

## **PRÁCTICA LABORAL**

### **Cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente**

**Antonio Pedrajas Quiles**  
Socio Abdón Pedrajas & Molero

## **NOVEDADES JURISPRUDENCIALES**

### **Comentario a la sentencia sobre el ERE de Canal Nou**

**Alfredo Seoane Briz**  
Abogado Abdón Pedrajas & Molero

## **COMENTARIOS NORMATIVOS**

### **Alcance de la responsabilidad del FOGASA en un contexto de nueva contratación con reconocimiento de antigüedad a todos los efectos**

**Sara Olabarría Rodríguez**  
Abogada Abdón Pedrajas & Molero



# CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO IMPROCEDENTE

**Antonio Pedrajas Quiles,**

Socio Abdón Pedrajas & Molero  
apq@abdonpedrajas.com.

## I. LA INDEMNIZACIÓN LEGAL POR DESPIDO IMPROCEDENTE

Cuando el despido disciplinario sea declarado improcedente, el empresario (o, en su caso, el trabajador, de tratarse de un miembro de un comité de empresa, de un delegado de personal o de un delegado sindical) podrá optar entre la readmisión o el abono de una indemnización equivalente a “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. 56.1 ET).

La indemnización por despido anterior será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012 (Disposición Transitoria Quinta. Ley 3/2012, de 6 de julio).

La 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.

## II. LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL POR DESPIDO IMPROCEDENTE

Las características generales de la indemnización legal por despido improcedente son las siguientes:



La indemnización legal tiene el carácter de mínimo imperativo, solamente mejorable en beneficio del trabajador por convenio colectivo o por pacto individual )

**a)** Se trata de una indemnización tasada y no discrecional o modulable por el arbitrio judicial (SS.TS de 30 de enero de 1991, Ar/193 o de 12 de marzo de 2003, ud, Rec. 2757/2002).

**b)** La indemnización legal tiene el carácter de mínimo imperativo, solamente mejorable en beneficio del trabajador por convenio colectivo o por pacto individual (SS.TS de 15 de febrero de 1990, Ar/1904, de 12 de marzo de 1991 Ar/1847, de 25 de mayo de 1999, Ar/6002, de 25 de septiembre de 2003, ud, Ar/7442 o de 23 de mayo de 2005, Ar/5859).

**c)** La indemnización legal resulta de aplicación en todas las modalidades de contrato de trabajo: indefinidos y temporales, formativos (de trabajo en prácticas o para la formación y el aprendizaje), a domicilio, a tiempo total y a tiempo parcial (común, de relevo o de trabajadores fijos discontinuos).

**d)** No cabe la compensación de la indemnización legal por las cantidades percibidas por cese

en el caso de contratos temporales fraudulentos (SS.TS de 31 de mayo de 2006, Ar/3353 o de 9 de octubre de 2006, Ar/7187).

### III. FÓRMULA PARA CALCULAR LA INDEMNIZACIÓN LEGAL

Una vez totalizado el tiempo de servicios prestados por el trabajador, se obtendrá el salario diario dividiendo la cantidad obtenida por la suma de todos los conceptos salariales devengados anualmente por 365 días (o 366 en caso de año bisiesto) (STS, ud, de 30 de junio de 2008, Rec. 2639/2007).

A continuación habrá que multiplicar el salario diario por 33 y el resultado por los años trabajados, prorrateándose por meses completos y también por meses incompletos (cuando los días trabajados por encima del último mes completo no lleguen al mes) los periodos de tiempo inferiores al año (SS.TS, ud, de 31 de octubre y 12 de noviembre de 2007, Ar/2008/297 y 9334, frente



a la jurisprudencia anterior que prorrateaba los meses y los días inferiores a un mes: STS de 4 de febrero de 1988, Ar/572), dando como resultado el monto de la indemnización a abonar, al que habrá que aplicarle, en su caso, el tope máximo legal de veinticuatro mensualidades, esto es, el salario de 720 días resultado de multiplicar los 30 que componen un mes por 24 meses (STS, ud, de 30 de junio de 2008, Rec. 2639/2007).

#### IV. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE EN LAS DISTINTAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

**a) La indemnización del personal de alta dirección.** Para el personal de alta dirección, la indemnización por despido improcedente será la pactada en el contrato y, en su defecto, de veinte días de salario en metálico por año de servicio,

hasta un máximo de doce mensualidades (Art. 11.2 del RD 1382/1985).

**b) La indemnización del personal al servicio del hogar familiar.** Para el personal al servicio del hogar familiar, la indemnización por despido improcedente será de veinte días multiplicados por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades (Art. 10.1 del RD 1424/1985).

**c) La indemnización de los deportistas profesionales.** Para los deportistas profesionales, la indemnización por despido improcedente será la pactada y, a falta de pacto, se fijará judicialmente una indemnización de al menos dos mensualidades de sus retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente a los complementos de cantidad y calidad de trabajo percibidos durante el último año, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, por año de servicio.

