

f



FACULTAD DE DERECHO

**LAS INDEMNIZACIONES POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE
TRABAJO: ASPECTOS CRÍTICOS**

Autor: Jorge Parada Chacón

Tutora: Ana Matorras Díaz-Caneja

4º E1 (Derecho)

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Madrid

Abril, 2020

Resumen:

La indemnización por despido es considerada como un derecho laboral perteneciente a todos los trabajadores. En nuestro ordenamiento jurídico laboral existen diferentes tipos de indemnización en función de las causas motivadores del mismo, teniendo en cuenta que los despidos podrán ser calificados como procedentes o improcedentes según se ajusten a los requisitos legales o no dictados en el ET. Una de las cuestiones más relevantes en las indemnizaciones por despido es su fórmula de cálculo, siendo necesario saber los años de servicio que el trabajador ha prestado a la empresa en cuestión, así como el salario regulador. Una vez obtenida esta información, lo único que habrá que hacer es calcular el monto diario recibido (teniendo presente todas las partidas salariales incluidas) y multiplicarlo por el número de días establecidos en el texto legal. El legislador ha decidido no tener en cuenta criterios personales en cuanto a la indemnización que debe corresponderle al trabajador, tratándose de un criterio tasado e indisponible. Es esta poca flexibilidad en el sistema actual lo que provoca que cualquier reforma laboral necesite de un régimen transitorio severo para afrontar el cambio con las mayores garantías posibles, como se ha planteado con la posible inclusión del llamado “contrato único” o la “mochila austriaca”, es decir, sistemas que afectarían al régimen actual de las indemnizaciones por despido. Además, hay que tener en cuenta que existen relaciones laborales especiales como la relativa al personal de alta dirección o los empleados del hogar, en las cuales la indemnización varía conforme a la ordinaria. Por último, es conveniente mencionar la escasez de referencias relativas a las indemnizaciones por despido por parte de los órganos europeos, lo cual se debe a que demasiada rigidez por parte de la legislación europea podría tener consecuencias no satisfactorias para el empleo en los distintos Estados miembros.

Palabras clave: indemnización, despido, Estatuto de los Trabajadores, reforma, antigüedad, salario regulador, tiempo de servicios, contrato.

Abstract: Severance pay is considered a labour right that belongs to all workers. In our labor law system, there are different types of compensation depending on the reasons for the dismissal, taking into account that the dismissals may be qualified as appropriate or inappropriate depending on whether they comply with the legal requirements or not dictated by the ET. One of the most relevant issues in compensation for dismissal is its calculation formula, and it is necessary to know the years of service that the worker has provided to the company in question, as well as the regulatory salary. Once this information has been obtained, the only thing that needs to be done is to calculate the daily amount received (taking into account all salary items included) and multiply it by the number of days established in the legal text. The legislator has decided not to take into account personal criteria regarding the compensation that should correspond to the worker, since this is an assessed and unavailable criterion. It is this lack of flexibility in the current system that means that any labour reform needs a severe transitional regime to face the change with the greatest possible guarantees, as has been proposed with the possible inclusion of the so-called "single contract" or the "Austrian rucksack", that is to say, systems that would affect the current regime of compensation for dismissal. In addition, it should be borne in mind that there are special employment relationships such as those relating to senior management or domestic employees, in which compensation varies according to the ordinary. Finally, it is worth mentioning the scarcity of references to severance pay by European bodies, which is due to the fact that too much rigidity on the part of European legislation could have unsatisfactory consequences for employment in the various Member States.

Key words: severance payments, dismissal, statute of workers, reform, antiquity, regulatory salary, service time, contract.

Listado de abreviaturas:

- AEAT: Agencia Tributaria
- AN: Audiencia Nacional
- CC: Código Civil
- CCOO: Comisiones Obreras
- CE: Consejo Europeo
- CE: Constitución Española
- D.A.: disposición adicional
- D.T: disposición transitoria
- DGT: Dirección General de Tributos
- ED: editor
- ERE: Expediente de regulación de empleo
- ET: Estatuto de los Trabajadores
- LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales
- LRJS: Ley Procesal Laboral
- OIT: organización internacional de trabajo
- Pp: páginas
- PP: Partido Popular
- PSOE: Partido Socialista Obrero Español
- RC: resolución vinculante
- RD: Real Decreto
- RDAD: Real Decreto de la alta dirección
- Secc.: sección
- SMAC: Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación
- TC: Tribunal Constitucional
- TEAC: Tribunal Económico Administrativo Central
- TJUE: Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
- TS: Tribunal Supremo
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia
- UE: Unión Europea
- UGT: Sindicato Unión General de Trabajadores

1 INTRODUCCIÓN	7
2 EL CARÁCTER TASADO E INDISPONIBLE DE LAS INDEMNIZACIONES POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA:	8
3 FÓRMULA LEGAL DE CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES:	12
3.1 MODIFICACIÓN DE LOS MÓDULOS Y LÍMITES TRAS REFORMA DE 2012: RÉGIMEN TRANSITORIO:.....	12
3.2 EL MULTIPLICADOR LEGAL (12, 20, 33):	14
3.3 LA DETERMINACIÓN DEL SALARIO REGULADOR	16
3.3.1 INTRODUCCIÓN	16
3.3.2 SALARIO EN EL MOMENTO DE LA EXTINCIÓN LABORAL	18
3.3.3 CONCEPTOS EXCLUIDOS E INCLUIDOS	19
3.3.4 CONCEPTOS DE DEVENGO SUPERIOR AL AÑO Y PERCEPCIONES IRREGULADORES: RÉGIMEN STOCK OPTIONS	23
3.3.5 REDUCCIÓN DE JORNADA: INFLUENCIA EN EL SALARIO REGULADOR.....	26
3.4 EL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE SERVICIOS A EFECTOS INDEMNIZATORIOS.....	29
3.4.1 PERIODOS OBJETO DE CÓMPUTO, PERIODOS EXCLUIDOS Y PERÍODOS ASIMILADOS	31
3.4.2 PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EMPRESAS DEL MISMO GRUPO	32
3.4.3 CONCATENACIÓN DE CONTRATOS	33
3.4.4 REGLA LEGAL DE PRORRATEO DE PERIODOS INFERIORES AL AÑO	35
3.5 LOS LÍMITES MÁXIMOS	36
4 PARTICULARIDADES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES:	37
4.1 ALTA DIRECCIÓN	37
4.2 EMPLEADOS DE HOGAR	38
4.3 OTRAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES.....	40
5 PACTOS INDEMNIZATORIOS POR EXTINCIÓN CONTRACTUAL: BLINDAJES	41
6 RÉGIMEN FISCAL APLICABLE A LAS INDEMNIZACIONES POR EXTINCIÓN CONTRACTUAL:	43
6.1 REFORMA DE 2015	44
6.2 ERES	44
6.3 PACTOS INDEMNIZATORIOS Y FISCALIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES PACTADAS: SENTENCIA AN 3.7.19, 30.1.10, 6.2.19.....	47
7 POSIBLES REFORMAS DEL MARCO ACTUAL: PROPUESTAS DE SISTEMAS INDEMNIZATORIOS ALTERNATIVOS: EL RÉGIMEN INDEMNIZATORIO DE PROPUESTAS DE CONTRATO ÚNICO, LA MOCHILA AUSTRIACA, EL FONDO DE CAPITALIZACIÓN DEL DESPIDO	49

1 Introducción:

En el presente trabajo se analizará desde un punto de vista jurídico-laboral el tratamiento y la cuestión de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral existente en nuestro Ordenamiento Jurídico, partiendo de la premisa de que la razón de la indemnización es la reparación del daño provocado por la pérdida del puesto de trabajo, presumiéndose que la extinción del contrato conlleva un daño tanto a nivel profesional como personal para el asalariado.

España es de los países que más contratación temporal tiene en Europa, y por ello es importante que exista una regulación relativa a los costes del despido acorde con las necesidades del sistema laboral, teniendo en cuenta que el fraude de ley a la hora de contratar es uno de los casos que más se producen en nuestra regulación.

Por otro lado, el régimen indemnizatorio español tiene un carácter tasado e indisponible, ya que el legislador ha decidido que no se tengan en cuenta criterios personales atribuibles al asalariado, sino que su cálculo dependa de la actividad y no de aspectos externos a su realización. Es por ello por lo que el coste que deberá hacer frente la empresa tras el despido depende de la calificación que sea otorgada al despido (improcedente, procedente)

Las indemnizaciones por despido ha sido siempre un tema polémico en la regulación laboral de un país, y es por ello por lo que es una de las cuestiones que más cambios suelen recibir por parte de los partidos políticos, como así ha sucedido en los años 2012 y 2015. La reforma de 2012, que dio lugar a la actual ley 3/2012, de medidas urgentes de la reforma laboral y que se mantienen con el actual Real Decreto Legislativo 2/2015, es la más relevante de esta última década por los grandes cambios que introdujo en nuestra legislación y, más concretamente, en las indemnizaciones por despido.

