

CLAVES JUDICIALES DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE

MAGDALENA LLOMPART BENNÀSSAR

Prof. TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de les Illes Balears

EXTRACTO

**Palabras Clave: indemnización por despido
improcedente, salario, opciones sobre acciones, bonus, unidad del vínculo**

El presente estudio pretende clarificar controversias referentes a la cuantificación de la indemnización por despido improcedente. Su objeto es despejar los interrogantes que suscita la regulación legal, a la luz de la jurisprudencia que la aplica, en diversas cuestiones como conceptos incluidos y excluidos del salario regulador, cuantificación de partidas salariales cuyo devengo es superior al año o cómputo del tiempo de servicios.

ABSTRACT

**Key words: compensation for unfair dismissal, salary,
stock options, bonus, unit of the link**

This study aims to clarify controversies concerning the quantification of compensation for unfair dismissal. Its purpose is to clear the questions that raises the legal regulation, in the light of the jurisprudence that applies, on various issues like concepts included / excluded from regulating wages, quantification of wage items whose accrual is greater than the year or computation of the length of service.

ÍNDICE

1. SOBRE EL CARÁCTER TASADO DE LA INDEMNIZACIÓN
2. SALARIO REGULADOR DE LA INDEMNIZACIÓN
 - 2.1. Actualidad del salario regulador como garantía del lucro cesante del trabajador
 - 2.2. Prorrato de los conceptos cuyo devengo es superior al mes o de carácter irregular
 - 2.3. Influencia de la jornada del salario regulador
 - 2.4. Modificación del salario previa al despido
 - 2.5. Fórmula de cálculo
3. TIEMPO DE SERVICIOS: UNIDAD DEL VÍNCULO
 - 3.1. Años de servicio versus antigüedad del trabajador
 - 3.2. Prorrato por meses
4. TOPE INDEMNIZATORIO MÁXIMO

1. SOBRE EL CARÁCTER TASADO DE LA INDEMNIZACIÓN

A la hora de considerar una decisión extintiva, la empresa valora muchas cuestiones, pero principalmente el coste económico. La reforma laboral de 2012 rebajó de forma considerable este coste, al pasar de contemplar una indemnización por la pérdida de empleo calculada a razón de 45 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades a otra calculada a razón de *“treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”* (art. 56 ET). Se generaliza, de esta suerte, la indemnización prevista para las extinciones objetivas declaradas improcedentes en caso de contratos de fomento de la contratación indefinida. Según el primer apartado de la DT 11ª del TRET, esta indemnización es de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012. En el caso de relaciones laborales nacidas con anterioridad se prevé un régimen transitorio¹. En síntesis este régimen, regulado también en la DT 11ª del ET, establece dos fórmulas de cálculo para la indemnización por despido improcedente en caso de contratos comunes –no de fomento de la contratación indefinida- concertados antes del día 12 de febrero de 2012, pero cuya finalización por despido improcedente acontezca con posterioridad a esta fecha. Para el primer tramo temporal, hasta el día 11 de febrero de 2012 incluido, a efectos de preservar los derechos adquiridos, mantiene la fórmula precedente de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses enteros los periodos de tiempo inferiores a un año. Para el segundo tramo, a partir del 12 de febrero de 2012,

1. Respecto del mismo, vid. Goerlich Peset, J.M., “Nuevas perspectivas en materia de indemnización y otros efectos vinculados a la extinción del contrato de trabajo”, en Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, A., *La Reforma Laboral de 2012*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, págs. 526 y ss. y Llopart Bennàssar, M., “Comentario a la DT undécima del ET”, en Goerlich Peset, J.M., *et altri, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Homenaje al prof. Tomás Sala Franco*, en prensa. Asimismo, tanto la importante STS de 18 de febrero de 2016 (rcud. 3257/2014), como la STS de 18 de abril de 2016 (rcud. 1921/2014).

establece la de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses también los periodos de tiempo que no superen el año. Además se añaden dos topes máximos, uno de carácter relativo y otro de índole absoluta –que a su vez está limitado–, de forma que el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el despido anterior al 12 de febrero de 2012 resulte un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicha cifra en ningún caso pueda ser superior a 42 mensualidades. Así pues, con la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, los trabajadores que hubiesen alcanzado una indemnización equivalente a 720 días de salario o una cifra superior, siempre que no exceda de las 42 mensualidades han visto congelada su indemnización, de modo que aunque sigan prestando servicios en la empresa su indemnización ya no aumentará.

Ahora bien, tanto antes como ahora, existen cuestiones problemáticas que se reproducen y que merecen ser abordadas de forma sistemática. En primer término, cabe resaltar que la indemnización por despido improcedente es tasada, cuantificable en atención a dos criterios -salario y tiempo de prestación de servicios-. Al hilo de la última reforma laboral, esta fórmula de cálculo ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional por entender que las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de dolo o culpa han de considerar todos los criterios que conduzcan al establecimiento de una justa compensación –edad, sexo, víctima de violencia, formación, discapacidad, etc.-, resultando arbitrario que se indemnice sólo en atención a esos dos factores². Asimismo, se ha aducido que la reducción de una indemnización por daños y perjuicios derivada de responsabilidad dolosa o culposa contradice el carácter esencialmente “*causídico*” de este tipo de resarcimientos por no responder, en un contexto con una elevada tasa de desempleo, a una disminución de los daños y perjuicios a compensar.

Con anterioridad a la reforma laboral, el TS había reconocido que la indemnización por despido improcedente es tasada por ley y que, si bien responde a la pérdida del empleo, carece de valor restitutorio en su integridad. Según el Alto Tribunal no le resultan de aplicación los criterios civiles de cuantificación del daño, como tampoco se exige al trabajador la prueba de los daños y perjuicios³. Este razonamiento ha sido adoptado por el TC, que además incide en que el contrato de trabajo se rige por reglas y principios propios -distintos de los aplicados a los contratos civiles- pudiendo tener por tanto un régimen jurídico propio en materia de resarcimiento de daños. El TC aborda esta cuestión desde la perspectiva

2. Cfr. AATC 33/2015 y 35/2015, ambos de 17 de febrero.

3. STS de 7 de diciembre de 1990 (rec. 520/90).

del derecho constitucional al trabajo. En la medida en que el art. 35.2 de la CE remite a la ley la regulación de un estatuto de los trabajadores, el legislador es el encargado de determinar el contenido y alcance del citado derecho, pudiendo regular según considere en cada momento la indemnización del despido declarado improcedente con elementos de cálculo tasados, la determinación de los factores a considerar y su valor numérico. A cuanto se ha razonado, el TC añade las virtudes de nuestro sistema legal de indemnización objetiva en caso de despido, como son la eliminación de las dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, la unificación de criterios que debe aplicar el juez, la simplificación del cálculo judicial, así como la certeza y seguridad jurídica. Todo lo cual le permite afirmar que es razonable atender al salario y al tiempo de servicios del trabajador en la empresa como elementos de compensación y también que sobre estos elementos se aplique un factor multiplicador prefijado por la ley que, en atención a la culpabilidad del empresario en la extinción, resulta superior en los despidos improcedentes -45 ó 33 días- que en los despidos colectivos u objetivos procedentes -20 días-.

Ciertamente el legislador, a la hora de cuantificar las indemnizaciones por despido improcedente, podría haber adoptado criterios civiles, tomando en consideración elementos como la edad del trabajador, cargas familiares, sexo, formación etc.; circunstancias que, en efecto, pueden estar relacionadas con el tiempo que le costará al despido encontrar un nuevo trabajo con condiciones similares al que ha perdido. Sin embargo, es razonable que las mismas no se tengan en cuenta en nuestro ordenamiento -como tampoco acontece en los de nuestro entorno- porque eso sería tanto como hacer recaer en las empresas el peso de circunstancias que van más allá de la propia relación laboral. En cambio, los módulos de salario y tiempo de prestación de servicios son conceptos que han condicionado la propia dinámica laboral entre empresa y trabajador. De ahí, en mi opinión, que sean muy adecuados para calcular estas indemnizaciones por despido. De algún modo ambos elementos constituyen un reflejo de lo que ha sido la relación laboral y, por tanto, de lo que se debe compensar cuando ésta finaliza, al tiempo que ofrecen seguridad jurídica. En concreto, el salario que ha venido percibiendo el trabajador va a condicionar el lucro cesante que va a padecer. Cuestión diversa, y que excede del presente análisis, es que se considere que la cuantía final que resulta de la nueva fórmula de cálculo pueda ser insuficiente a la vista de la situación actual del mercado de trabajo y de los mecanismos de protección social existentes.

El carácter decididamente objetivo de esta indemnización, en fin, explica que cuando un trabajador despedido fallece antes de que el juez declare la improcedencia del despido la indemnización correspondiente pueda ser

transmitida a los herederos. Y ello a pesar de que la compensación del daño por la pérdida del empleo ha perdido su justificación⁴.