Para su fijación se ponderarán las circunstancias concurrentes, especialmente la relativa a la remuneración dejada de percibir por el deportista a causa de la extinción anticipada (Art. 15.1 del RD 1006/1985).

**d) La indemnización de los artistas en espectáculos públicos.** Para los artistas de espectáculos públicos, se estará a lo dispuesto en el ET (Art. 10.5 del RD 1435/1985).

**e) La indemnización de los representantes de comercio.** Para los representantes de comercio, la indemnización por despido improcedente se fijará de acuerdo con lo previsto en el ET, calculándose el salario mensual en base al promedio de ingresos obtenidos los dos años anteriores al despido o periodo inferior en su caso (Art. 10.3 del RD 1438/1985).

**f) La indemnización de los estibadores portuarios.** Para los estibadores portuarios, será de aplicación lo dispuesto en el ET (Art. 19 del Real decreto Ley 2/1986).

No cabe la compensación de la indemnización legal por las cantidades percibidas por cese en el caso de contratos temporales fraudulentos )

## Comentario a la sentencia sobre el ERE de Canal Nou

Alfredo Seoane Briz, Abogado Abdón Pedrajas & Molero.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, SALA DE LO SOCIAL, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2013. PONENTE EXCMA SRA. D.ª MARÍA MONTES CEBRIÁN

**Resumen:** Se plantea, por CCOO, UGT, STAS, CGT y el Comité de Empresa de RTVV, procedimiento de Impugnación de Despido Colectivo contra RADIOTELEVISIÓN VALENCIANA SAU, ENTE PÚBLICO RTVV, USO, CSIF y GENERALIDAD VALENCIANA, solicitando la nulidad basada en mala fe negocial, vulneración de derechos fundamentales mediante el fraude en la aplicación de los criterios a los afectados y falta de información.

Supuesto de hecho: El TSJ de la Comunidad Valenciana ha estimado la demanda en materia de impugnación de despido colectivo, declarando su nulidad, con derecho a la reincorporación de los trabajadores afectados en sus correspondientes puestos de trabajo. La Sentencia entra a analizar todo el procedimiento seguido, previo análisis de diversas cuestiones procesales, llegando a las siguientes conclusiones:

■ Omisión de información relevante al desconocerse y no aportarse, al inicio del periodo de consultas, ni la lista de afectados ni los criterios de selección que se aprobaron posteriormente.

■ Existencia de una evidente y clara alteración de los listados y de los propios criterios de designación de los trabajadores afectados precedentemente delimitados y aprobados, pasando a aplicarse otros distintos, apreciándose por ello irregularidades importantes en el transcurso de la medida adoptada que vulneraría el principio de igualdad previsto en el art. 14 CE.

■ En cuanto a la finalidad del periodo de consultas, la Sala concluye que, aún habiendo existido diversas reuniones, ofertas, discusiones y quejas, las mismas venían enmarcadas dentro de un resultado predeterminado, que debía concluir con el ajuste laboral programado en base a unas concretas y pautadas directrices que aparecían delimitadas, marcadas y condicionadas al proyecto elaborado dentro del informe de la consultora de la empresa.

Fundamentos de derecho: El TSJ entiende que en el citado procedimiento de despido colectivo se omitió información relevante al desconocerse y no aportarse, al inicio del periodo de consultas, no solo la lista de afectados, sino también los propios criterios de selección posteriormente aprobados. Siendo relevante destacar que en el transcurso del proceso selectivo, siempre se mantuvo al margen a la RLT, teniendo estos que acudir a la ITSS para reclamar información al respecto.

En segundo lugar, el TSJ manifiesta que la falta de cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente es relevante y de trascendencia, y que, de hecho, aunque se fijaron unos criterios de selección, los mismos resultaron ambiguos, subjetivos y genéricos, dificultando la negociación e impidiendo llegar a delimitar o acotar los criterios de selección de personal aún cuando afectaban a más del 70% de la plantilla.

En tercer lugar, declara que la aplicación durante el periodo de extinción de los criterios establecidos también fue irregular, alterándose los listados una vez confeccionados, aplicándose criterios distintos una vez se habían extinguido cierto número de contratos, en mitad del proceso, y excluyéndose explícitamente a algunos trabajadores que conforme a dichos criterios debían haber sido incluidos, todo lo cual determina que se aprecien irregularidades importantes en el trascurso de la medida adoptada que de por sí vulnerarían el principio de igualdad previsto en el art. 14 CE y llevarían a su nulidad.

Por último, finaliza señalando que todo lo examinado lleva a concluir que no existió ánimo de negociar, resaltándose el hecho de que en el desarrollo de las mismas no fueron aceptadas ninguna de las propuestas ofertadas con inclusión de una propia reducción de los gastos de personal, lo cual contradice la finalidad de la legislación aplicable. Es relevante señalar que la declaración de nulidad no impide que se pueda llevar a cabo el cierre de la empresa conforme a un nuevo procedimiento de despido colectivo ex art. 51.1 del ET. No obstante, dicho procedimiento pasará por el previo cumplimiento efectivo de la Sentencia, con la readmisión de los trabajadores afectados y abono de los salarios de tramitación devengados. )

## Alcance de la responsabilidad del FOGASA en un contexto de nueva contratación con reconocimiento de antigüedad a todos los efectos

**Sara Olabarría Rodríguez,**

Abogada Abdón Pedrajas & Molero.



