

## Rebaja del cálculo de la indemnización por despido

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria*

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

*La indemnización por despido de contratos con periodos de servicios anteriores a la reforma laboral del 2012 y cuyo tope, en dicho periodo, supere los 720 días, podrá ampliar el tope indemnizatorio a 42 mensualidades, pero sólo con los servicios prestados antes de la reforma y no con posterioridad a ella. Una doble reducción (la del número de días indemnizables y la del tope indemnizatorio) no prevista con claridad por el legislador laboral.*

### 1. Los términos de la nueva interpretación (2016)

- 1.1. En una clarificadora reciente sentencia de 18 de febrero del 2016 (Ar. 52312), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aborda con especial pedagogía el cálculo de la indemnización por despido improcedente tras la reforma del 2012.

Como es sabido, la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE de 7 julio) —hoy disposición transitoria undécima del Estatuto de los Trabajadores— establece que «[l]a indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo

inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso».

- 1.2. Ahora, con esta sentencia, la Sala de lo Social fija los siguientes términos:
- a) La disposición transitoria sólo se aplica a los supuestos en que el contrato se haya celebrado con anterioridad al 12 de febrero del 2012; la fecha inicial de cómputo se retrotrae hasta el comienzo del periodo computable.
  - b) Cuando, por aplicación de este precepto, se tengan en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero del 2012, «el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario».

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

- c) De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el periodo anterior al 12 de febrero del 2012 ya se ha devengado una cuantía superior.
- d) En sentido contrario, la norma implica que, si por el periodo de prestación de servicios anterior al 12 de febrero del 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días, tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad.
- e) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes del 12 de febrero del 2012, hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.
- f) Quienes a 12 de febrero del 2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el periodo posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos.
- g) El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se efectúa teniendo en cuenta los años de servicio, «prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año» en los dos supuestos.

## 2. La comparación con la anterior interpretación (2014)

- 2.1. El antecedente jurisprudencial básico es el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre del 2014 (Ar. 5332). En aquella sentencia se precisaba que «si el día 12 de febrero de 2012 se hubieran superado los 720 días indemnizatorios (aplicando el módulo de 45 días por año) sería posible seguir devengando indemnizaciones (a razón de 33 días por año) hasta alcanzar el módulo de las 42 mensualidades» (así lo expone esta Sentencia

del Tribunal Supremo de 18 de febrero del 2016, FJ 3).

Recuérdese que, en el pronunciamiento del 2014 citado, los fundamentos jurídicos segundo y tercero resolvían dos supuestos distintos. Uno, el de una trabajadora con una antigüedad anterior al 12 de febrero del 2012 (fecha de entrada en vigor de la reforma) de treinta y un años y once meses (1436 días) «significando tanto la superación del límite de 720 días antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012 de 10 de febrero, lo que le permite acceder al límite de 42 mensualidades, como inclusive este segundo límite aun sin computar el breve tiempo transcurrido desde el 12 de febrero de 2012 hasta la fecha del despido, 18 de octubre de 2012» (FJ 2). Y, otro, el de una trabajadora con una antigüedad anterior al 12 de febrero del 2012 de veintidós años y cinco meses (1008 días) que superaba los 720 días anteriores a la vigencia de la nueva normativa, «por lo que también es acreedora a superar ese límite indemnizatorio que se sustituye por el de 42 mensualidades, si bien en este caso la suma del indicado periodo y el posterior, 22 días supone un total de 1030 días, inferior a 42 mensualidades» (FJ 3).

- 2.2. Ahora, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero del 2016, con el mismo interés ejemplificativo, entiende que, por ministerio de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, deben diferenciarse dos periodos de prestación de servicios, actuando la fecha del 12 de febrero del 2012 como separadora. Para el tiempo anterior al 12 de febrero del 2012 opera una indemnización de «45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año». En el supuesto de autos, 19 años y 2 meses de actividad. El prorrateo por meses desemboca en el devengo de 3,75 días indemnizatorios por cada mensualidad de servicios prestados ( $45 : 12 = 3,75$ ). Puesto

que 19 años ( $19 \times 12 = 228$ ) y 2 meses equivalen a 230 mensualidades ( $228 + 2 = 230$ ), el total de días indemnizatorios ( $230 \times 3,75 = 862,5$ ) supera los 720 días indemnizatorios (24 mensualidades).