En definitiva, sin haber alterado su carácter tasado ni la referencia salarial, la actual regulación ha reducido tanto el canon de cuantificación de la indemnización, que de 45 días por año ha pasado a 33 días por año, como su límite máximo, que de 42 mensualidades ha pasado a 24. Por tanto, al analizar las indemnizaciones por despido improcedente deben barajarse necesariamente los elementos referidos al salario regulador, al tiempo de prestación servicios y al tope indemnizatorio.

2. SALARIO REGULADOR DE LA INDEMNIZACIÓN

Cuantificar correctamente el salario es crucial para que la empresa valore el coste del despido. Cuando la prestación de servicios se ha encauzado de forma civil o mercantil, antes de cuantificar el módulo salarial es necesario concretar la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, a efectos de comprobar si los importes devengados por el trabajador son un precio por sus servicios o un salario por su trabajo. Si la prestación de servicio se declara finalmente laboral y la empresa venía abonando al falso autónomo cuantías destinadas a compensar el IVA correspondiente, éstas -en la medida en que no retribuyen la prestación de servicios, van destinadas a la Hacienda tributaria y no ingresan en el patrimonio del trabajador- no engrosan la cifra del salario regulador⁵. Este razonamiento, por lo demás, no pone en tela de juicio el hecho de que el importe del salario,

4. En efecto, en caso de fallecimiento del trabajador despedido antes de la sentencia que declara la improcedencia de la extinción, la STS de 13 de mayo de 2003 (rcud. 813/2002) entiende que procede el pago de la indemnización a los herederos por la plena operatividad de los arts. 1112, 1132, 1134 y 1136 del Cc, de forma que los derechos nacidos en virtud de la obligación establecida por el art. 56 del ET, y adquiridos desde la fecha del despido, son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiese pacto lo contrario, perdiendo el derecho de elección entre las dos prestaciones a las que alternativamente viene obligado el empresario si sólo una fuera realizable. El deudor, esto es el empresario, ya no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles y siéndolo una de ellas en tanto obligación de hacer, la elección del acreedor recaerá sobre el precio. Sin embargo, esta STS cuenta con un importante voto particular que niega el derecho de los herederos a cobrar la indemnización, pues la misma compensa el daño producido por la pérdida futura del empleo y este daño no se ha producido porque el trabajador ha muerto, de modo que no hay obligación de resarcir. Según el voto particular, el daño se actualiza cuando no se readmite; no en el momento del despido. En fin, en términos de empleo, el único daño que se ha producido como consecuencia del despido cuando el trabajador fallece antes de la sentencia es el que corresponde a los salarios de tramitación dejado de percibir desde la fecha del despido hasta la del fallecimiento y a la condena al abono de esta cantidad debe limitarse el fallo en estos casos.

5. SSTS de 20 de octubre de 1989 (rec. 6008/1988) y de 24 de septiembre de 2014 (rcud. 1522/2013).

como elemento regulador de la indemnización por despido improcedente, deba ser bruto⁶.

En todo caso, discernir qué es y qué no es salario no siempre es cuestión sencilla porque, de una parte, se entremezclan diversas regulaciones, como la laboral, la de Seguridad Social y la tributaria con finalidades no siempre equivalentes⁷ y, de otra, acontecen cambios de criterio por parte de los tribunales. Buen ejemplo de ello es el abono de ciertas primas por parte de la empresa a compañías aseguradoras, en concepto de seguro de accidente de vida y accidente de los trabajadores. Originariamente, no se consideró como salario las cuantías abonadas por las empresas a entidades de previsión, compañías aseguradoras, servicios médicos o análogos⁸. Sin embargo, aun cuando son pagos del empresario que se dirigen a una entidad aseguradora y no entran a formar parte del patrimonio del trabajador, estando la aportación, por ende, sometida al régimen específico del seguro contratado, el TS, en sus resoluciones más recientes, entiende que tales primas constituyen parte del salario. En concreto, ha distinguido entre el abono de la prima al seguro, concepto que considera salarial, y las ulteriores prestaciones o indemnizaciones -derivadas del pago de primas- que constituyen un concepto claramente extrasalarial por ser equivalente a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social⁹. Parece, en fin, que en la calificación jurídica de esta ventaja ha prevalecido el carácter totalizador del salario.

La *vis atractiva* del salario explica también por qué el TS incorpora en el módulo salarial las cantidades abonadas por la empresa en concepto de dietas por alojamiento y manutención, cuando el trabajador presta sus servicios en diferentes obras ejecutadas en localidades distintas a las de su domicilio habitual, si los sucesivos contratos de obra o servicio determinado han sido firmados precisamente en el emplazamiento donde radica la obra o donde el servicio se presta y no en el lugar de residencia del trabajador¹⁰. En tal hipótesis, el Alto Tribunal prescinde del dato relativo al domicilio habitual del trabajador y se centra en dónde se ha firmado el contrato. Si ya desde el inicio de la relación

6. STS de 1 de octubre de 2007 (rcud. 3794/2006).

7. Cfr. Llopart Bennàssar, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, págs. 177 y ss.

8. Vid., entre otras, STS de 13 de julio de 1998 (rcud. 3883/1997) y STSJ, todas de Madrid, de 30 de mayo de 2005 (rec. 438), 11 de febrero de 2009 (rec. 3678/2008) y 16 de enero de 2012 (rec. 4513/2011).

9. SSTS de 27 de junio de 2007 (rcud. 1008/2006), 2 de octubre de 2013 (rcud. 1297/2012) y 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014).

10. SSTS de 16 de febrero de 2015 (rcud. 3056/2013), 7 de abril de 2015 (rcud. 1187/2014) y 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014). Respecto de unas cantidades que se añadían a unas dietas reales, vid. STS de 3 de febrero de 2016 (rec. 143/2015).

laboral, ésta supone un cambio de residencia porque la prestación de servicios se desarrolla en lugar diferente al del domicilio habitual, se considera que no hay desplazamiento y que el citado cambio resulta irrelevante a efectos de devengar indemnización alguna. Tanto la manutención como el alojamiento del trabajador se consideran, en estos casos, una contraprestación más de los servicios que presta el trabajador. Sobre la base de la normativa en materia de cotización [art. 23.2 A) RGCL] y tributaria [arts. 17 d) LIRPF y 9 RIRPF], el TS entiende que, para que se devenguen dietas, el desplazamiento del trabajador no sólo debe alejarle de su residencia sino también del centro de trabajo habitual. Por tanto, si es contratado para prestar servicios en un concreto lugar, aunque dicha contratación suponga cambiar temporalmente de domicilio, no cumple con el segundo de los requisitos, esto es, desplazarse fuera de su centro de trabajo y, por consiguiente, la manutención y el alojamiento quedan incorporados al salario regulador de la indemnización.

Sentado lo anterior, procede valorar ciertas exclusiones del módulo salarial que se han planteado ante el Alto Tribunal y que éste ha confirmado¹¹. Tal es el caso de la enseñanza que, gratuitamente, pueden recibir los hijos de trabajadores. Respecto de esta prestación, el TS ha estimado que, pese a suponer una ventaja económica, no constituye retribución del trabajo efectivo o de los periodos de tiempo de descanso computables como trabajo¹².

Más controvertida resulta la puesta a disposición de un automóvil por parte de la empresa al trabajador. Sobre todo cuando dicha ventaja, a pesar de resultar necesaria para el buen desempeño del cometido del trabajo, es susceptible de ser disfrutada fuera del horario de su trabajo¹³. Pues bien, a pesar de esta última circunstancia, el Alto Tribunal entiende que la intención de la empresa no es proporcionar una retribución por la labor del trabajador, sino hacer frente a la necesidad de la utilización del vehículo para el buen desempeño de la misma, y que la utilización de éste fuera del horario de trabajo puede obedecer a la mera tolerancia por parte de la empresa. Una solución intermedia podría haber sido considerar la naturaleza mixta de la citada percepción¹⁴. La propia Administración

11. Vid., también, STSJ Cataluña de 2013 (rec. 4721/2013), sobre la naturaleza extrasalarial de los estudios costeados por la empresa.

12. STS de 23 de mayo de 1988.

13. STS de 21 de diciembre de 2005 (rcud. 104/2005).

14. A favor de la posibilidad de percepciones de naturaleza mixta, Matorras Díaz-Caneja, A., *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable)*, Madrid, 1999, págs. 81 y 82.

Tributaria¹⁵ y algunas resoluciones judiciales¹⁶ han aplicado dicho criterio para cuantificar ciertas percepciones en especie. Sin embargo, a mi juicio, este tipo de percepciones no pueden tener una naturaleza mixta por la propia *vis atractiva* del salario. De ahí que, cuando el uso de un bien es tanto para fines laborales como particulares, la discrepancia sobre su naturaleza pueda resolverse atendiendo a su uso prevalente.