Se ha estudiado así la opción de implementar diferentes formas de actuación en cuanto a la indemnización por extinción de la relación laboral, pero la inclusión de sistemas como la mochila austriaca o el contrato único traerían más desventajas que consecuencias positivas para la contratación laboral en España. Aun así, existe controversia sobre el tema, teniendo en cuenta que otros países de nuestro entorno

económico y social cuentan con estas formas de actuación, y, además, de manera positiva y con mejores resultados de empleo que en nuestro país. Es por ello por lo que algunos partidos políticos han estudiado y tratado de implementarlas en nuestra legislación laboral.

Antes de comenzar el siguiente Trabajo de fin de grado, conviene decir que nuestro sistema laboral necesita de la aportación de todos sus participantes, desde sindicatos a patronales, pasando por los trabajadores y los empresarios, siendo por ello que el estudio de esta materia trae consigo gran interés, ya que se trata de un derecho que todo trabajador debe recibir tras su despido (salvo en el caso del despido disciplinario procedente) y que todo empresario debe abonar si pretende poner fin a la relación laboral correspondiente.

2 El carácter tasado e indisponible de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo previstas en la legislación española:

Cuando un empleador o una empresa se plantean adoptar una decisión que vaya a desembocar en la extinción de uno o varios de los contratos de trabajo concertados con sus empleados, se valoran, habitualmente, varias circunstancias, entre las cuales cobra especial relevancia la relativa al impacto económico de la medida.

De este modo, el efecto económico del despido o, en general, de la extinción del contrato de trabajo por decisión de la empresa, constituye un factor muy relevante que afecta tanto al empleador, que tendrá que afrontar el pago de una indemnización y que, por lo tanto, intentará que dicho importe sea lo más reducido posible, como al trabajador, que procurará obtener la indemnización que satisfaga a sus intereses, siendo posible que surjan discrepancias y diferencias en lo que respecta a la suma que, en definitiva, deberá ser objeto de pago por la empresa.

Entre otras razones, con el fin de dotar de seguridad jurídica al sistema, el legislador ha optado por establecer un régimen de determinación de la indemnización previamente tasado, configurándola como tasada y cuantificable en atención a tres criterios: el salario,

el tiempo de prestación de servicios¹ y el multiplicador legal que cambia en función de la calificación correspondiente según el despido. Sin embargo, la aplicación del citado régimen tasado o predeterminado no siempre ha resultado pacífica, hasta el punto de que el TC hubo de pronunciarse sobre la posible constitucionalidad del sistema indemnizatorio por la posible violación de los artículos 9.3, 24.1 y el 14 de la CE.

El juez que abordó la cuestión ante el TC la posible inconstitucionalidad del carácter tasado de la indemnización planteó si podía resultar ajustado a la CE aplicar, a la hora de determinar las indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de la concurrencia de dolo o culpa en el empleador, otros criterios distintos de los previstos en el ET (salario y tiempo de prestación de los servicios), que permitiesen al trabajador obtener una compensación más ajustada a sus circunstancias y al eventual daño sufrido, generalmente por la valoración de situaciones personales como la edad, el sexo, la formación o la posible concurrencia de situaciones de incapacidad, prescindiendo de aplicar exclusivamente los dos criterios previstos en el ET que, según el juez, no se ajustaba, al menos de forma adecuada y completa, a la situación concreta en la que se encontraba el trabajador cuyo contrato fue extinguido.

Para fundamentar la cuestión de inconstitucionalidad planteada, el juez hacía referencia al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, que dice lo siguiente:²

“Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Siguiendo la misma línea argumental, el juez también hace alusión al art. 12 de dicho convenio, que prevé que las indemnizaciones por extinciones injustificadas del contrato

¹ Llopart Bennassar, M., “Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente”, *Temas laborales*, núm 134/2016, 2016, pp. 167-192.

² Art. 10 del Convenio de la OIT ratificado el 22 de junio de 1982.

de trabajo tienen que establecerse “en función, entre otros, del tiempo de servicio y del monto del salario”³.

Con estas dos referencias al Convenio de la OIT el juez pretendía justificar que el uso exclusivo de los dos parámetros que la ley utiliza para la cuantificación de la indemnización resulta insuficiente, además de vulnerar el tenor de la norma, de la que puede deducirse la posibilidad de recurrir a otros factores para determinar el importe de la indemnización. En su opinión, “las indemnizaciones tasadas no pueden desempeñar otro papel que el de representar un criterio indemnizatorio subsidiario o un suelo reparador, que no puede obstar la adecuada satisfacción de los daños y perjuicios sufridos”.

Es preciso destacar que el Derecho de la UE no incide directamente en la cuestión de debate, aunque si existen otros convenios o acuerdos que mencionan algunos aspectos relevantes sobre el empleo y el despido. Por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE reconoce el derecho a la protección frente al despido injustificado “de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales” en su artículo 30. Por otro lado, tanto el Tratado de Funcionamiento de la UE como las Directivas de la UE exponen de manera concisa parámetros relativos a la extinción de la relación laboral. El primero de ellos establece en el artículo 153 la posibilidad de que la UE ayude a los diferentes Estados miembros a garantizar la protección de los trabajadores en caso de rescisión de la relación que los une con el empleador, mientras que el segundo, es decir, las directivas de la UE, hacen relevancia a los requisitos mínimos en los despidos colectivos⁴ o al trabajo de duración determinadas, entre otros.

Para refutar esta cuestión de inconstitucionalidad tratada en la sentencia (la cual ya había sido planteada por el mismo juzgado de manera similar un año atrás⁶) el TC considera que el carácter tasado de las indemnizaciones en el ámbito laboral encuentra su justificación en una serie de hechos, como son “la eliminación de las dificultades de

³ Art. 12 del Convenio de la OIT ratificado el 22 de junio de 1982

⁴ Directiva de la UE 98/59/CE de 20 de julio de 1998

⁵ Directiva de la UE 1999/70/CE de 28 de junio de 1999

⁶ ATC 43/2014 de 12 de febrero de 2014

prueba de los daños por parte del trabajador, o la unificación de los criterios a aplicar por el Juez y la simplificación del cálculo judicial, así como la certeza y seguridad jurídica”⁷. Además, entiende el juzgado que no resulta irracional ni arbitrario atender solamente al salario y a la antigüedad del empleado como elementos de compensación, ni lo es aplicar el factor multiplicador prefijado en la ley (criterio que atiende a la culpabilidad del empresario, siendo superior en los despidos improcedentes).

El TC hace referencia expresa al hecho de que el artículo 35.2 CE atribuye al legislador la regulación por ley de las indemnizaciones por despido y, por lo tanto, las previsiones relativas a su fórmula de cálculo, los factores que han aplicarse para la determinación de dicha indemnización y, en su caso, sus posibles límites. A este respecto, el TC señala que “basta reiterar que ... la posibilidad de atribuir valores tasados a los elementos de cálculo de la indemnización adecuada por despido improcedente, así como la de proceder a su revisión normativa, son facultades que quedan dentro de la libertad de configuración atribuida al legislador por el art. 35.2 CE”⁸.

Los argumentos expuestos por el TC coinciden, en varios aspectos, con los que la doctrina y la jurisprudencia viene defendiendo de forma más o menos uniforme cuando se aborda esta cuestión, sin perjuicio de que son varias las sentencias y las reseñas doctrinales que no niegan cierto sentido a la posibilidad de que la legislación laboral acogiese los criterios que en el ámbito civil vienen siendo aplicados de forma constante para la determinación de las indemnizaciones de daños y perjuicios. De hecho, un enfoque generalista de la cuestión o la visión de este asunto desde una óptica de estricta justicia material pudieran permitir alcanzar una conclusión como la expuesta, pues el objetivo resarcitorio de la indemnización difícilmente podrá cumplir su función si para su cuantificación no se tienen en cuentas las circunstancias personales del afectado, optando por una suerte de estandarización de las mismas.

Sin embargo, el sistema ajustado a las circunstancias del trabajador no tiene cabida en nuestro ordenamiento, como tampoco ocurre en otros ordenamientos de países de nuestro entorno, ya que ello ocasionaría que las empresas tuviesen que pagar a sus trabajadores indemnizaciones que no estarían directamente relacionadas con el servicio

⁷ ATC 34/2015 de 17 de febrero de 2015

⁸ Id.

prestado y el salario recibido, sino con circunstancias ajenas al empleador que poco o nada tendrían que ver con la relación contractual extinguida.⁹ Es decir, las diferencias entre el ordenamiento civil y laboral en orden a la indemnización contractual encuentran una justificación en el carácter autónomo de cada una de las ramas del Derecho.¹⁰ El contrato de trabajo se rige por principios y reglas propias, distintas a las que se aplican a los contratos civiles y, por lo tanto, son también distintos los criterios seguidos en cada uno de ellos para determinar los eventuales daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento de las obligaciones.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el único supuesto en el que un trabajador puede ser indemnizado con aplicación de criterios distintos a los citados (el salario, el tiempo de prestación del servicio y el multiplicador fijado legalmente), es aquel en el que haya sido despedido y la extinción del contrato sea posteriormente calificada como nula al haberse producido una vulneración de un derecho fundamental (art 183 LRJS). En este caso, el empleado tendrá derecho a ser readmitido con el abono de los salarios de tramitación (como consecuencia de la declaración del despido como nulo) y a una indemnización adicional por los daños y perjuicios relacionado con el derecho fundamental vulnerado¹¹.