Ello significa que ha de consignarse la excepción; por lo tanto, «se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso». Por eso, señala el Tribunal Supremo como evidente que «esa cuantía máxima ( $42 \times 30 = 1260$  días) está muy alejada de la devengada por el trabajador (862,5 días)». La transformación de esos días indemnizatorios (862,5) arroja una cifra que es con la que procede indemnizar. Es más, «aunque no se hubiera alcanzado el máximo indemnizatorio absoluto de las 42 mensualidades, el tiempo de servicios posterior a 12 de febrero de 2012 es inhábil para acrecentar la cuantía fijada. Dicho de otro modo: al entrar en vigor la reforma legislativa de 2012 (Real Decreto Ley 3/2012, respetado por Ley 3/2012) el trabajador ha prestado servicios por tiempo superior a 19 años y eso provoca que el ulterior trabajo resulte inocuo desde la perspectiva de la disposición transitoria quinta aplicable al caso» (FJ 3).

- 2.3. El resultado, obviamente, no es el mismo en el 2014 y en el 2016. Antes, trabajadora que supera los 720 días antes de la reforma (1008 días), pero a la que se le suman los días posteriores (hasta alcanzar los 1030 días) porque esta última cifra es inferior a 42 mensualidades (1260 días); ahora, trabajadora que supera los 720 días antes de la reforma (862,5 días), pero a la que no se le suman los días posteriores para calcular su indemnización.

Y, así, la sentencia que se analiza admite que «hay que contabilizar como periodo de prestación de servicios el que media desde el 4 de enero de 1993 hasta el 24 de marzo de 2013» (FJ 3).

Puesto que el cálculo explicitado en la sentencia parte de la base de 19 años y 2 meses, eso significa que sólo ha tenido en cuenta el periodo transcurrido hasta la entrada en vigor de la reforma en el 2012 (desde el 4 de enero de 1993 hasta el 12 de febrero del 2012) y no hasta la fecha de despido (24 de marzo del 2013), ya que hasta ésta transcurren 20 años, 2 meses y 20 días. Tal periodo, de haber sido tenido en cuenta íntegramente, tampoco hubiera superado el límite de las 42 mensualidades. Esto es así porque, como señala la sentencia, «aunque no se hubiera alcanzado el máximo indemnizatorio absoluto de las 42 mensualidades, el tiempo de servicios posterior al 12 de febrero de 2012 es inhábil para acrecentar la cuantía fijada» (FJ 3).

De lo que se deduce que, cuando en el cálculo indemnizatorio hubiera periodos anteriores al 2012 y se superen los 720 días, el tiempo de servicios posterior se considerará inhábil siempre porque, si se superara el límite de las 42 mensualidades, se impondrá su aplicación y porque «aunque no se hubiera alcanzado el máximo indemnizatorio absoluto de las 42 mensualidades», el tiempo de servicios posterior se estima inocuo. Por lo tanto, si el tope es igual o superior a 42 mensualidades (1260 días), prevalecerá éste; si fuere inferior a 42 mensualidades (1260 días) y superior a 24 mensualidades (720 días) prevalecerá el tope resultante; si la cuantía fuere igual a 720 días, se impondrá esta cantidad; y, sólo si fuere inferior a 720 días, se sumarán los periodos de trabajo posteriores.