2.1. Actualidad del salario regulador como garantía del lucro cesante del trabajador

Si con la indemnización por despido improcedente se pretende compensar al trabajador por el daño que le ocasiona quedarse sin empleo con la consiguiente pérdida de rentas salariales y verse en la necesidad de reincorporarse al mercado de trabajo, el referente debe ser el salario percibido en la fecha del despido¹⁷. No ha querido el legislador, ni ello sería lógico, modular el salario regulador en atención a cada uno de los años de servicio. La razón está en que la compensación viene referida a la formación de un capital que tenga en cuenta el nivel de precios vigentes en el momento del despido. Por tanto, las percepciones percibidas en su momento y cuya concausa específica haya desaparecido al tiempo del despido, no podrán ser computadas para integrar el salario regulador¹⁸. La actualidad, por

15. En el caso de utilización mixta, para fines de la empresa y para fines particulares del empleado, la DGT en varias consultas, por ejemplo la V-1469, o el Tribunal Económico-Administrativo, en junio de 2006, entienden que sólo procederá imputar al contribuyente una retribución en especie en la medida en que éste tenga la facultad de disponer del vehículo para fines particulares, con independencia de que exista o no una utilización efectiva para dichos fines. De este modo, el parámetro determinante de la valoración de la retribución en especie debe ser la disponibilidad del vehículo para fines particulares.

16. Vid., por ejemplo, STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2002 (rec. 1197/2002). También, SJTS de Madrid de 11 de febrero de 2009 (rec. 3678/2008), que cuantifica el vehículo imputando a dicha retribución los días de descanso (2/7), pues en el caso analizado el disfrute del mismo no estaba limitado a la realización de funciones propias de su actividad, siendo utilizado los fines de semana con carácter exclusivamente privado.

17. Vid. por todas, STS de 12 de marzo de 2003 (rcud. 2757/2002) y 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014).

18. Cfr. en relación con una “*compensación desplazamiento*”, la STS de 27 de septiembre de 2004 (rcud. 4911/2003), que analiza un supuesto en el que el trabajador estuvo desplazado cobrando la citada percepción. Según dicha resolución, si cuando el trabajador fue despedido ya trabajaba en España, es evidente que no puede computarse a efectos de salario regulador el concepto reclamado, ya que en el momento del despido y cese, no percibía tal complemento. El Alto Tribunal prosigue que no puede prorratearse lo percibido en los doce últimos meses para incluir la cantidad percibida por el referido complemento; el mismo tenía una finalidad concreta, compensar el traslado al extranjero, es decir, tenía carácter puntual, si cuando fue despedido ya no trabajaba fuera de España y no percibía el complemento, no puede incluirse en lo percibido en el momento del cese; no estamos ante un ingreso irregular, ni ante un complemento de devengo periódico superior al mes,

lo demás, también supone que cuando el cobro del salario se efectúa en moneda extranjera, el tipo de cambio debe ser el de la propia fecha del despido¹⁹. Sin embargo, si en el momento del despido el trabajador se halla en situación de incapacidad temporal, el salario regulador es el percibido en el último mes efectivamente trabajado, no la cuantía de la prestación correspondiente²⁰.

Habida cuenta que el salario regulador de la indemnización es aquél que corresponde al trabajador al tiempo del despido, no puede ser el que arbitrariamente abona la empresa²¹. Salario que obviamente no puede ser inferior al establecido en convenio aplicable, que tiene carácter de norma mínima. Ante supuestos de encuadramiento en grupos o categorías profesionales inferiores, la indemnización debe calcularse adecuando el salario a las funciones de categoría superior efectivamente realizadas en el momento del despido²².

Otro elemento que hay que considerar para valorar correctamente el coste de un despido concierne a la dinámica de las actualizaciones salariales. Dado que la indemnización viene determinada por el lucro cesante, el salario regulador debe ser el percibido en el momento del despido. Ello explica que sí computen a estos efectos eventuales incrementos salariales más o menos coetáneos al momento del despido²³. Por el contrario, cuando la actualización salarial acontece producido el despido, durante el proceso judicial, la misma puede no afectar a la determinación de la indemnización, pues ésta, como compensación tasada que es y no “*restitutio*

ni ante un supuesto de fraude que podría llevarnos a conclusión distinta sobre el particular. Vid., también, STS 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014), sobre un trabajador que prestaba servicios fuera de España, cobrando un salario superior al que se hizo regresar cuando la decisión extintiva ya estaba tomada. En este caso, el TS confirma que el salario regulador debe ser el percibido en el exterior como expatriado antes de ser repatriado a España, pues dicha repatriación tuvo un carácter eminentemente formal.

19. STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001 (rec. 1463/2001).

20. Cfr. SSTSJ de Extremadura de 31 de mayo de 2007 (rec. 167/2007) y Cataluña de 22 de septiembre de 2008 (rec. 3985).

21. SSTS de 3 de enero de 1991 (rec. 633/1990) y 27 de diciembre de 2010 (rcud. 1751/2010). Este mismo criterio ha de aplicarse para la resolución del contrato de trabajo en virtud de la remisión del art. 50.2 ET, sobre todo cuando es la propia actuación empresarial, que se considera como un incumplimiento grave que justifica la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador, la que ha determinado una reducción ilícita del salario que como tal (art. 6.3 Cc) no puede tener eficacia para educir la base de cálculo de la indemnización procedente. Vid., en este sentido, las SSTS de 25 de febrero de 1993 (rcud. 1404/1992) y 30 de junio de 2011 (rcud. 3756/2010), que reconoce como salario regulador el que percibía el trabajador un mes antes de ser despedido, ya que se produjo una reducción ilícita de su retribución.

22. STS 12 de julio de 2006 (rcud 2048/2005).

23. STSJ Cataluña de 10 de marzo de 2005 (rec. 2149/2005).

in integrum”, debe permanecer inalterable²⁴. Problemática específica se plantea cuando no hay salario actual porque el trabajador se halla en una situación de excedencia. En tal supuesto, si el trabajador quiere regresar y a pesar de darse las condiciones para ello la empresa se opone, el TS estima que la relación laboral –que estaba latente- cobra nueva vitalidad. De esta suerte, la retribución a considerar a efectos de cuantificar la indemnización por despido improcedente es la que debía percibir en el momento del eventual reingreso, -pues tal es la fecha en la que se produce el daño- no la que rigiera en el pasado -cuando la relación laboral entró en fase de latencia-²⁵.

2.2. Prorrateo de los conceptos cuyo devengo es superior al mes o de carácter irregular: relevancia de la anualización del salario

Las retribuciones de devengo superior al mes, ya sean de cuantía fija o de cuantía variable, o de carácter irregular deben computar en la proporción que les corresponda. De ahí que, cuando este tipo de percepciones concurren, haya que tener en cuenta todas las cantidades percibidas en el año en curso o, si ello no es posible, en el año inmediatamente anterior al despido, para luego prorratearlas por meses. Así, al salario del último mes se le suma el importe anual de las pagas extra prorrateado por meses²⁶. Esta operación, obviamente, resulta innecesaria cuando las pagas extra ya están prorrateadas. Con todo, se ha planteado qué sucede cuando dicho concepto se cobra mes a mes desoyendo lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable, que prohíbe expresamente tal posibilidad²⁷. En este supuesto, el TS, sobre la base del art. 31 del ET, que prevé que sólo el convenio colectivo -sin hacer alusión alguna a la autonomía individual- puede contemplar el prorrateo de las gratificaciones extraordinarias, concluye que el acuerdo entre empresario y trabajador sobre este particular no cuenta con autorización legal para legitimarlo. Es más, en el supuesto analizado judicialmente, el convenio veta expresamente el prorrateo, por lo que el TS concluye que, a efectos de cuantificar el módulo indemnizatorio, al salario mensual -que incluye indebidamente la prorrata de las gratificaciones extraordinarias- se le debe añadir de nuevo la parte proporcional de las pagas extra.

24. STS de 7 de diciembre de 1990 (rec. 520/1990). Con todo esta STS cuenta con un voto particular que entiende injusto que el trabajador ilegalmente despedido y sin ocupación compensatoria durante todo el procedimiento, haya de sufrir, sin embargo, el perjuicio de la no obtención de las mejoras salariales devengadas por los demás trabajadores.

25. SSTS de 12 de marzo de 2003 (rcud. 2757/2002) y 30 de mayo de 2003 (rcud. 2754/2002).

26. Vid., entre otras muchas, SSTS 17 de julio de 1990, de 30 de junio de 2011 (rec. 3756/2010) y 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014).

27. STS de 25 de enero de 2012 (rcud. 4329/2010).

Además de las gratificaciones extraordinarias, los trabajadores pueden percibir otros conceptos cuyo devengo es superior al mes -incentivos, comisiones, bonus, etc.- o, incluso, partidas con un devengo que excede el año, como es el caso de las opciones sobre acciones. El problema que acarrearán todos estos emolumentos viene referido precisamente al requisito de actualidad.

En relación con los conceptos que tienen una periodicidad superior al mes con un devengo que se produce por anualidades vencidas de acuerdo con el rendimiento de los trabajadores, como el caso de los bonus, estos forman parte del salario regulador. La cuestión es cómo deben hacerlo cuando el trabajador es despedido antes de que la anualidad venza, sin poder concretar por tanto la retribución total del año en que la relación laboral se extingue. Y, en este sentido, no cabe obviar que el salario que se toma en cuenta para fijar la indemnización es el que viniera percibiendo el trabajador en el momento del cese, no el salario al que pudiera tener derecho en un futuro. De este modo, si el trabajador despedido tiene derecho a cobrar conceptos en función de su rendimiento con devengos por anualidades vencidas –no con devengos mensuales de percepción anual-, los tribunales atienden al último bonus percibido para fijar el salario regulador anual²⁸, para luego prorratearlo por meses.