3 Fórmula legal de cálculo de las indemnizaciones.

3.1 Modificación de los módulos y límites tras Reforma de 2012; régimen transitorio:

La reforma laboral realizada por el Gobierno del PP en el año 2012 tuvo como principal novedad la disminución de la indemnización relativa a los despidos improcedentes, ya que se consideraba que la tradicional indemnización prevista para dichos supuestos de extinción laboral, fijada en 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, “constituía un elemento que acentuaba excesivamente

⁹ STS del 7 de diciembre de 1990 , rec. 520/90

¹⁰ ATC 34/2015 de 17 de febrero de 2015 ,cuestión inconstitucionalidad 983-2014

¹¹ TSJ Andalucía (Málaga) de 10 de octubre de 2015, núm. 8927/2015 / STS de 5 de octubre de 2017 núm.768/2017 que unifica doctrina en cuanto a esta indemnización complementaria por vulneración de derechos fundamentales.

la brecha existente entre el coste del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación.”¹² Esta reducción pretendía también mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, poniendo fin, en la medida de lo posible, a la excesiva contratación temporal existente en nuestro país.

Es por estas razones por lo que el Real Decreto-Ley, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, generalizó para todos los despidos improcedentes la indemnización de 33 días con un tope de 720 días que ya se venía utilizando durante los años de crisis económica en los contratos de fomento de la contratación indefinida. Por lo tanto, este último baremo se aplica a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, esto es, a partir del 12 de febrero de 2012, con la consiguiente aplicación de la citada indemnización por despido improcedente hasta esa fecha¹³, y contemplando dicha disposición un régimen especial en los supuestos en los que un trabajador hubiese prestado sus servicios antes y después de la entrada en vigor del Real Decreto Ley, en cuyo caso se realizará, de forma proporcional al tiempo trabajado con anterioridad y con posterioridad a la citada fecha, el correspondiente cálculo, con el límite legal mencionado (42 mensualidades y 720 días, respectivamente).

Otra de las medidas establecidas en el referido Real-Decreto fue la supresión de los salarios de tramitación, con excepción de los supuestos de nulidad del despido y readmisión del trabajador (art. 56.2 ET) y los supuestos de improcedencia con opción por la extinción indemnizada cuando el trabajador tiene la condición de representante.

Además, se elimina el conocido como despido exprés¹⁴ de la legislación, así como la exención de pago del IRPF para aquellas indemnizaciones por despido que el trabajador hubiera percibido por la extinción del contrato de trabajo “con anterioridad al acto de conciliación –despido improcedente exprés– siempre que no excedieran de las que hubieran correspondido en el caso de que el mismo se hubiera declarado improcedente y

¹² RDL 3/2012, 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

¹³ Disp. Trans, undécima del ET.

¹⁴ Vid.: reconocimiento por parte del empresario de la improcedencia del despido ofreciendo así la indemnización correspondiente con la finalidad de evitar el pago del abono de los salarios de tramitación.

no se tratara de extinciones de mutuo acuerdo”.¹⁵ Sin embargo y aunque hubiera sido eliminado de la legislación, esta posibilidad de despido exprés sigue permitida, sin que deba considerarse nula por fraudulenta o abusiva. El problema se encuentra en el hecho de si el empleador reconoce la improcedencia antes del acto de conciliación, la indemnización deberá tributar en su totalidad según las retenciones del IRPF.

3.2 El multiplicador legal (12, 20, 33):

En nuestra legislación laboral actual se contemplan distintas causas extintivas que provocan la aplicación de indemnizaciones diferentes, siendo esta la razón por la que se ha decidido denominar este apartado como “el multiplicador legal”, expresión que hace referencia al número de días de salario por año de servicio que deben abonarse al trabajador una vez que la empresa ha adoptado la decisión de extinguir la relación laboral existente entre las partes.

La actual regulación en el derecho español relativa a los despidos y sus indemnizaciones correspondientes parten de lo fijado en la sección 4, que da comienzo en el artículo 49, del Real Decreto Legislativo 2/2015, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar, debemos hacer mención al **despido disciplinario** (art. 54 al 56 ET y art. 103 a 113 Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social), que constituye la modalidad de extinción contractual que genera la aplicación de un régimen indemnizatorio más gravoso a cargo del empresario. El despido disciplinario constituye una forma de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario que tiene como finalidad castigar una conducta grave y negligente del trabajador durante el tiempo de prestación de sus servicios, rompiendo la confianza entre las partes del contrato. Este tipo de despidos no tiene aparejada una indemnización estipulada, a no ser que este sea calificado como improcedente, en cuyo caso la indemnización será de 33 días por año de servicio con un máximo de 720 días, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año.

¹⁵ Lefebvre, F., “Régimen fiscal”, Memento (ed.) *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Memento, Madrid, 2019, pp. 1045-1105

En segundo lugar, es necesario citar el **despido objetivo** (art. 52 y 53 ET y 120 a 123 Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social). Este tipo de extinción de la relación laboral se fundamenta en la concurrencia de una serie de causas denominadas por el propio texto legal como “objetivas”, las cuales permiten al empresario despedir al trabajador con un menor coste indemnizatorio (20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades) en el caso de que se cumplan las exigencias legales.

En tercer lugar, haremos alusión al conocido como **despido colectivo**¹⁶ (art. 51 ET y 124 Ley Reguladora de la jurisdicción social). Este despido podría ser definido de manera sucinta como aquel fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de 90 días¹⁷, esta extinción afecte a un número mínimo de trabajadores (art.51 ET)¹⁸, que serían, en esencia, los siguientes:

- 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.
- El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- 30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

Esta extinción de la relación laboral tiene como consecuencia el abono por parte del empresario de una indemnización a cada uno de los trabajadores afectados por esta medida de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, salvo que se acuerde en el período de consultas una indemnización superior. En el caso de que dicho importe no fuese abonado o si el trabajador no se estuviera de acuerdo con la cantidad establecida, el trabajador podrá demandar ante el Juzgado de lo Social competente.¹⁹

Por último, es preciso aludir también al régimen indemnizatorio correspondiente a los **contratos temporales**. En nuestro ordenamiento legal existe varios tipos de

¹⁶ Fijarse también en RD 1483/2012 (reglamento de los procedimientos de despido colectivo), RD 1484/2012 (sobre las aportaciones a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años), Directiva 98/59 CE y el Convenio de la OIT nº58 (terminación de la relación de trabajo).

¹⁸ STSJ Cataluña de 2 de febrero de 2010 , núm. 777/2010 / STS 23 de abril de 2012, recurso 2724/2011

¹⁹ STS (Sala de lo Social, secc.1) de 9 de enero de 2019, núm. 377/2019.

contratos temporales, los cuales están regulados en el artículo 49.1.c ET, que establece lo siguiente:

El contrato de trabajo se extinguirá:

c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

En estos supuestos, el trabajador tiene derecho a recibir una indemnización de 12 días por año de servicio, tanto en el caso de los contratos para obra o servicio convenido como en el de los contratos eventuales, así como en los de relevo. Sin embargo, los contratos de interinidad, en prácticas y aquellos destinados a la formación y el aprendizaje no tienen aparejada una indemnización legal determinada. Estos últimos tipos de contratos, los cuales carecen de indemnización aparejada tras la extinción contractual, han sido ampliamente discutidos, llegándose incluso a la conclusión, según una sentencia del TJUE dictada el 5 de junio de 2018 (caso Diego Porras), de que un trabajador tenía derecho a ser compensado por finalización de su contrato de interinidad con la misma indemnización fijada para los despidos por causas objetivas, es decir, 20 días de salario por año de servicio con un tope de 12 mensualidades. Este caso trajo consigo un gran desconcierto, provocando un mayor número de litigios que pretendían extrapolar el contrato de interinidad a otros tipos de contratos temporales. Tras estos hechos, el TJUE enmendó su doctrina dictando nuevas sentencias que no seguían con esta línea jurisprudencial y aceptando la diferencia objetiva de unos supuestos frente a otros, como ocurre en aquellos contratos temporales que no tienen compensación alguna tras su extinción frente a aquellos que si la tienen.

3.3 La determinación del salario regulador.

3.3.1 Introducción:

Para exponer este apartado con la necesaria claridad es necesario ofrecer una definición, siquiera sucinta, de dicho concepto, pues, como veremos, el cálculo de la

indemnización que corresponde percibir al trabajador una vez finalizada, por despido, la relación laboral depende, en gran parte, del importe citado salario.

Pues bien, se entiende que el salario regulador es la cantidad que debe percibir el empleado en el momento de la extinción de la relación laboral²⁰, atendiendo al salario bruto del mes anterior al despido (por lo tanto, sin tener en cuenta la cotización a la Seguridad Social y las retenciones por tributos) y con el correspondiente prorrateo de las pagas extras.²¹

Para poder determinarlo, el primer parámetro previsto en el ET hace referencia al salario recibido por el trabajador (el segundo es el cómputo del tiempo de servicio), salario que a estos efectos se conoce como modulador o regulador de la indemnización, debido a que una vez haya sido definido, solamente será necesario computar la cantidad diaria y multiplicarla por el número de días que indique la ley atendiendo a los diferentes tipos de extinción de la relación laboral existente entre el empleador y el trabajador.