### **3. Una doble rebaja en la indemnización por despido: reducción en la cuantía y reducción en el tope de días indemnizables**

- 3.1. La reforma laboral, al modificar el cálculo de la indemnización (de 45 días con el límite de 42 mensualidades a 33 días con el límite de 24 mensualidades) con carácter general, obligó al legislador a

establecer medidas transitorias como la analizada. A fin de aclarar qué régimen resultaba aplicable, entendió que para los contratos formalizados con anterioridad a aquélla se mantuviera el «precio» anterior (45 días) en el tiempo transcurrido por el contrato hasta dicha fecha, mientras que el tiempo posterior se abonaría conforme a la nueva «cuantía» (33 días). El problema es que, en dicho cálculo, tan importante es la cuantía como el tope indemnizatorio y este último (igualmente distinto en uno u otro caso, 42 mensualidades o 24 mensualidades, respectivamente) se fijó, con carácter general, en 720 días (24 mensualidades). Por lo tanto, ésta es la norma. Todos los contratos celebrados tanto antes como después de la reforma aplicarán dicho límite en el cálculo de la indemnización.

Con una excepción. Que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero del 2012 resultase un tope superior a 720 días, en cuyo caso se aplicará el tope resultante y no el de los 720 días. Si bien —añade el legislador— «sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso».

- 3.2. Partiendo únicamente de la interpretación de la excepción —que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero del 2012 resultase un tope superior a 720 días—, el Tribunal Supremo ha optado por delimitar el cálculo y el tope al periodo del contrato desarrollado con anterioridad a la reforma. No lo hace en el caso de la regla por cuanto de ésta se deriva la necesidad de considerar los periodos trabajados con posterioridad a la reforma. Pero, si no fuera así, si hubiera que aplicar la excepción y, calculada la indemnización, el tope coincidiera con los 720 días previstos por el legislador, se aplicaría éste y, si se superaran, se aplicaría el resultante o, como máximo, el de las 42 mensualidades (1260 días). El problema surge en la integración —antes sí y ahora no— de los periodos trabajados con posterioridad a la reforma para alcanzar dicho tope.

Ahora se opta por excluirlos, pero cabría admitir una interpretación distinta. Una de las claves se halla en ese añadido del legislador al indicar que dicho importe no podrá ser «superior a 42 mensualidades, en ningún caso». Y es que, a diferencia de lo que suele ser frecuente en la técnica legislativa, la norma no precisa «en este caso», «en su caso» o «en cualquier caso», sino que expresamente señala que dicho importe —el indemnizatorio resultante— «en ningún caso» resultará superior a las 42 mensualidades fijadas. Por lo que procedería entender que, aunque la cuantía sea distinta (45 días para el periodo trabajado anterior a la reforma y 33 días para el posterior), el tope indicado no podrá rebasar (si el periodo trabajado anterior a la reforma supera el tope de los 720 días establecido) «en ningún caso» las 42 mensualidades, pero sin que de la norma se derive que deba excluirse el cómputo del periodo de trabajo posterior a tales efectos. Entre otras razones, porque podría considerarse que la indemnización por despido improcedente tiene una naturaleza resarcitoria del daño producido por la extinción *ante tempus* del contrato y, como tal, cualquier interpretación que suponga una reducción cuantitativa del derecho exigiría una intervención normativa expresa. Si el legislador hubiera explicitado el contenido de la norma como, con total nitidez, ha hecho la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, no cabría objeción alguna. Pero, con la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en este pronunciamiento, podría apreciarse que dejar fuera del cómputo de la indemnización de un daño, sin una expresa voluntad legislativa, un periodo que contribuye a incrementarlo altera las claves de proporcionalidad que impone todo resarcimiento.

#### 4. Conclusión

Con los cálculos expuestos, el trabajador con una antigüedad de 28 años antes de la reforma del 2012 ( $28 \times 12 = 336$  días;  $336 \times 3,75$  días indemnizatorios = 1260 días, esto es, 42 mensualidades) ya puede calcular su indemnización porque su mantenimiento en activo no modificará la cuantía (se

consideran «inocuos» a estos efectos. Con todo, el pronunciamiento analizado resulta ejemplar por su pedagogía. Y claro, muy claro (aunque no «aclare», sino que más bien «modifique» su doctrina anterior). Como consecuencia de éste, los periodos trabajados con

posterioridad a la reforma laboral no se considerarán a efectos de despido si, al calcular la indemnización, la prestación de servicios anterior a dicha reforma superara el límite de los 720 días.