Cuando lo que se reconoce al trabajador es un bonus que requiere de la empresa la fijación anual del rendimiento exigido, si ésta omite tal actuación, en defecto de previsión alguna sobre este particular, los tribunales aceptan la posibilidad de que dicho concepto forme parte del módulo salarial anual. Y ello sobre la base de que dicho pacto queda sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes, contrariando lo dispuesto en el art. 1256 del Cc. En concreto, también se recurre a la cuantía del incentivo abonado al trabajador el año anterior²⁹, para que integre el módulo salarial anual.

Las dudas se acentúan cuando la ventaja que tiene reconocida el trabajador es un plan de opciones sobre acciones, pues constituye una retribución a medio o largo plazo, superando por tanto el devengo anual. El contrato de opción se perfecciona en el momento en que confluyen las voluntades de las partes que lo suscriben. Salvo otras particularidades posibles, una vez perfeccionado dicho contrato la empresa se compromete a ofrecer a sus empleados la opción de hacerse

28. Vid., entre otras, SSTS de 13 de mayo de 1999 (rec. 977/1990), 24 de octubre de 2006 (rcud. 1524/2005) y 25 de septiembre de 2008 (rcud. 4387/2007). También, SSTSJ, ambas de Madrid, de 30 de mayo de 2005 (rec. 438/2005) y 14 de febrero de 2007 (rec. 5447/2006).

29. SSTS de 19 de noviembre de 2001 (rcud. 3083/2000), 9 de julio de 2013 (rcud. 1219/2012) y 15 de julio de 2013 (rcud. 2926/2012). Vid., más ampliamente sobre esta cuestión, Llompart Benàssar, *El salario: concepto...*, cit., págs. 451 a 458.

con un paquete de acciones, bien de forma gratuita, bien a un precio determinado –normalmente inferior al del mercado, denominado “*precio del ejercicio*”-. El ejercicio de la opción cuenta con un periodo de carencia o maduración, que es el que transcurre entre la concesión de la opción hasta que el trabajador puede ejercitarla. Agotado dicho periodo, el ejercicio puede acontecer en un término concreto –acciones europeas- o en un lapso temporal –acciones americanas-. En todo caso, los planes sobre acciones suponen un beneficio que ha sido calificado como salarial³⁰ y, por tanto, debe influir en el módulo indemnizatorio. Específicamente, el concepto salarial viene constituido por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado bursátil en el momento de la adquisición y el “*precio de ejercicio*” pactado que debe abonar el trabajador, esto es, el ahorro del que se ha beneficiado el trabajador para acceder a las acciones. Caso de no existir precio alguno, la ventaja vendría referida al valor de la acción en Bolsa cuando el trabajador la adquiere.

Sentado que el beneficio derivado de las stock options debe incrementar la indemnización por despido improcedente, aspecto diferente es cuantificarlo. Al tener un devengo superior al mes, se deben tomar en cuenta las cantidades percibidas en el año inmediatamente anterior al despido. Ahora bien, existen discrepancias a la hora de decidir cómo y en qué cuantía deben computar, íntegramente o prorrateadas. Descartado por el TS que deba incluirse la totalidad del beneficio obtenido por el ejercicio del plan³¹, cabe plantearse cómo debe distribuirse dicho beneficio.

Existen resoluciones judiciales que, para incluir el beneficio asociado al ejercicio de opciones sobre acciones en el cómputo de la base salarial, exigen dos condiciones: 1ª) que el tramo de las stock options haya madurado en el año inmediatamente anterior al despido; y 2ª) que el trabajador haya ejercitado el derecho a la opción el año inmediatamente anterior al despido. Según este parecer, las opciones sobre acciones retribuyen exclusivamente el trabajo del empleado durante el periodo de maduración. En consecuencia, sólo cabe incluir en el salario regulador el beneficio derivado de un plan de opciones sobre acciones que se ha consolidado y ejercitado dentro del año previo al cese³². Si el ejercicio

30. SSTS de 24 de octubre de 2001 (rcud. 3295/2000 y 4851/2000), 1 de octubre de 2002 (rcud. 1309/2001) y 26 de enero de 2006 (rec. 3813/2004).

31. Vid., por todas, STS de 3 de junio de 2008 (rcud. 2532/2006). Incluyendo todo el beneficio conseguido en los últimos doce meses, vid. STSJ de Madrid de 23 de junio de 2008 (rec. 383/2008).

32. SSTSJ de Madr de 28 de diciembre de 2004 (rec. 3916/2004), Madrid de 20 de diciembre de 2005 (rec. 3839/2005), Cataluña de 15 de mayo de 2006 (rec. 1466/2006), Madrid de 14 de febrero de 2007 (rec. 5447/2006), Madrid de 12 de marzo de 2008 (rec. 5331/2007), Madrid de 30

del derecho de opción se efectúa en el año previo al despido respecto de opciones maduras con anterioridad, no procederá computar cantidad alguna en concepto de opciones sobre acciones para calcular la indemnización por despido. Si, por el contrario, el ejercicio del derecho de opción en el año previo al despido afecta a opciones maduras en ese periodo, sí procede computar la plusvalía obtenida por el derecho de opción dado que el beneficio se ha generado durante el periodo de carencia. Dicho beneficio debe ser prorrateado de conformidad a dicho periodo e incluirse únicamente la parte correspondiente al periodo de carencia que coincida con los doce meses anteriores al despido, obviando el hecho de que el ejercicio del plan puede haber acaecido unos meses más tarde, como en el caso de los planes americanos³³.

Otra corriente judicial, por el contrario, interpreta que lo que se retribuye son los servicios prestados desde la fecha en que se otorga la opción sobre acciones hasta que se ejecuta, considerando irrelevante que en la anualidad anterior al cese haya acontecido la maduración de la opción. Si la partida salarial en que consiste la opción sobre acción se cuantifica según la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición de las acciones y el precio de ejercicio del derecho pactado, lo que retribuye en la práctica es el periodo desde su concesión a su realización por parte del trabajador y, por tanto, debe distribuirse proporcionalmente a dicho periodo si es superior a un año, pues tal es el lapso temporal que se retribuye. Sólo es necesario, por tanto, que el plan se haya ejecutado dentro de la anualidad anterior al despido. En tal caso, cabe prorratear este concepto desde la fecha de su concesión hasta la fecha de su ejercicio, incluyéndose en el salario regulador anual la parte que corresponde a los doce meses previos al despido. Pues bien, ésta es la opción por la que parece se ha decantado el TS, cuando en su sentencia de 3 de junio de 2008 (rcud. 2532/2006), afirma que este tipo de beneficio retribuye el trabajo desempeñado por el trabajador durante el periodo que comprende desde su concesión hasta su realización³⁴. De ahí, a mi juicio, que si desde la concesión hasta el ejercicio de la opción han transcurrido 4 años y el ejercicio acontece, por ejemplo, 3 meses antes del despido, en el salario anual regulador debe incluirse la parte proporcional a

de septiembre de 2008 (rec. 2671/2008), Madrid de 11 de febrero de 2009 (rec. 3678/2008), Madrid de 16 de enero de 2012 (rec. 4513/2011), Madrid de 13 de junio de 2014 (rec. 289/2014). Vid., también, De La Puebla Pinilla, A., "Stock-options e indemnización por despido: problemas prácticos y soluciones judiciales", T.L. núm. 101/2009, pág. 57;

33. A pesar de que cite a la STS de 3 de junio de 2008 (rcud. 2532/2006), tal parece ser la consideración de la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2009 (rec. 8446/2009).

34. Vid. STSJ de Navarra de 20 de marzo de 2009 (rec. 74/2008), Cataluña de 9 de febrero de 2012 (rec. 5708/2011). También, Todolí Signes, A., *Salario y productividad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 375.

los 9 últimos meses de vigencia del plan, pues éste es el periodo que se estaba retribuyendo.

En todo caso, resulta manifiesto que para el cómputo de este beneficio en la indemnización se requiere que la opción se haya materializado y, por tanto, ingresado en el patrimonio del trabajador³⁵. Ello no obstante, si efectuado el despido, el plan de opciones sobre acciones permite al trabajador ejercerlo tras un breve periodo de tiempo³⁶, el importe total del beneficio se debe prorratear desde la fecha de la concesión de la opción hasta que el trabajador la materializa, pues se entiende que éste es el periodo que retribuye, de suerte que el salario anual debe incluirse la parte proporcional correspondiente a los doce últimos meses de prestación de servicios, para luego hallar la retribución mensual.

Y si, en fin, si se acredita que la empresa actuó de mala fe, ejecutando el despido con la finalidad que el trabajador no pueda ejercitar la referida opción, dicho beneficio debe incluirse en el módulo regulador³⁷.