Sin embargo, la determinación de dicho salario constituye un ejercicio que no siempre es sencillo, siendo evidente, por ejemplo, que el salario no suele permanecer invariable a lo largo de tiempo. En efecto, durante la vigencia del contrato de trabajo el salario generalmente variará por diversas razones, como pueden ser la aplicación del convenio regulador, la aplicación de un pacto individual entre la empresa y el trabajador, las posibles novaciones del contrato de trabajo, las constantes modificaciones legislativas o por cualquier otra razón. A ello debe añadirse que el trabajador puede recibir salarios en especie, como puede ser el coche proporcionado por la empresa, las dietas recibidas, la participación en planes de pensiones o incluso, acceder a una cantidad a determinar en el futuro, como en el caso de las *stock options* que trataremos más adelante, que también tendrán significativa incidencia a la hora de establecer el salario modulador.

²⁰ Rincón, Sánchez, C., “Los cálculos a efectuar en un despido” de CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS (Ed.), *Despidos: una forma distinta y práctica de estudiarlos*, CEF, Madrid, 2019, pp.117-158.

²¹ Aradas, Alejandro, “Salario regulador en la indemnización por despido”, *Cuestiones Laborales*, 2019. (disponible en <https://www.cuestioneslaborales.es/cual-es-el-salario-que-se-utiliza-para-calculer-la-indemnizacion/>).

Es por ello que la cuestión relativa a la determinación del salario regulador suele constituir una fuente de conflictos que ha venido provocando una jurisprudencia muy numerosa y compleja, pues, como he indicado, los factores a considerar a la hora de establecer el salario de referencia son numerosos y la casuística ciertamente variada.

3.3.2 Salario en el momento de la extinción laboral.

El salario que debe considerarse para la determinación de indemnización por despido es el correspondiente al mes anterior al de la extinción del contrato, salvo que el trabajador viniera percibiendo un salario inferior al que le correspondería recibir atendiendo a lo dispuesto en los preceptos legales o convencionales aplicables.²²

Como ya se indicó anteriormente, el salario, dado que constituye un factor esencial de la ecuación tendente a cuantificar la indemnización que debe percibir el empleado, ha de comprender cualquier cantidad o contraprestación con carácter de bruta que el trabajador perciba (o, en su caso, haya de percibir) como consecuencia de la relación laboral que mantiene con la empresa²³.

Hablamos así del carácter totalizador del salario²⁴, concepto que hace referencia al hecho de que cualquier percepción recibida por el empleado (ya sea directa o indirectamente relacionada con la prestación de los servicios y al margen de la denominación o calificación que le hayan atribuido las partes), recibida tanto en metálico como en especie, tendrá la condición de salario, salvo que la empresa acredite que la cantidad o servicio recibido no tiene tal naturaleza. En otras palabras, existe una presunción iuris tantum a favor del trabajador según la cual cualquier retribución recibida por la empresa es considerada como salario, siendo numerosas las sentencias que han abordado esta cuestión y que, como dije, atribuyen la carga a la prueba al empresario.²⁵

²² STS de 25 de febrero de 1993, núm. 654.

²³ En los supuestos de recalificación de la relación de servicios como laboral, si 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- por lo que no engrosan la cifra del salario regulador.

²⁴ STS del 3 de mayo de 2017, núm. 2074/2017

²⁵ STS del 4 de mayo de 2010, núm 84373.

Este salario será el que se compute a efectos de la indemnización tras el despido, por lo que corresponderá al empleador acreditar debidamente que la cantidad percibida por el empleado no tiene carácter salarial y que, por lo tanto, responde a cualquier otra causa jurídica ajena a una contraprestación laboral. De este modo, a la vista de que la carga de la prueba se atribuye al empresario, es evidente que la ausencia de actividad probatoria en este aspecto concreto beneficiará al trabajador, de forma que las cantidades que este haya recibido del empleador se presume que constituyen una contraprestación por razón de su trabajo.²⁶

3.3.3 Conceptos excluidos e incluidos:

Para poder entender qué partidas o conceptos tienen la consideración de salario y cuáles no, hay que partir de que la cuestión no es sencilla, ya que, por una parte, se han de aplicar regulaciones legales de distinta naturaleza (las de Seguridad Social, las de carácter eminentemente laboral e incluso la tributaria), todas ellas con finalidades diferentes²⁷, y por otra, han de tener en cuenta los continuos cambios de criterio por parte de los tribunales, seguramente originados por la complejidad del asunto.

Para la determinación del salario regulador debemos partir de lo que dispone el artículo 26 ET, conforme al cual se considera salario la totalidad de las percepciones económicas²⁸ de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.

Por lo tanto, el salario regulador estará integrado por el salario base más los complementos que existían en el mes anterior a la extinción laboral. Asimismo, no se incluyen en el cálculo de la indemnización los “pluses extrasalariales”, aunque estén tipificados así en el convenio colectivo. ²⁹

²⁶ Martín Moral, I. “*El despido: aspectos sustantivos y procesales*” en VV. AA, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pag. 643.

²⁷ Cfr. Llompart Bennàssar, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, págs. 177 y ss.

²⁸ La percepción debe tener un contenido económico, señala Castro Conte, M. “*El sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*”, Dykinson, Madrid, 2007, pag 90.

²⁹ STSJ de Madrid de 11 noviembre 1999 (AS 1999, 7381)

Se debe insistir en la idea de que el salario debe ser bruto, lo cual quiere decir que será el salario que perciba el trabajador antes de que al mismo se le descuenten las retenciones del IRPF y las cotizaciones a la Seguridad Social.

Teniendo en cuenta estas precisiones, tendrán la consideración de **partidas salariales** las siguientes:

- Aquellos complementos de trabajo que de forma mensual se reciben en concepto de salario, como son el plus de antigüedad³⁰, de nocturnidad³¹ (art. 26.1 ET³²), de peligrosidad³³ o el de disponibilidad (también conocido como de mayor dedicación³⁴).
- Las primas de seguro médicos y de vida, así como las diferentes cantidades aportadas a los planes de jubilación³⁵ constituyen partidas salariales que deben tenerse en cuenta a la hora del cálculo de la indemnización correspondiente. Son considerados como salario ya que son aportados por el empresario como consecuencia de la relación laboral y como contraprestación de las obligaciones del trabajador.
- En cuanto a las horas extraordinarias, en los últimos años se planteó un debate jurisprudencial al que alude el TS de forma detallada en un auto del 29 de septiembre de 2019 relativo a un despido improcedente. El TS se ha inclinado por la posición mayoritaria que venían manteniendo varios Tribunales Superiores de Justicia, entendiendo que las horas extraordinarias deben computarse a efectos de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral cuando se hayan realizado de manera habitual y permanente.³⁶ Tal y

³⁰ STS Nº 156/2019 (Sala de lo Social, Sección 1) del 28 de febrero de 2019/ STSJ de Granada, Andalucía de 23 de noviembre de 1998 (AS, 7458)

³¹ STSJ de Castilla y León de 11 de abril de 2019, recurso 356/2019.

³² Vid. Es considerado trabajo nocturno el realizado entre las 22:00 horas hasta las 6:00 horas del día siguiente y la retribución dependerá del convenio colectivo.

³³ STS de Madrid de 9 de septiembre de 1999/ STSJ de Canarias de 7 de abril de 2017

³⁴ Martín Moral, I. *“El despido: aspectos sustantivos y procesales”* en VV. AA, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pag. 645.

³⁵ STSJ de País Vasco de 3 de mayo de 2017, recurso 788/2016.

³⁶ SSTSJ de Galicia de 9 de marzo de 2007, recurso 5411/2006.

como dice el Alto Tribunal en una sentencia del 27 de junio de 2018 (Nº de recurso 2655/2016), “En aplicación de esta doctrina, hemos mantenido que: [...] b) debe computarse en el salario el importe de horas extraordinarias, si en lugar de ocasionales habían sido realizadas en número anómalamente alto”³⁷.

- El salario en especie, el cual nunca puede superar más del 30% de las percepciones salariales, ha de ser considerado como una partida salarial. Algunos ejemplos de este salario podrían ser la utilización de un vehículo, el uso de una plaza de parking, las comidas³⁸ o la vivienda proporcionada por la empresa.³⁹

En cuanto a los **conceptos excluidos**⁴⁰, podemos destacar los siguientes:

- Diversas retribuciones extrasalariales, entre las que podemos citar el plus por quebranto de moneda⁴¹, que es una partida destinada a resarcir al empleado por los desajustes o daños económicos derivados del patrimonio de la empresa, o el plus de vestuario⁴², que también constituye otro ejemplo de partida extrasalarial, pudiendo el empresario optar por entregar al trabajador la ropa necesaria para el trabajo o su equivalente en dinero.
- Las dietas⁴³, existen una serie de criterios para identificar si estamos ante una partida salarial o extrasalarial, debiendo partir, en principio, de una premisa general: aquellas dietas que son abonadas por el empresario al margen de la nómina son claramente conceptos incluidos en el artículo 26.2 ET.