**E**s habitual en los grupos de empresas, así como en los supuestos en que se capta a un profesional por su talento, que al pasar de una empresa a otra y suscribir el consiguiente nuevo contrato de trabajo, se respeten todas aquellas condiciones salariales y de antigüedad devengadas en el anterior puesto, de manera que el trabajador no se ve perjudicado por el cambio de empresario y acepta el mismo sin plantear inconveniente alguno.

Si bien esto es así, lo cierto es que en el actual contexto de crisis, han surgido problemas para los trabajadores de ciertas sociedades que no han podido afrontar económicamente los despidos objetivos de su plantilla; resultando que aquellos que contaban con pactos de reconocimiento de antigüedad “a todos los efectos”, se han visto perjudicados en relación a los que acumulaban mayor antigüedad en una misma sociedad.

En este sentido, el FOGASA es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo que, en supuestos de insolvencia empresarial, asume parte de las indemnizaciones correspondientes a despidos realizados ex artículos 50, 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, así como del 64 de la Ley Concursal 22/2003, y siempre hasta los límites previstos para cada supuesto.

En concreto, le corresponde abonar las indemnizaciones reconocidas en sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa, hasta el límite de una anualidad, calculada con un salario regulador que no exceda del doble del Salario Mínimo Interprofesional del año en curso.

Así, el régimen legal del FOGASA (art. 33 ET, RD 505/1985) no prevé nada expresamente respecto a la antigüedad a considerar o, mejor dicho, respecto a los años de prestación de servicios. Sin embargo, sí es cierto que, como regla general, el organismo parte del periodo efectivamente trabajado en la empresa insolvente, y reflejado en la Vida Laboral del trabajador, para determinar su responsabilidad.

En ese sentido, a nivel jurisprudencial, es pacífica la exclusión de los periodos trabajados para otras empresas, aunque el empresario insolvente hubiera reconocido la antigüedad del trabajador “a todos los efectos” en el nuevo contrato. El fundamento lógico de dicha exclusión está en el hecho de que el acuerdo alcanzado entre trabajador y empresario no puede hacerse extensible a un tercero (Estado) cuando ello le perjudique.

No obstante, existen excepciones:

**1º.** En aquellos supuestos en que hubiera operado subrogación empresarial ex art. 44

ET, el FOGASA sí vendrá obligado a asumir la responsabilidad indemnizatoria por periodos anteriores; y ello porque dicha antigüedad es asumida en virtud de una disposición imperativa, y no porque el empresario hubiera asumido esta obligación de manera voluntaria. Formalmente se exige que la subrogación esté debidamente documentada y registrada ante la Autoridad Laboral.

2º. Además, también parece posible que el FOGASA respete los años de prestación de servicios en otras sociedades, en aquellos supuestos en que esa prestación de servicios lo hubiera sido en empresas pertenecientes al mismo grupo "laboral". En esos casos, sería posible que el trabajador alegara la existencia de grupo a efectos laborales, con objeto de probar que ha venido prestando servicios para un "único em-

El acuerdo alcanzado entre trabajador y empresario no puede hacerse extensible a un tercero (Estado) cuando ello le perjudique )

pleador", con independencia de la existencia de diversas sociedades.

Esto también debería, en su caso, acreditarse por parte del trabajador, sin que el FOGASA asuma automáticamente la responsabilidad, y teniendo además que demostrarse la insolvencia de todas las empresas implicadas del grupo. )

## BREVES

\* **CERTIFICADOS DE PROFESIONALIDAD.** Orden ESS/1897/2013, de 10 de octubre, por la que se desarrolla el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad y los reales decretos por los que se establecen estos certificados dictados en su aplicación. *BOE 17 de octubre de 2013* )

\* **EXTRANJEROS.** Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. *BOE 1 de noviembre de 2013* )

\* **SEGURIDAD SOCIAL.** Orden ESS/2029/2013, de 28 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2013 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón. *BOE 4 de noviembre de 2013* )

\* **SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Sala Primera. Sentencia 170/2013, de 7 de octubre de 2013. Recurso de amparo 2907-2011. Supuesta vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: intervención empresarial de comunicaciones electrónicas fundada en la facultad supervisora implícita en la prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico. *BOE 7 de noviembre de 2013* )

\* **SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Pleno. Sentencia 173/2013, de 10 de octubre de 2013. Recurso de amparo 3773-2011. Supuesta vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de sexo, a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): resoluciones judiciales que, con cita expresa de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, razonan acerca de la improcedencia de aplicar la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Votos particulares. *BOE 7 de noviembre de 2013* )

Información elaborada por:

**Abdón Pedrajas & Molero**  
ABOGADOS & ASESORES TRIBUTARIOS

www.abdonpedrajas.com