En cuanto a los conceptos irregulares, que o bien no se perciben todos los meses o bien no se perciben en la misma cuantía, como las horas extraordinarias, la doctrina judicial incluye dicho concepto en el módulo indemnizatorio sólo cuando su percepción es permanente y habitual³⁸, en cuyo caso hay que atender al promedio recibido a lo largo del año. Por el contrario, si se da la circunstancia de que cobra esporádicamente y en el salario del último mes trabajado no se incluye esta percepción, la misma no influirá en el salario regulador.

35. SSTS de 24 de octubre de 2001 (rcud 3295/2000 y 4851/2000); STSJ de Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2002 (rec. 536/2002), Madrid de 17 de septiembre de 2002 (rec. 3321/2002), Madrid de 11 de marzo de 2003 (rec. 3044/2002), Canarias de 18 de julio de 2003 (rec. 927/2002), Madrid de 30 de mayo de 2005 (rec. 438/2005), Madrid de 28 de junio de 2005 (rec. 1989/2005), Madrid de 30 de septiembre de 2008 (rec. 2671/2008), Castilla y León de 22 de abril de 2010 (rec. 182/2010) y sentencia del Juzgado de lo Social de 12 de noviembre de 2001 (procd. 663/2001)

36. STS de 3 de junio de 2008 (rcud. 2532/2006), supuesto en el que quedó acreditado que se estableció un plazo de 90 días para el ejercicio de acciones una vez extinguido el contrato, exceptuándose los supuestos de despido procedente y cese voluntario del trabajador. También, STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2012 (rec. 5708/2011).

37. Cfr. SSTS de 24 de octubre de 2001 (rcud. 3295/2000 y 4851/2000); SSTSJ de Castilla y León de 12 de marzo de 2001 (rec. 216/2001), Canarias de 18 de julio de 2003 (rec. 927/2002), Cataluña de 16 de febrero de 2006 (rec. 8108/2005), Madrid de 4 de mayo de 2007 (rec. 1787/2007).

38. SSTSJ de Galicia de 9 de marzo de 2007 (rec. 5411/2006) y Cataluña de 22 de septiembre de 2008 (rec. 3985/2008).

2.3. Influencia de la jornada en el salario regulador

En materia salarial rige el principio de proporcionalidad entre la duración de la jornada ordinaria y la retribución³⁹. Una disminución de la jornada, por ejemplo por una jubilación a tiempo parcial, genera una disminución del salario y, por ende, del salario regulador de la indemnización⁴⁰. Este principio de proporcionalidad no rige sin embargo cuando la reducción del tiempo de trabajo obedece al disfrute de ciertos permisos por razones familiares (art. 37.4 y .5 ET), al disfrute de permisos en materia preventiva (art. 19.4 ET y 19 LPRL) o cuando la prestación de servicios no es posible por razones imputables a la empresa (art. 30 ET). En tales supuestos, a pesar de que el trabajador no realice íntegramente su jornada, mantiene su salario y, por tanto, no se ve afectada la eventual indemnización por despido improcedente.

Con carácter particular, en materia de conciliación de la vida familiar con la laboral, el legislador ha previsto reducciones de jornada que conllevan una reducción proporcional de salario. Pues bien, en estos casos, el módulo salarial también queda intacto⁴¹. La DA 19ª del ET, en cumplimiento de la Ley de Igualdad, prevé que en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el art. 37.5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido, será el que *“hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción*. En una línea similar, finalmente, nuestros tribunales se pronuncian cuando la jornada se reduce a iniciativa del empresario por las causas contempladas en el art. 47.2 del ET. En tal caso no se produce novación contractual alguna y el salario regulador de la indemnización por despido improcedente debe ser el percibido por el trabajador antes de la reducción⁴².

2.4. Modificación del salario previa al despido

Para esclarecer cuál es el salario a computar cuando se ha producido una alteración del mismo, cabe distinguir, en mi opinión, en función de si la modificación es permanente o es transitoria.

39. Cfr. Llopart Bennàssar, M. *El salario: concepto...*, cit., págs. 326 y 327.

40. Cfr. Meana Cubero, M.T., “Base salarial de cálculo de la indemnización por despido en casos de jubilación parcial”, A.S., núm. 16, 2012, BIB 2012\649.

41. Inicialmente, el TS, en diversos pronunciamientos, entendió que tales reducciones no debían afectar a la cuantía de la indemnización. Tal es el caso de las SSTS de 15 de octubre de 1999 (rec. 409/2001) y 11 de diciembre de 2001 (rcud. 1817/2001).

42. SSTSJ Aragón de 15 de julio de 2010 (rec. 525/2010), Extremadura de 12 de julio de 2012 (rec. 259/2012) y Cantabria de 24 de junio de 2014 (rec. 319/2014).

En el primer supuesto, caso de una modificación del salario por la vía del art. 41 del ET, el salario regulador a efectos de la indemnización debe calcularse sobre el que legalmente corresponde al trabajador en el momento del despido. La rebaja o supresión de una mejora salarial constituye una novación del contrato y, en consecuencia, el salario regulador debe ser el resultante de dicha novación. Cuando la modificación salarial es fraudulenta (art. 6.4 Cc) o se ha llevado a cabo de forma irregular, el módulo para calcular la indemnización por despido tiene que venir representado por el salario percibido antes de la modificación⁴³. Cuando, por el contrario, la reducción salarial se ha efectuado lícitamente sin que se aprecie intención fraudulenta alguna por parte de la empresa, el salario regulador a efectos de la indemnización viene conformado por el correspondiente al mes anterior al despido⁴⁴.

En el segundo supuesto, cuando la disminución salarial es temporal, por ejemplo en caso de un descuelgue salarial, entiendo que el salario regulador de la indemnización debe ser el anterior a la reducción⁴⁵. La disminución salarial es transitoria (art. 82.3 párr. 6º ET) y, por tanto, no se produce novación contractual alguna⁴⁶.

A mi modo de ver, la laguna legal existente sobre este particular aconseja adoptar mecanismos tendentes a evitar discrepancias cuando haya que cuantificar las correspondientes indemnizaciones. Lo más adecuado sería obtener pactos de empresa en las preceptivas negociaciones entre ésta y los representantes de los trabajadores, en los expedientes de modificación sustancial del “*sistema de remuneración y cuantía salarial*”, de índole colectiva, o en los de descuelgue del salario convencional. En ambos casos habría que especificar claramente el salario regulador de las indemnizaciones que percibirán los trabajadores que previamente hubiesen padecido una rebaja salarial. En concreto, caso de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, que constituye una

43. Vid., en relación con la modificación fraudulenta, STS de 30 de junio de 2011 (rcud. 3756/2010) y SSTSJ de Madrid de 21 de junio de 2002 (rec. 2059/2002) y Andalucía de 5 de diciembre de 2012 (rec. 1495/2012). Asimismo, Navarro Amaro, “Sobre el salario a efectos del despido en caso de reducción previa”, A.S., núm. 28, 2013, BIB 2013/1441. Y, en referencia a la efectuada de forma irregular, SSTSJ, ambas de Cataluña, de 26 de septiembre de 2002 (rec. 4258/2002) y 13 de abril de 2004 (rec. 6299/2003).

44. STSJ de Madrid de 22 de junio de 2011 (rec. 12/2011).

45. Vid. Llopart Bennàssar, M., “Alcance de la reforma laboral en materia de salario”, T.L., núm. 122, 2013.

46. Vid. STS de 15 de octubre de 1999 (rec. 409/1990) que, en referencia a la cuantificación de una indemnización por despido improcedente de una trabajadora con reducción de jornada por razón de guarda legal, incide en que dicha reducción es una alteración transitoria de la relación, de modo que el cálculo de la indemnización debe hacerse de conformidad con la jornada completa.

novación contractual, el módulo salarial debería acomodarse a la nueva cuantía salarial reducida de forma progresiva. En el supuesto de que la empresa hubiera procedido a la inaplicación del salario convencional, al ser una medida transitoria, se podría corroborar que el salario regulador de la indemnización es el anterior al ajuste remuneratorio hasta la expiración de la vigencia del acuerdo de inaplicación o, al menos, pactar que el módulo salarial a efectos de indemnización se vaya adaptando gradualmente a las nuevas condiciones remuneratorias.

2.5. Fórmula de cálculo

Una vez calculado el salario mensual correspondiente al tiempo de producirse el despido, éste debe ser cuantificado en su base diaria, dado que la indemnización por despido improcedente se calcula en función del salario diario. El salario regulador se obtiene multiplicando por 12 el salario mensual prorrateado con las pagas extraordinarias –a lo que cabe añadir, como se ha visto, toda percepción cuyo devengo sea superior al mes, como incentivos, comisiones, etc., o irregular- y después dividiendo el salario anual entre 365 días, o 366 si el año es bisiesto⁴⁷. En caso de un trabajador fijo discontinuo, debe atenderse al tiempo de prestación de servicios del despido⁴⁸.

