1 de enero de 1986 en que entró en vigor este Real Decreto». Y esta conclusión la justifica con base en una serie de argumentos de distinta índole: «... Este art. 11.1 habla de años de servicio, sin establecer ninguna limitación o distingo a tal respecto, por lo que todos los que tengan tal condición han de ser computados a fin de concretar la cuantía de la indemnización», por otro lado, por cuanto «..., lo importante a estos efectos es el tiempo que haya durado la relación laboral especial, sin que pueda sostenerse que esta ha nacido con la puesta en observancia del Real Decreto a que se viene aludiendo, máxime cuando ya el Estatuto de los Trabajadores en su art. 2 configuró esta relación como laboral de carácter especial» y, por último, «..., el hecho de contar los años que ha pervivido este especial contrato y computarlos a los efectos indicados, es un simple dato objetivo necesario para llevar a cabo este cómputo pero que no tiene incidencia alguna en la retroactividad o irretroactividad del Real Decreto citado, pues esta norma se aplica en un momento en que está plenamente vigente sin perjuicio de que para realizar el cálculo antedicho se cuenten todos los años indicados...».

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo 2000 (rec. num. 1042/1999), ponente: Excmo. Sr. Mariano Sampedro Corral.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1989, ponente: Excmo. Sr. Luis Gil Suárez.