³⁷ STS del 27 de septiembre de 2018, núm. 873/2016

³⁸ Vid. En aquellos casos en los que la empresa reconozca el derecho del trabajador a comer gratuitamente los días de trabajo en la empresa y ello no figure en la nómina, ni en la base de cotización de la SS ni en las retenciones del IRPF, estas comidas quedarían excluidas del cómputo indemnizatorio. Si son conceptuales como salario, se incluyen, aunque no estén reflejadas en nómina y no se cotice y/o tribute por ellas.

³⁹ STSJ Málaga (Andalucía) de 23 de junio de 2000, núm. 2415/2000 Vid. Si el trabajador toma de la decisión de cambiarse de domicilio y dejar la vivienda puesta a su disposición por la empresa dejaría de ser considerada como partida salarial.

⁴⁰ Vid. Estas retribuciones son aquellas que no retribuyen directamente el trabajo realizado por el trabajador ni los periodos de descanso, aunque si las recibe como consecuencia de la relación laboral existente (artículo 26.2 ET).

⁴¹ STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2000, núm. 119/2000

⁴² TSJ de Madrid de 5 de julio de 2002, núm 11/2002 / TSJ Andalucía de 31 de mayo de 2005, recurso 2015/1999.

⁴³ STSJ de Málaga (Andalucía) de 19 de octubre de 2019, recurso 550/2019

Es decir, hay que distinguir dos situaciones diferentes. En la primera, la dieta constituye una percepción económica que pretende compensar al trabajador por los gastos que se devengan por la realización de su actividad por cuenta de la empresa (gastos por viajes, gasolina,...), en cuyo caso serán consideradas como extrasalariales por su finalidad compensatoria (con una única salvedad)⁴⁴. Por el contrario, si hablamos, por ejemplo, de gastos de estancia y manutención que no traen su causa en el desempeño de la actividad laboral realizada, estaríamos en presencia de un salario en especie y por lo tanto se considerará, a estos efectos, una partida salarial.

Aun así, hay que tener en cuenta la presunción *iuris tantum* a la que hicimos referencia en pasajes anteriores, según la cual el empresario es quien debe probar que una partida no es salarial a efectos de la indemnización, por lo que en ausencia de dicha acreditación, la cantidad percibida será considerada como partida salarial.

- El plus de transporte⁴⁵, es también considerado como extrasarial siguiendo el criterio de las dietas.

- Las liberalidades realizadas por el empresario a favor del empleado quedan excluidas a la hora del cálculo de la indemnización correspondiente. Un ejemplo que ha sido considerado como liberalidad durante muchos años por los tribunales es la famosa cesta de navidad. Sin embargo, el TS se ha pronunciado al respecto y considera que debe abonarse cada año de manera obligatoria al trabajador si se ha producido una reiteración en el tiempo de su entrega a toda la plantilla (sin excepción) y si ha habido voluntad inequívoca de la misma para su facilitación cada año; es decir, en tal caso la empresa ya no puede eliminarla unilateralmente si se cumplen una serie de criterios. Por

⁴⁴ Vid. El TS en la sentencia del 16 de febrero de 2015 (Nº de recurso 3056/2013) estableció como única excepción el caso de que las dietas fueran destinadas a trabajadores contratados para prestar sus servicios en diferentes “centros de trabajo móviles o itinerantes que sean cambiados a un centro de trabajo distinto de la misma empresa”. En este caso sí computarán y serán consideradas como salariales.

⁴⁵ STS de 30 de octubre de 2018, recurso 1017/2016.

lo tanto, la cesta de navidad ha dejado de considerarse una liberalidad para pasar a ser un derecho incorporado tácitamente en el contrato de trabajo del empleado si se cumplen los requisitos mencionados en la sentencia.⁴⁶ Aun así, las cestas de navidad son consideradas partidas extrasarviales (una vez negada su condición de prestación a título de simple liberalidad por su reiteración) ya que no retribuyen el trabajo efectivo del asalariado.

- Las mejoras sociales, siendo estas aquellas que entrega el empresario con la finalidad de premiar al trabajador en una serie de casos o de propiciar una mejora en su vida.⁴⁷ Un ejemplo de estas mejoras podría ser la ayuda para la compra de libros a los hijos del trabajador por parte del empleador.

3.3.4 Conceptos de devengo superior al año y percepciones irregulares: régimen *stock options*.

Ya dije que para determinar la indemnización por despido debemos tomar el salario recibido durante el último mes de la relación laboral, comprendiendo este todas las partidas o conceptos salariales y quedando excluidas las partidas de naturaleza extrasalarial y las percepciones salariales de carácter excepcional⁴⁸. Además, las retribuciones de devengo superior al mes se calculan aplicando la correspondiente proporción, siendo necesario para ello tomar en cuenta las cantidades percibidas en el año anterior al despido y su posterior prorrateo en doce mensualidades⁴⁹.

En consecuencia, cabe apreciar que la condición esencial para que una partida salarial integre el salario regulador es su proximidad temporal al momento de la extinción del contrato, cuestión que tiene una incidencia especial en las distintas partidas salariales de carácter variable, como los bonus, las comisiones o cualquier otra de carácter análogo,

⁴⁶ STS 127/2019 del 19 de febrero de 2019.

⁴⁷ STSJ de Aragón de 24 de enero de 2005, recurso 1739/2011

⁴⁸ Un ejemplo podría ser un apoyo excepcional para “estudios de francés” recibido por el empleado en una ocasión determinada.

⁴⁹ Para determinar el módulo diario hay que dividir entre 365 días y no 360 (STS de 30 de junio de 2008 recurso 2639/2007).

366 días si el año es bisiesto (STS de 29 de enero de 2014, recurso 743/2013, entre otras).

incluidas las opciones sobre acciones que analizaré con mayor detenimiento a continuación.

El régimen de stock options se incorporó a nuestro ordenamiento laboral en el año 1997, a raíz de que Telefónica ofreció a varios altos directivos de la empresa el derecho de adquirir acciones de la propia empresa en condiciones aparentemente ventajosas para ambas partes, siendo después dicha oferta ampliada a todos los trabajadores fijos de la empresa⁵⁰.

A partir de estos acontecimientos, los Juzgados de los Social y las Salas de los Social de los Tribunales Superiores de Justicia se vieron obligadas a resolver numerosos litigios sobre despidos en los que se hacía referencia a las denominadas “stock options” y en los que se planteaba cómo afectaba el régimen de las opciones sobre acciones concertada entre la empresa y el trabajador a la determinación de la indemnización en caso de despido. Actualmente, no están reguladas *per se* en nuestro ordenamiento, sino que dependen de la autonomía de la voluntad de las empresas que deciden ofrecerlas.

Aun así, las opciones sobre acciones han sido definidas por el TS de la siguiente manera:

*“derecho que de forma onerosa o gratuita, otorga la empresa al trabajador para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción el día que se concede el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del aquel plazo y una vez ejercitada la opción, el empleado pueda percibir, bien la diferencia del precio de las acciones entre ambos momentos (otorgamiento y ejercicio), bien las propias acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho”*⁵¹

La reseña de la citada sentencia permite concluir que la figura de las *stock options* tiene encaje en lo dispuesto en el artículo 26 del ET, pues las opciones sobre acciones constituyen un derecho o una contraprestación concedida al trabajador que deriva de la

⁵⁰ Martín del Pozo, C., “las polémicas stock options de Telefónica obligan al Gobierno a endurecer su fiscalidad”, *El País*, 6 de noviembre de 1999. Disponible en https://elpais.com/diario/1999/11/06/economia/941842817_850215.html; última consulta 23/03/2020

⁵¹ SSTS 24–10–2001 (RJ 2362 y 2363, respectivamente).

prestación de los servicios prestado por este a la empresa, por lo que no cabe dudar de su naturaleza retributiva.

Por otra parte, parece evidente que para analizar dicho carácter retributivo no cabe obviar que el régimen de *stock options* que en un momento pueda instaurar una empresa tiene como finalidad que esta obtenga un beneficio, como es estimular la vinculación del trabajador con la empresa, reforzar su compromiso con ésta, evitando eventuales traslados de los empleados a otras empresas de la competencia y al mismo tiempo eludiendo la necesidad de contratar a nuevos trabajadores que los sustituyan⁵². En este sentido, la ventaja indudable que dicho régimen ofrece a la empresa refuerza el carácter retributivo del mismo, pues sin duda los beneficios que obtiene el empleador tienen su correspondencia natural en el sacrificio que supone para el empleado.

La estructura cronológica de las opciones está integrada por una serie de hechos claves: (1) concesión–adquisición de las opciones, (2) el periodo maduración de las opciones, (3) el ejercicio de las opciones de compra de las acciones y, eventualmente, (4) la liquidación–venta de estas⁵³.