Llama la atención que, según el Alto Tribunal, no cabe dividir el salario global anual entre 360 días (resultado de multiplicar 30 días por 12 meses), porque esta operación responde al erróneo criterio de omitir que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días (365/12) y atiende a los artificiales 30 días, a menudo utilizados por la práctica forense⁴⁹. A mi juicio, este razonamiento es del

47. SSTS de 27 de octubre de 2005 (rcud. 2513/04) y 30 de junio de 2008 (rec. 2638/07), 24 de enero de 2011 (rcud. 2018/2010), 9 de mayo de 2011 (rcud. 2374/2010) y 17 de diciembre de 2013 (rcud. 521/2013) y, entre otras muchas, SSTSJ Andalucía –todas de Málaga- de 20 de junio de 2013 (rec. 573/2013), 16 de enero de 2014 (rec. 1615/2013) y 20 de marzo de 2014 (rec. 211/2014), Castilla y León –todas de Valladolid- de 26 de diciembre de 2013 (rec. 1917/2013) y 29 de enero de 2014 (rec. 2047/2013) y ambas de Madrid de 3 de noviembre de 2014 (rec. 563/2014) y 22 de mayo de 2015 (rec. 31/2015).

Criticando este proceder judicial, vid. J.A. Folguera Crespo, “¿Ha cambiado el Supremo las indemnizaciones de la reforma laboral? Comentario a la STS, Sala 4ª, de 29 de septiembre de 2014, rec. 3065/2013, *Diario la Ley*, núm. 8522, de 20 de abril de 2015, La Ley 2773/2015.

48. Como sostienen la SSTSJ Andalucía –Sevilla- de 16 de abril de 2015 (rec. 882/2014) y País Vasco de 30 de junio de 2015 (rec. 1139/2015).

49. Con inequívoco apoyo en la redacción originaria –vigente hasta el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo- del art. 7 del Cc (“*si en las leyes se habla de meses... se entenderá que los meses son de treinta días... Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan*”) y que en ocasiones maneja también el legislador, como acontece en el caso de la determinación de la base reguladora en las situaciones de IT conforme al art. 13 del Decreto 1646/72.

todo pertinente en caso de los jornales, que son propios de trabajadores manuales y que se calculan recurriendo a los módulos temporales de hora o día, aunque la retribución acumulada se pague por días, semanas o quincenas. Sin embargo, la aplicación de este criterio genera dudas en el supuesto de salarios o sueldos cuya cuantificación es mensual o anual, abonándose por meses. Estos, a diferencia de los jornales, se cuantifican del mismo modo todos los meses, con independencia de los días que tengan. De ahí, como a continuación se va a comprobar, la divergencia entre el cálculo judicial del salario día por los tribunales y el que efectúa el legislador.

La normativa legal en materia retributiva considera la ficción de que cada mes tiene 30 días. Para 2016, el RD 1171/2015, de 29 de diciembre, en su art. 1, dispone que el salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 21,84 euros/día o 655,20 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses. Pues bien, el SMI diario de 21,84 € multiplicado por 30 arroja la cifra del SMI mensual, esto es, de 655,20 €. De hecho, aquel importe multiplicado por 420 días (360 más 60 en concepto de pagas extraordinarias) da como resultado el SMI anual, 9.172,80 €. Repárese por tanto que para calcular el SMI –cifra a partir de la cual se fijan los salarios convencionales-, el legislador no maneja la cifra de 365 días sino la de 360.

Esta discordancia entre el proceder judicial y el del legislador se reproduce en materia de cotización. La Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, tras disponer que la base de cotización se compone de la remuneración devengada en el mes correspondiente a la que se le debe añadir la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias establecidas y de aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del ejercicio económico del año 2015, distingue en función de si la retribución del trabajador es diaria o mensual (art. 1). Sólo en el primer caso prevé que *“el importe anual estimado de dichas gratificaciones extraordinarias y demás conceptos retributivos se dividirá por 365, y el cociente que resulte se multiplicará por el número de días que comprenda el período de cotización de cada mes”*; en el caso de que la remuneración que corresponda al trabajador tenga carácter mensual, *“el indicado importe anual se dividirá por 12”*; instrucción que supone considerar todos los meses de 30 días. Esta conclusión se ratifica si se analiza la dinámica de la propia base de cotización. Ésta, cuando es por

contingencias comunes, está sujeta a unas bases mínimas y máximas, según el grupo de cotización en el que se halle el trabajador (arts. 110 LGSS y 3 OESS). La base máxima de los grupos comprendidos entre el 1 y el 7 está fijada de forma mensual, mientras que los incluidos entre el 8 y el 11 de forma diaria. En todo caso las cifras son equivalentes, dado que el importe de la base máxima diaria –para 2016, 121,40 €- es el resultado de dividir la mensual –para 2016, 3.642 €- entre 30 días, no multiplicando la base mensual por doce para dividir el resultado entre 365.

3. TIEMPO DE SERVICIOS: LA UNIDAD DEL VÍNCULO

El cálculo de la indemnización considera también los años de servicio del trabajador en la empresa. Dicha circunstancia, a diferencia del salario regulador, no condiciona el lucro cesante que origina el despido, pues no atiende al futuro del trabajador sino a su pasado en la empresa. Puede considerarse, por tanto, como una forma de compensación por parte de la empresa en atención a la aportación que ha hecho el trabajador en la misma, mayor como regla general cuanto más tiempo haya permanecido en la misma.

3.1. Años de servicio versus antigüedad del trabajador

El art. 56.1 del ET cuantifica la indemnización por despido en función de los años de servicio. Este concepto, si bien puede resultar similar al de antigüedad, no resulta necesariamente equivalente. A los efectos que ahora interesan, el término antigüedad, además de tener una acepción restringida –referida a la causa de un específico complemento salarial-⁵⁰, tiene una acepción amplia o genérica, equivalente a tiempo de servicios, esto es, desde que se inicia la relación laboral hasta la fecha del despido. Pues bien, precisamente la noción relativa a los años de servicios es la que en estos momentos interesa.

Si con carácter previo a la relación laboral existió entre las mismas partes una relación por cuenta propia, el lapso temporal que la comprende no se incluye en el tiempo de prestación de servicios⁵¹. Con todo, la expresión años de servicio (art. 56.1 ET) no puede interpretarse de manera restrictiva como tiempo de trabajo efectivo, pues tal entendimiento choca con la finalidad de la norma, que consiste en fijar la indemnización teniendo en cuenta el periodo total de vigencia

50. Cfr. STS de 15 de febrero de 1990.

51. SSTS 20 de febrero de 1990.

de la relación laboral extinguida⁵². Por lo demás, en la práctica es usual pactar, ya sea en convenio colectivo o en contrato de trabajo, el reconocimiento de cierta antigüedad “*a todos los efectos*”, expresión que los tribunales han considerado que incluye el cómputo de la indemnización⁵³.

El cómputo del tiempo de servicio cuando se ha producido una interrupción en la vida del contrato de trabajo es cuestión problemática⁵⁴. El TS ha subrayado que no cabe equiparar la noción de antigüedad con efectos retributivos que pueda reconocerse por convenio⁵⁵ o por pacto individual⁵⁶ al tiempo de prestación de trabajo. De ahí que existan lapsos temporales que no deben ser computados como tiempo de prestación de servicios por propia voluntad del legislador, como sería el caso de suspensiones temporales de empleo con ocasión de un ERE temporal (art. 47 ET)⁵⁷. Un supuesto particular, por lo demás, lo plantea el cálculo de la indemnización cuando el trabajador despedido ostenta la condición de alto cargo en la empresa tras un periodo previo, más o menos extenso de prestación de servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo común. El art. 9.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, prevé que, en tal caso, debe especificarse si la nueva relación sustituye a la anterior o si esta última se suspende. Caso de que no se especifique nada sobre este particular, la citada disposición opta por la suspensión de la relación ordinaria. Así pues, en tal hipótesis, cuando el trabajador cesa como alto cargo, la relación común –que había quedado en fase de letargo- vuelve a cobrar vida. A efectos de fijar la indemnización por despido en la relación laboral ordinaria, los años en que el trabajador desempeñó la actividad de alta dirección no son computables a la hora de concretar los años de servicio, dado que los daños y perjuicios que el cese de alto cargo le pudo causar debieron ser indemnizados por la aplicación de la normativa sobre esta relación laboral especial⁵⁸.

Otros supuestos son los de excedencia. Dentro de la situación de excedencia cabe distinguir la voluntaria (art. 46.2 EET), que no computa como tiempo de

52. STS de 21 de diciembre de 2001 (rcud. 4189/2000), 17 de enero de 2002 (rcud. 4759/2000) y 22 de noviembre de 2005 (rcud. 4485/2004).

53. STS de 15 de febrero de 1990, que aplica el art. 1281 del Cc. Vid., también, SSTS de 8 de marzo de 1993 (rcud. 29/1993), 5 de febrero de 2001 (rcud. 2450/2000), 21 de marzo de 2000 (rcud. 1042/2000), 21 de diciembre de 2001 (rcud. 4189/2000) y 13 de noviembre de 2006 (rcud. 3110/2005).