Pues bien, para determinar el beneficio patrimonial que obtiene el trabajador en caso de ejercitar su derecho de opción y, por lo tanto, que dicho beneficio tenga la consideración de contraprestación salarial susceptible de servir para cuantificar la indemnización por despido que haya de percibir el trabajador, es necesario atender al momento en que se ejercita la opción y al momento en el que se produce la maduración del plan.

En cuanto a la primera exigencia, resulta necesario que, durante el año anterior a la finalización de la relación laboral, el empleado haya ejercitado su derecho de opción de manera que su patrimonio se haya visto incrementado en el importe de la ganancia obtenida con la compra de las acciones⁵⁴ sobre las que recae la opción⁵⁵.

⁵² Iglesias Cabero, M., “Nuevas fórmulas de comprensión de trabajo: referencia a las stock options”, *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*, n. 38, 1998, pp. 123-142.

⁵³ Gómez-Abelleira, F., “La retribución variable: una clave esencial en la gestión empresarial”, *Revista Derecho social y Empresa*, n. 5, 2016, pág. 114.

⁵⁵ De La Puebla Pinilla, A., “Stock-options e indemnización por despido: problemas prácticos y soluciones judiciales”, T.L. núm. 101/2009, pág. 58

Esta interpretación se ha ido sustituyendo paulatinamente por otra que atiende no sólo esta primera condición o exigencia, sino que añade un segundo requisito, de forma que al ejercicio de la opción dentro del año anterior a la finalización del contrato se ha de añadir que el derecho ejercitado corresponda a un plan de acciones que haya madurado (de manera total o parcial) en esos 12 meses anteriores. Según esta línea interpretativa, solo en el caso de que se cumplan ambos requisitos podrá tenerse en cuenta la ganancia⁵⁶ resultante de las *stocks options* a la hora de realizar el cálculo de la indemnización.⁵⁷

Como el sistema no es sencillo, a menudo se comenten errores por las empresas a la hora de calcular la parte del salario derivado del régimen de opciones sobre acciones que ha de ser considerado para determinar la indemnización, razón por la cual la jurisprudencia ha venido afirmando, de manera más o menos uniforme, que un error de este tipo en el cálculo de la indemnización puede considerarse, a la vista de las circunstancias concretas, como excusable⁵⁸.

3.3.5 Reducción de jornada: influencia en el salario regulador.

Para poder analizar la influencia de una eventual reducción de la jornada laboral en el salario regulador del trabajador y, por lo tanto, como afectará dicha circunstancia a la determinación de la indemnización por despido, es necesario apuntar que debe aplicarse el principio de proporcionalidad entre la duración de la jornada y la retribución salarial del empleado, proporcionalidad que en principio será la que se habrá aplicado para la determinación del salario que conste en la nómina del trabajador. En estos casos, como regla general, existirá una identificación en el salario percibido por el trabajador a jornada reducida y el que habrá de considerarse para la cuantificación de la indemnización en caso de despido.

⁵⁶ La ganancia computable ha sido definida en varias sentencias como la diferencia entre el precio pactado en el momento de la concesión de la opción y el precio o valor que la acción tenga en el mercado en el momento de su ejercicio por el trabajador. (SSTSJ Madrid de 28 de diciembre de 2004 y del 20 de diciembre de 2005, entre otras)

⁵⁷ De la Puebla Pinilla, A., “stock options e indemnización por despido: problemas prácticos y soluciones judiciales”, núm. 101/2009, pag.59

⁵⁸ SSTS de 26 de enero de 2006/ SSTS de 16 de mayo de 2005.

Sin embargo, este principio de proporcionalidad no resulta de aplicación cuando la reducción de la jornada laboral tiene su fundamento en los supuestos regulados en los artículos 37.4, 37.5, 37.6 y 5 ET (permisos por razones familiares como nacimiento de hijos o guarda legal). En estos casos la indemnización derivada de la finalización de la relación laboral no se ve afectada por el salario efectivamente percibido por el empleado (es decir, el salario reducido) a pesar de que el trabajador no esté cumpliendo íntegramente su jornada laboral en el momento del despido.

Por lo tanto, en algunos supuestos previstos en la ley, como por ejemplo los relativos a conciliación de la vida familiar y laboral, el legislador ha decidido que la reducción de la jornada laboral influya de manera proporcional en el salario a percibir por el trabajador, pero no así en el salario que ha de ser teniendo en cuenta para determinar la indemnización correspondiente en caso de extinción de la relación laboral.

La Disposición Adicional 19º del ET lo regula en los siguientes términos:

“En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.4 en su párrafo final, así como en sus apartados 5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”.

En cuanto a la problemática del artículo 37.5, la disposición adicional establece que, a pesar que la pauta habitual es que el salario a tener en cuenta en los casos de despido es el realmente percibido por el trabajador en el momento de la extinción del contrato, existen excepciones, como la mencionada en el citado artículo, que conciernen a las obligaciones de la guarda legal de los menores, y que pretenden proteger tanto el derecho de los trabajadores como el derecho del menor a poder recibir la mejor atención posible (patria potestad del artículo 154.1 CC). Este precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la CE) que regula la protección a la familia y a la infancia. Es por ello que la sentencia explica que el salario a tener en cuenta a efectos de la indemnización debe ser el anterior a la reducción de la jornada, debido a que la disminución de esta no supone más que “una alteración transitoria de la relación”.⁵⁹

⁵⁹ STS 438/2018 de 25 de abril de 2018, núm. 438/2018.

Lo mismo ocurre con los demás artículos que se citan en la DA 19º, de los que se deduce que dicha disposición tiene como finalidad que el trabajador no se vea perjudicado por acogerse al disfrute de un derecho de reducción por guarda legal⁶⁰ o por circunstancias similares, en cuyo caso, como apunté, se tomará como referencia el salario anterior a la reducción de la jornada.

La jurisprudencia mantiene una postura interpretativa similar a la apuntada, tal y como tipifica el artículo 47 ET, cuando la jornada laboral del trabajador se ve reducida a instancia de la empresa por alguna causa de las contempladas en el artículo 47.2 ET (*“La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”*), de forma que el salario regulador de la indemnización por despido improcedente que ha de considerarse será el que recibía el empleado antes de la reducción en su salario.⁶¹

Cuestión diferente es el caso de los contratos a tiempo parcial, que son aquellos celebrados para prestar servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo a tiempo completo.

Es la irregularidad que los caracteriza por lo que en la práctica el cálculo de la indemnización de este colectivo ocasiona numerosos problemas ya que, por un lado, su antigüedad es difícil de determinar al superponerse distintos periodos de actividad en los que, además, las cotizaciones y los días reales trabajados son distintos y, por otro lado, su salario suele variar, fijándose por horas.

En estos casos, para el cálculo de la indemnización el salario que debe utilizarse será el que esté vigente en el momento de la extinción de la relación laboral⁶², sin que deba aplicarse el que correspondería al trabajador si cumpliera la jornada completa⁶³.

⁶⁰ Martín Moral, I. *“El despido: aspectos sustantivos y procesales”* en VV. AA, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 658.

⁶¹ SSTSJ Aragón de 15 de julio de 2010, recurso 320/2010/ SSTSJ Cantabria de 24 de junio de 2014, recurso 501/2013.

⁶² STS de 30 de junio de 2011, recurso 3756/2010.

⁶³ STSJ de Cataluña de 18 de julio de 2000, recurso 3738/2000.

De todas formas, la fecha de antigüedad genera consecuencias distintas en función de los supuestos de hecho⁶⁴:

- a) En el caso de los trabajadores que prestan sus servicios todos los días laborables, pero con una jornada inferior a la ordinaria, deberá computarse como antigüedad todo el periodo de vinculación con la empresa⁶⁵. Es lógico que sea así, pues en el caso de que la antigüedad del trabajador se redujese por la reducción de su jornada laboral estaríamos aplicando una penalización contraria al principio de igualdad.⁶⁶
- b) En el caso de los trabajadores que prestan sus servicios solo unos meses al año o unos días a la semana o al mes, la indemnización se abona por años de servicio, pero descontando los periodos de inactividad, salvo que por ley, convenio colectivo o contrato unilateral de la empresa deban considerarse asimilados a los periodos de trabajos efectivo (descansos obligatorios, permisos...). Por ello, no ha de estarse a la antigüedad del primer contrato, sino al número de días trabajados durante la relación laboral, rigiendo de esta manera la regla de la proporcionalidad.⁶⁷

Cuestión diferente sería si el trabajador, a pesar de haber firmado un contrato a tiempo parcial, estuviera prestando servicios a jornada completa en el momento de la finalización de la relación laboral, en cuyo caso procedería calcular la indemnización teniendo en cuenta el salario devengado en el momento del despido y el establecido en el contrato laboral.

3.4 El cómputo del tiempo de servicios a efectos indemnizatorios.

A pesar de que se trata de conceptos distintos, generalmente coincide la antigüedad de la relación contractual y el tiempo de prestación de los servicios por parte del trabajador.

⁶⁴Lefebvre, F., “Otras formas de extinción- contratos temporales”, Memento (ed.) *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Memento, Madrid, 2019, pp. 691-740.

⁶⁵ TSJ de Cataluña de 19 de enero de 2001, núm 376/2001.