54. Determinados supuestos de suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo, como los previstos en el art. 48.6 y 7 párr. 4º del ET, sí deben ser tenidos en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización por despido (DA 19ª ET).

55. SSTS de 16 de enero de 1984 y 25 de febrero de 1986.

56. STS de 15 de febrero de 1990.

57. STSJ de Extremadura de 26 julio de 2012 (rec. 321/2012).

58. SSTS de 28 de junio de 2002 (rcud. 2460/2001) y 18 de febrero de 2003 (rcud. 597/2002).

servicios⁵⁹, de la forzosa. Respecto de esta última, la misma puede obedecer al desempeño de un cargo público o al cuidado de familiares. En cuanto a la primera posibilidad, el supuesto típico de excedencia forzosa es la designación o elección para cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo (art. 46.1 ET)⁶⁰. Pero existen otros, como el de quienes ostenten cargos electivos en el ámbito provincial, autonómico o estatal de los sindicatos más representativos [art. 9.1 b) LOLS] y el de los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo (art. 46.4 y 7 ET), que pueden equipararse a la excedencia forzosa, a pesar de que no lo haga expresamente el ET, puesto que en todos estos casos el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo en el plazo de un mes a partir de la cesación de las funciones sindicales (art. 48.3 ET). Por lo que respecta a la excedencia forzosa por cuidado de familiares, deben distinguirse dos casos (art. 46.3 ET): el de duración no superior a 3 años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o en supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente; y el de duración no superior a 2 años, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Pues bien, respecto de la excedencia forzosa, tanto por desempeño de cargo público como por cuidado de familiares, el art. 46 del ET apunta a que el periodo en que el trabajador se halle en tal situación será computable “*a efectos de antigüedad*”. Ahora bien, en esta disposición, el concepto de antigüedad en la empresa no es equivalente al de años de servicio del art. 56.1 a) del ET, sino que se trata de la acepción restringida del mismo. Ello resulta patente en los supuestos de excedencia forzosa para el desempeño de cargo público (art. 46 ET), en los que el trabajador precisamente ha estado prestando sus servicios en otra esfera⁶¹.

Sin embargo, en caso de excedencia por cuidados de hijos, en la medida en que prima un valor superior, cual es, la conciliación de la vida laboral y familiar, parece que sí debe tenerse en cuenta los plazos indicados en la ley. En ausencia

59. STS de 12 de marzo de 2003 (rcud. 2757/2002).

60. El art. 37.3 d) del ET dispone que si el incumplimiento de un deber público supone la imposibilidad de la prestación de trabajo en más de un 20% de las horas laborales en un periodo de tres meses, la empresa puede pasar al afectado a la situación de excedencia forzosa del art. 46.1 ET.

61. SSTS de 30 de junio de 1997 (rcud. 2698/1996), 21 de diciembre de 2000 (rcud. 4188/2000) y 26 de septiembre de 2001 (rcud. 4414/2000). Asimismo, SSTSJ de Cataluña de 31 de enero de 2003 (rec. 7277/2002), Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2004 (rec. 1037/2004), Comunidad Valenciana de 9 de marzo de 2007 (rec. 179/2007) y Andalucía de 20 de julio de 2011 (rec. 1590/2011).

de doctrina unificada, varias son las resoluciones de TTSSJ que han considerado que, dada su finalidad y especial protección que le brinda la ley, la excedencia por cuidado de hijos sí debe ser tenida en cuenta a efectos indemnizatorios⁶².

Asimismo, durante la vigencia de la relación laboral pueden concurrir otra serie de circunstancias que obligan a cuestionarse cómo afectan al cómputo del tiempo de servicios. De una parte, la existencia de un grupo de empresas. Pues bien, sólo en el caso de que se considere al grupo como tal a efectos laborales y el trabajador haya prestado servicios en dos o más empresas del grupo, se computará su antigüedad en el grupo. En caso contrario, el tiempo de servicios a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización sólo comprenderá el prestado por cuenta de la última empresa⁶³. De otra parte, si se ha producido una subrogación legal o convencional de empresas, el tiempo de prestación de servicios incluye no sólo la fase en la que el trabajador ha trabajado para la empresa que ha dado por finalizada la relación laboral, sino también la anterior o anteriores en las que trabajó para la empresa/s precedente/s, sin que la eventual firma de un finiquito desvirtúe la unidad del vínculo en los supuestos de subrogación⁶⁴.

En fin, uno de los conflictos más recurrentes que se dirimen judicialmente a la hora de calcular el tiempo de prestación de servicios a efectos de determinar el importe indemnizatorio acontece con la existencia de contratos temporales previos a la relación que finalmente se extingue. Y es que por tiempo de servicio no cabe entender exclusivamente el transcurrido entre la fecha inicial del contrato y la final. Al contrario, en caso de sucesivos contratos, si se trata de una contratación temporal fraudulenta *ab initio*, existe una única relación laboral, dado que expresamente el art. 15.3 del ET prevé que se presumirá por tiempo indefinido, por lo que el tiempo de prestación de servicios se iniciará en la fecha de suscripción del primer contrato, no desde que se reconozca la naturaleza indefinida del contrato. Si se está ante un supuesto de sucesiva contratación temporal legal que después de un acuerdo novatorio se transforma sin solución de continuidad ni liquidación alguna de haberes en indefinida, es claro que la naturaleza temporal de la relación no afectará a la indemnización. Se aplica pues, la teoría de la unidad del vínculo.

En ocasiones, no obstante, entre las sucesivas contrataciones transcurre

62. STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2003 (rec. 7277/2002), Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2004 (rec. 1037/2004), Comunidad Valenciana de 9 de marzo de 2007 (rec. 179/2007), Madrid de 28 de abril de 2011 (rec. 5271/2010) y Andalucía de 20 de julio de 2011 (rec. 1590/2011).

63. STS de 3 de noviembre de 2005 (rcud. 3400/2004).

64. STS de 16 de marzo de 1999 (rcud. 2850/1998).

cierto lapso temporal. Originariamente, para aplicar la doctrina de la unidad del vínculo se requería que entre las dos contrataciones transcurriera un periodo inferior a 20 días, término que coincide el plazo de la acción de caducidad por despido. Ello, no obstante, rápidamente, los tribunales corrigieron este requerimiento, permitiendo el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acredita la unidad esencial del vínculo contractual, circunstancia que en principio estaba estrechamente relacionada con una actuación empresarial en fraude de ley⁶⁵. A día de hoy, sin embargo, la inexistencia de irregularidades en la contratación temporal no obsta a que terminado injustamente el último de los contratos, juegue todo el tiempo de servicio, con inclusión del que se prestó al amparo de precedentes contratos temporales, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma⁶⁶. Así pues la doctrina jurisprudencial, tras la pertinente valoración de todas las circunstancias –categoría del trabajador, empresa para la que presta servicios...- del caso concreto –y no sólo de las declaraciones de la partes-, reconoce la posible unidad esencial de contratación cuando no se han producido interrupciones importantes. Sólo una ruptura verdaderamente elocuente permite acortar el tiempo de prestación de servicios a que se refiere el art. 56.1 del ET⁶⁷, salvo que concurra

65. SSTS de 29 de mayo de 1997 (rec. 4149/1996).

66. SSTS de 16 de abril de 1999 (rcud. 2779/1998), 4 de julio de 2006 (rcud. 1077/2005), 8 de marzo de 2007 (rcud. 175/2006), 15 de noviembre de 2007 (rcud. 3344/2006), 17 de diciembre de 2007 (199/2006), 17 de enero de 2008 (rcud. 1176/2007), 26 de septiembre de 2008 (rcud. 4975/2006), 3 de noviembre de 2008 (rcud. 3883/2007), 18 de febrero de 2009 (rcud. 3256/2007), 11 de mayo de 2009 (rcud. 3632/2007), 17 de marzo de 2011 (rcud. 2732/2010), 12 de julio de 2010 (rcud. 76/2010), 14 de octubre de 2014 (rcud. 467/2014), 15 octubre de 2014 (rcud. 164/2014 y 492/2014) y 20 de noviembre de 2014 (rcud. 1300/2013). De especial interés resultan, tanto la STS de 15 de mayo de 2015 (rcud. 878/2014), que mantiene la unidad del vínculo con una interrupción de 45 días, en la que el trabajador percibió prestaciones de desempleo; como la STS de 23 de febrero de 2016 (rcud. 1433/2014), que aboga también por la unidad del vínculo pese a la existencia de rupturas contractuales, siendo una de ellas de 2 meses y 8 días naturales, en el que el trabajador cobró asimismo prestaciones de desempleo.

67. SSTS de 30 de marzo de 1999 (rcud. 2594/1998), 18 de septiembre de 2001 (rcud. 4007/2000) y 4 de julio de 2006 (rcud. 1077/2005).

Tal sería el caso analizado en la STS de 12 de julio de 2010 (rcud. 76/2010), en el que los periodos de inactividad entre contrato y contrato alcanzaron más de tres meses e incluso cinco y seis meses y en el que la trabajadora percibió prestaciones de desempleo. En dicha resolución, se afirma que mantener que -en estos supuestos como el analizado intercalados por prestaciones de desempleo- debe presumirse la existencia de unidad de contrato implicaría la imposición de una carga injustificada al empleador por utilizar reiteradas veces los servicios del mismo trabajador. Por su parte, la STS de 14 de abril de 2016 (rcud. 3403/2014) también aprecia la ruptura del vínculo, pues entre la finalización del penúltimo de los contratos de trabajo suscritos y la celebración del último transcurrieron más de 7 meses.

fraude en la contratación temporal, en cuyo caso un lapso temporal significativo entre contratos no afectará a la unidad del vínculo⁶⁸.

La apreciación de la unidad del vínculo no se ve obstaculizada por las correspondientes liquidaciones de sucesivos contratos cuando finalmente la relación laboral deviene indefinida, ya sea porque se estima que ha existido fraude, por la aplicación de la regla sobre concatenación de contratos del art. 15.5 del ET o en aplicación de un criterio realista conforme al cual la relación laboral sigue siendo la misma⁶⁹. Así pues, cuando la ulterior relación laboral indefinida finaliza generando a favor del trabajador una indemnización por despido improcedente, la doctrina judicial ha entendido que, además de considerar todos los periodos de servicio, se ha de incluir la totalidad del tiempo transcurrido desde el primer contrato, considerando que existe una unidad del vínculo que determina una única relación laboral ininterrumpida. La diversidad de contratos y las oportunas indemnizaciones legales abonadas no provocan, por consiguiente, la existencia de relaciones laborales diferentes⁷⁰. A mayor abundamiento, se razona que en muchos casos la declaración del trabajador manifestada en el finiquito sobre la extinción de la relación contractual puede estar viciada por la oferta empresarial de celebrar un nuevo contrato en próximas fechas.

La unidad del vínculo tampoco quiebra en aquellos casos en los que el trabajador presta su servicios en la misma empresa usuaria, a través de sucesivos contratos temporales realizado por una ETT⁷¹; o cuando algunos se formalizan con sustento en un contrato de puesta a disposición a través de una ETT y otros directamente con la empresa usuaria⁷².

68. Cfr. STS de 3 de abril de 2012 (rcud. 956/2011), que alude a un periodo de inactividad de 45 días.

69. Vid. STS de 29 de septiembre de 1999 (rcud. 4936/1998), que analiza un supuesto en el que tras un contrato en prácticas se firma un finiquito y al cabo de 14 días se vuelve a contratar al mismo trabajador.

70. SSTS de 20 de febrero de 1997 (rec. 2580/1996), 29 de septiembre de 1999 (rcud. 4936/1998), 27 de julio de 2002 (rec. 2087/2001), 19 de abril de 2005 (rec. 805/2004), 15 de noviembre de 2007 (rcud. 3344/2006), 17 de enero de 2008 (rcud. 1176/2007), 11 de mayo de 2009 (rcud. 3632/2007), 17 de marzo de 2011 (rcud. 2732/2010) y 23 de febrero de 2016 (rcud. 1423/2014).

71. SSTS de 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005), 17 de octubre de 2006 (rcud. 2426/2005) y STS de 16 de abril de 2012 (rcud. 558/2011). Vid. también, STS de 19 de febrero de 2009 (rcud. 2748/2007), para la que resulta irrelevante a efectos de la ruptura de la unidad laboral el dato de que entre el segundo y tercer contrato hubiesen mediado 27 días, durante los cuales se percibieron prestaciones por desempleo.

72. SSTS de 17 de diciembre de 2007 (rcud. 199/2004), 8 de marzo de 2007 (rcud. 176/2007) y 11 de mayo de 2009 (rcud. 3632/2007).

En aquellos casos en los que los tribunales aprecian la unidad del vínculo, a pesar de que los trabajadores hayan cobrado en concepto de finalización de contrato las pertinentes cantidades, interesa plantear si deberían descontarse de la indemnización por despido improcedente los antes citados importes, por existir cierta duplicidad de abono por un mismo concepto -la pérdida del empleo-. Pues bien, el TS, en los casos en los que ha apreciado concurrencia de fraude de ley, aplicando la lógica del enriquecimiento injusto, considera que las deudas no pueden compensarse. Para que dos deudas sean compensables es preciso, de conformidad con el art. 1196 Cc, que las dos estén vencidas, sean líquidas y exigibles. En la medida en que las cantidades fueron satisfechas en su momento por el empleador como uno de los elementos integrantes de una serie de operaciones que, en su conjunto, se han calificado como contrataciones en fraude de ley, no generaron una deuda del trabajador a la empresa, e, inexistente la deuda, obviamente no procede compensación alguna⁷³.

Debido al carácter constitutivo del despido⁷⁴, la impugnación judicial del despido no obsta para que la indemnización se calcule abarcando hasta la fecha del despido, no hasta la de la sentencia⁷⁵. Ahora bien, si un despido es declarado nulo y con posterioridad a la reincorporación del trabajador, éste ve extinguido su contrato de forma improcedente, el tiempo que transcurre entre el primer despido y la readmisión sí debe computar como tiempo de servicio⁷⁶. Dicho cómputo, en definitiva, es consecuencia natural de la reparación que se deriva de la anulación del acto extintivo. En fin, cuando la readmisión del trabajador despedido no sea posible porque la empresa cese en su actividad o cierre o porque concurre cualquier otra causa legal o material, en virtud del art. 286 LRJS, la cuantificación de la indemnización por despido improcedente se prolongará hasta la fecha en la que el Juez dicte auto en el que declare la relación laboral extinguida⁷⁷.

3.2. Prorrateo por meses

Por lo demás, en cuanto a los periodos trabajados inferiores a un año, el art. 53 del ET alude al prorrateo por meses. Pues bien, la jurisprudencia ha considerado, sobre la base de una interpretación literal del citado precepto, que el prorrateo por meses supone que cualquier periodo inferior al año debe computarse como

73. SSTS de 31 de mayo de 2006 (rcud. 1802/2005) y 9 de octubre de 2006 (rcud. 1803/2005).

74. SSTS de 21 de diciembre de 1990 (rec. 2397/1989), 21 de octubre de 2004 (rec. 4966/2002), 18 de mayo de 2016 (rcud. 3483/2014) y 6 de julio de 2016 (rcud. 313/2015).

75. SSTS de 10 de junio de 2009 (rcud. 3098/2007), 18 de mayo de 2016 (rcud. 3483/2014) y 6 de julio de 2016 (rcud. 313/2015).

76. STS de 17 de enero de 2002 (rcud. 4759/2000).

77. Cfr. STS de 6 de octubre de 2009 (rcud. 2832/2008).

un mes entero⁷⁸. En ningún caso, por tanto, por días. Sea cuál sea el número de días de servicio a partir del último mes completo, el prorrateo ha de hacerse por meses, como si se hubiese trabajado la totalidad del último mes.

4. TOPE INDEMNIZATORIO MÁXIMO

La indemnización por despido improcedente tiene un tope máximo cuya justificación es evitar que los costes para la empresa sean excesivos cuando la relación laboral se ha prolongado durante un largo periodo de tiempo. Hay quien opina que la razón de dicho tope es que el daño marginal que supone el despido a partir de cierto tiempo de servicio es mínimo⁷⁹. Sin embargo, no comparto esta opinión. A pesar de que la indemnización por despido sea tasada por ley y, por tanto carezca de valor restitutorio en su integridad, lo cierto es que en el marco de la última reforma laboral el tope máximo de la indemnización por despido improcedente se ha reducido por cuestiones de índole económica, esto es, neutralizar la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido así como garantizar la competitividad de las empresas⁸⁰. No se ha tomado, por tanto, en consideración la eventual reducción del daño marginal por pérdida del empleo de los trabajadores más antiguos, como lo demuestra que dicha medida se ha adoptado en el marco de un mercado de trabajo con una excesiva tasa de desempleo.

En fin, a día de hoy, el límite máximo de la indemnización por despido improcedente en caso de un contrato suscrito a partir del 12 de febrero de 2012 es de 24 mensualidades, de suerte que para que un trabajador pueda llegar a percibir esta cifra deberá acreditar 21 años y 9 meses de servicio (21,818 años de servicios), cuando con anterioridad a la reforma de 2012 se requería un plazo de 28 años para alcanzar el tope máximo si bien éste era de 42 mensualidades. Así pues, en la actualidad, a partir de los 21 años y 9 meses de servicio la indemnización por despido improcedente queda congelada.

78. SSTS de 31 de octubre de 2007 (rec. 4181/2006), 12 de noviembre de 2007 (rcud. 3906/2006), 11 de febrero de 2009 (rcud. 450/2008), 20 de julio de 2009 (rcud. 2398/2008), 20 de junio de 2012 (rec. 2931/2011) y 6 de mayo de 2014 (rcud. 562/2013).

79. Gimeno Díaz De Atauri, P., *El coste del despido y otras formas de terminación del contrato de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*, Ed. Thomson Reuters-Lex Nova, Pamplona, 2014, pág. 335.

80. Vid. Preámbulo Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.