⁶⁶ TSJ de Sta. Cruz de Tenerife de 14 de noviembre de 2005, recurso 547/2005.

⁶⁷ TSJ de La Rioja de 9 de mayo de 2002, recurso 334/2002.

Para el cálculo de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, además del ya explicado salario regulador, es necesario conocer el número de años de prestación de servicios por el trabajador, periodo de tiempo que, como dije, pudiera no ser coincidente con el transcurrido desde la fecha en que se hubiese iniciado la relación contractual entre el empleado y la empresa.

El tiempo de servicio al que se refiere la normativa laboral (partiendo de que existe un concepto en sentido estricto y otro más amplio) es el relativo a los años de servicio que el trabajador ha venido prestando servicios bajo la dirección de una misma empresa⁶⁸, es decir, el que se genere en desarrollo del contrato y que se presta de hecho y positivamente, sin interrupción fáctica, convenida o legal. Aun así, hay que tener en cuenta que en los supuestos de subrogación por ley, convenio o contrato, aunque se produzca un cambio en la figura del empleador, el tiempo de servicios computable sería el acumulado bajo las dos etapas de la relación laboral.

Por antigüedad, por el contrario, debe entenderse la que pudiese asignarse al trabajador en el contrato de trabajo que inicie una relación laboral, derivada de respetar la lograda con anteriores contratos, respecto a los cuales no tiene por qué suponer subrogación.⁶⁹

Este tiempo de servicio puede no coincidir con el transcurrido desde la fecha del contrato de trabajo porque, como explicaré a continuación, son varias las circunstancias que pueden afectar a dicho cómputo temporal, siendo diversas las sentencias que establecen expresamente que la indemnización por despido se fija según los años de servicio, entre las que cabe destacar las que son objeto de análisis en los siguientes apartados.

⁶⁸ STS 8 de junio de 1988, núm. 659

⁶⁹ Rincón, Sánchez, C., “Los cálculos a efectuar en un despido” de CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS (Ed.), *Despidos: una forma distinta y práctica de estudiarlos*, CEF, Madrid, 2019, pp.117-158.

3.4.1 Periodos objeto de cómputo, periodos excluidos y períodos asimilados:

En cuanto a los periodos objeto de cómputo para la determinación de la indemnización, existen una serie de supuestos que merecen especial atención a la hora de determinar el tiempo de prestación de los servicios, entre los que podemos citar los siguientes:

- Años de servicio trabajados para el empresario anterior en el caso de que se produzca lo que se conoce como “subrogación empresarial”. La conclusión a la que llegan nuestros tribunales es que el trabajador, con independencia del cambio de empresario que se pueda producir, tendrá derecho a mantener la antigüedad del primer contrato, contando desde dicha fecha los años de servicio a efectos de fijar la indemnización correspondiente. Es por lo tanto indiferente que la empresa no reconozca al asalariado esa antigüedad anterior, ya que los años transcurridos desde la relación laboral inicial son los que se han de computar para la determinación de la indemnización, siendo en muchas ocasiones los tribunales los que han de determinar la fecha correspondiente analizando previamente la vinculación entre los sucesivos empleadores⁷⁰.
- Períodos de incapacidad temporal derivados de enfermedad o accidente, disfrute de períodos de suspensión por nacimiento de hijos , etc., que también ha de computarse como tiempo de prestación de servicios.⁷¹
- Periodos temporales en lo que se haya interrumpido la prestación de servicios del trabajador por razón de permisos o licencias⁷², sean retribuidas o no, así como el tiempo contratado en prácticas, que también contarán a efectos indemnizatorios.
- Periodos durante los cuales el trabajador haya prestado servicios para un mismo empleador, pero bajo un contrato administrativo que encubre una

⁷⁰ STS 16 marzo de 1999, recurso 2052/1998.

⁷¹ Convenio número 132 de la OIT, ratificado el 24 de junio de 1970.

⁷² Art. 71 y 72 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles.

relación laboral que debería regirse por un contrato laboral. En este caso, el encubrimiento no influye a efectos indemnizatorios.

- Períodos de tiempo durante los cuales el trabajador no haya podido prestar sus servicios debido a que el empresario se haya retrasado a la hora de asignarle el trabajo por una razón no imputable al trabajador.⁷³ El asalariado conservará el derecho a su salario, sin que el empleador pueda hacérselo compensar con otro trabajo realizado en otro tiempo ⁷⁴, así como el tiempo de servicios a efectos de la indemnización.
- Periodos de inactividad ajenos a la voluntad del trabajador, como los derivados de la aplicación de un ERE que afectase al trabajador que, posteriormente, se reincorporase al trabajo tras una resolución judicial que dejase sin efecto el despido colectivo.

En cuanto a los periodos excluidos, es necesario hacer referencia a un supuesto habitual, como es el del uso por el trabajador de su derecho a la disfrutar de una excedencia, casi siempre por la realización de un cargo público o por el cuidado de los hijos, periodo que legalmente no puede ser inferior a cuatro meses ni superior a cinco años. En estos casos el trabajador goza del derecho preferente para “el reingreso en vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa” (art. 46.5 ET). En este caso concreto, el TS ha resuelto que este periodo de ausencia a su puesto de trabajo no debe computar como periodo de prestación de servicios para el cálculo de la indemnización por despido.⁷⁵

3.4.2 Prestación de servicios en empresas del mismo grupo:

En ocasiones, un empleado ha podido trabajar en varias compañías de un mismo grupo empresarial, pudiendo ocurrir que solo se le reconozca el tiempo de prestación de los servicios prestados a la empresa que efectivamente haya puesto fin a la relación contractual.

⁷³ Art. 30 ET.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ STS de 26 de septiembre de 2001, recurso 2346/2000

Este caso no ocurre en aquellos supuestos en los que se ha producido una subrogación legal de las empresas tras la celebración de una fusión, compra, absorción... al amparo del artículo 44 ET, pero si ocurre en el caso de que el traslado entre empresas del mismo grupo se realice mediante la celebración de nuevos contratos, sin que aparezca reconocida la antigüedad efectiva, sobre todo los años de prestación de servicios realizados. Esto, como explicaré a continuación, acaece mientras no se aprecie unidad en el vínculo entre los diferentes contratos celebrados y no se reconozca la antigüedad en otras empresas del mismo grupo empresarial.

3.4.3 Concatenación de contratos:

El supuesto de concatenación de contratos es una circunstancia que ha sido abordada por la jurisprudencia en muchas ocasiones, puesto que puede encubrir una situación fraudulenta. Son supuestos en los que el trabajador ve sometida su relación laboral a constantes interrupciones (en su caso, provocadas por el empresario) lo que obligaría a analizar si cabe apreciar la “unidad esencial del vínculo”, es decir, si resulta obligada “la consideración conjunta de una relación laboral independientemente de las interrupciones que haya habido en el transcurso de la misma”.

La doctrina de los tribunales, de manera bastante uniforme, ha optado por prescindir de aplicar un criterio exclusivamente cuantitativo, descartando incluir simplemente el número de días que hayan transcurrido entre la finalización de un contrato y el inicio del siguiente, para recurrir a un concepto más amplio como el de la “interrupción significativa”.

Inicialmente se fijó por los tribunales un período de tiempo de 20 días entre la extinción del contrato y la formalización del nuevo para considerar que la interrupción podía considerarse significativa y, por lo tanto, que el periodo de tiempo transcurrido entre ambas hecho no podía computarse como tiempo de trabajo a los efectos de determinar la indemnización. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial evolucionó ante el aumento de los casos de abuso, pues los empresarios, en ocasiones, respetaban el citado plazo mínimo para volver a formalizar los nuevos contratos, de forma que se ha ampliado

paulatinamente el periodo temporal entre los distintos contratos. En la actualidad, no existe un número exacto de días que permita utilizar como referencia, debiendo atenderse en cada caso a los periodos temporales que carezcan de relevancia en relación con la duración total de los servicios prestados.⁷⁶

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo⁷⁷ sostiene que la antigüedad computable para el cálculo de la indemnización por despido no se ve alterada en el caso de que se produzca una suspensión de la unidad esencial del vínculo durante un periodo superior a 3 meses, en un supuesto de concatenación de contratos que se prolongaron en el tiempo durante 14 años.

Se trataba de una relación laboral mantenida a lo largo de seis años (de los catorce años que duró la relación laboral) por una trabajadora con un Ayuntamiento mediante una contratación fraudulenta, puesto que el servicio prestado estaba relacionado con la actividad habitual y ordinaria del empleador, además de que la relación había adquirido el carácter de indefinida en virtud de las previsiones del artículo 15.5 ET respecto de los contratos temporales concatenados, siendo por lo tanto una situación ilegal que reduce la relevancia de la interrupción continuada de más de 3 meses. Existen incluso sentencias del TS que estiman la interrupción de la unidad esencial del vínculo de periodos superiores a los 100 días e incluso una interrupción de hasta 13 meses.⁷⁸

La mencionada sentencia cita a su vez otra resolución del año 2016⁷⁹ que expone lo siguiente: “desde muy tempranamente, la doctrina de la Sala sostuvo que en el ámbito del Derecho de Trabajo es regla y principio general que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe... la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrito el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remontan al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal.”

⁷⁶ STS de 23 de febrero de 2016, recurso 1423/2014 establece 69 días naturales entre uno y otro.

⁷⁷ STS de 7 de junio de 2017, recurso 113/2015.

⁷⁸ STS 24 de febrero de 2016, recurso 2920/2014.

⁷⁹ STS de 8 de noviembre de 2016, recurso 310/2015.

En conclusión, habrá de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar la duración de la relación contractual que ha de computarse para determinar la indemnización que le corresponde recibir al trabajador.

3.4.4 Regla legal de prorrateo de periodos inferiores al año:

Por último, conviene explicar la regla legal de prorrateo de periodos inferiores al año, es decir, el significado de la expresión legal que obliga a “prorratear por meses los periodos de tiempo inferiores a un año (y no por días)”. Esta regla es la que ha de aplicarse para todas las indemnizaciones originadas por los diferentes tipos de despidos previstos en la legislación laboral, además de en los supuestos de extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleado, por movilidad geográfica y por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

En este caso, sea cual sea el número de días trabajados a partir del último mes en el que el empleado prestó sus servicios, el prorrateo debe realizarse “por meses”, es decir, como si se hubiera trabajado la totalidad del mes⁸⁰. El legislador ha adoptado este criterio, que tiene una limitada trascendencia económica a favor del trabajador.⁸¹

Para poder entenderlo, es mejor ilustrarlo con un ejemplo de la situación en cuestión:

Si un trabajador presta sus servicios del 1 de agosto al 2 de septiembre, se computarán como dos meses ya que un mes y dos días son dos meses a efectos indemnizatorios. Si, por otro lado, presta sus servicios del 1 de agosto al 4 de octubre, se computarán como 3 meses ya que, en este caso, dos meses y 4 días son 3 meses. Como aclaración, si la prestación de servicios comienza y termina el mismo día de meses distintos, se computarán ambos meses (1 de enero a 1 de abril serían 4 meses).

Esto se debe a que, a diferencia del art. 5.1 CC (“Siempre que no se establezca otra cosa (...) si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha”) que regula el computo de plazos mensuales, en el caso de las indemnizaciones

⁸⁰ SSTS 20 de septiembre de 2009, núm. 2969/2019.

⁸¹ STS 11 de febrero de 2011, núm. 6541/2013.

por despido se establece la conversión de periodos temporales en meses. El TS aplica el principio *pro operario* ya que entiende que no se trata de un plazo legal. Aunque el criterio jurisprudencial pueda ser discutible, este se ha consolidado en los últimos años gracias a la doctrina del TS.

3.5 Los límites máximos:

En el siguiente apartado vamos a hacer mención sobre los diferentes límites máximos dictados en la legislación laboral que ya han ido citándose a lo largo del trabajo, pero sin una explicación teórica de su justificación.

La calificación del despido como improcedente tiene aparejada una indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 720 días, aunque teniendo en cuenta que los años trabajados con anterioridad a febrero de 2012 se calculan con la fórmula existente antes de la reforma laboral de 2012, siendo esta de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades.

Esta manera de afrontar la cuantificación del coste tras el despido ha traído diferentes interpretaciones por parte del TS, que ha tomado una decisión doctrinal definitiva al respecto en dos de sus sentencias, la del 2 de febrero y 18 de febrero de 2016.

Como dije anteriormente, la norma tiene en cuenta dos tramos diferentes, el anterior al 12 de febrero de 2012 y el posterior⁸². A este respecto, la norma jurídica nos recuerda que “el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario”. Aunque este límite tiene una excepción, permitiéndose que aumente en el caso de que tomando en consideración el periodo de servicios anterior al 12 de febrero de 2012, ya correspondiese una indemnización en cuantía superior a esos 720 días (24 meses).

Por ejemplo, si antes del 12 de febrero, el trabajador hubiera prestado servicios en la compañía durante 900 días de salario (aplicando los 45 días de salario por año trabajado), este sería el tope indemnizatorio para este trabajador sin tener en cuenta cualquier período de servicios acumulado con posterioridad a dicha fecha. Por lo tanto, su indemnización, por mucho que se prolongue la relación laboral, ya no se incrementará más.

⁸² Disp. Trans. Undécima ET.

Por el contrario, si no ha sido superado el límite de 720 días por la prestación de la actividad con anterioridad al 12 de febrero de 2012, seguirán devengando indemnización con posterioridad, per bajo el módulo de 33 días y con aplicación del límite de 720 días.

4 Particularidades en el marco de las relaciones laborales especiales:

4.1 Alta dirección

De acuerdo con lo dispuesto en el ⁸³Real Decreto 1382/1985 se considera personal de alta dirección⁸⁴ a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

El personal de alta dirección tiene derecho a percibir las siguientes indemnizaciones, ya se extinga el contrato por voluntad del empresario o del directivo⁸⁵, sin perjuicio de que las partes pacten otras cantidades distintas en el contrato que regule su relación:

- En caso de desistimiento del empresario cumpliendo el periodo de preaviso: 7 días de salario en metálico por cada año de servicio con un máximo de 6 mensualidades.
- En caso de desistimiento del empresario sin cumplir el preaviso: a la indemnización prevista en el apartado anterior habrá que añadir una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del periodo de preaviso incumplido.
- En caso de resolución a instancia del trabajador por causa justa: 7 días de salario en metálico por cada año de servicio con un máximo de 6 mensualidades.

⁸³ RDAD art. 1.2.

⁸⁴ Relativo al concepto de alto directivo: STS de 4 de junio de 1999, recurso 1972/1998.

⁸⁵ RDAD art. 10.3; 11.1.

- En caso de despido improcedente o nulo: 20 días de salario en metálico por cada año de servicio hasta un máximo de 12 mensualidades.

En cuanto a la fiscalidad de las indemnizaciones por extinción de este tipo de contratos especiales, tanto si se produce por voluntad del empresario como del directivo de alta dirección, tanto la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la AN como la Sala de lo Social del TS entendían que a la cantidad recibida por el empleado sometido al régimen de alta dirección no se le debe aplicar ninguna exención en IRPF⁸⁶. Sin embargo, se ha producido un cambio de criterio manifestado en la STS (Sala Contencioso- Administrativo) de 5 de noviembre de 2019, según el cual “en los supuestos de extinción del contrato de alta dirección por desistimiento del empresario existe el derecho a una indemnización mínima obligatoria de 7 días de salario por año trabajado, con el límite de 6 mensualidades y, por tanto, que esa cuantía de la indemnización está exenta de tributación en el IRPF, al amparo del artículo 7.e) de la LIRPF”.

4.2 Empleados de Hogar

La prestación de servicios dentro del ámbito del hogar familiar es calificada por la doctrina como una relación “cuasi familiar” cuya base reside en la mutua confianza, siendo una relación laboral de carácter especial. Esta relación se establece entre el titular del hogar familiar, como empleador, y el trabajador, que presta sus servicios retribuidos. Las funciones propias de este colectivo consisten en el desempeño de actividades o servicios prestados para el hogar familiar, pudiendo incluir cualquiera de las actividades domésticas e incluso los servicios de guardería, jardinería, conducción de vehículos o el cuidado de los miembros de la familia, entre otras.

En cuanto a la indemnización correspondiente al trabajador en caso de extinción del contrato, la ley distingue dos supuestos distintos de extinción por decisión del empleador: el desistimiento y el despido, siendo preciso distinguir ambos conceptos:

⁸⁶ DGT CV de 23 de junio de 2015/ CV de 10 de agosto de 2017.

El desistimiento⁸⁷: en el ámbito analizado, el empleador puede decidir extinguir el contrato en cualquier momento por su propia voluntad y sin necesidad de alegar causa ninguna que motive su decisión. En este caso, la indemnización correspondiente al trabajador se determina en 12 días naturales de salario por año de servicio, con el límite de 6 mensualidades. Cabe destacar que para aquellos contratos concertados antes del 1-1-2012 la indemnización prevista será de 7 días por año de duración del contrato con un máximo de 6 mensualidades.⁸⁸

No obstante lo anterior, cuando concurren indicios de que la decisión unilateral del empleador oculta una discriminación por razón del sexo por el hecho de encontrarse la trabajadora disfrutando de su derecho de suspensión del contrato por maternidad, el despido podrá ser calificado como nulo, teniendo como consecuencia el deber de abonar la indemnización correspondiente a los supuestos de calificación del despido como improcedente.⁸⁹ , dado que el Decreto regulador de esta relación especial no contempla un régimen propio, adaptado a la singularidad de la relación especial para el despido nulo.

Los requisitos del preaviso como de la disposición automática de la indemnización son condiciones que solo deben cumplirse en este supuesto de extinción contractual.

El despido del trabajador⁹⁰: Esta forma de extinción de la relación laboral se produce por las causas previstas en el ET, pudiendo el empleado interponer demanda contra dicho despido en el plazo de 20 días hábiles. En este caso la indemnización que corresponde percibir al trabajador será de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

Por último, es preciso resaltar que en este tipo de relación contractual especial, la calificación del despido como improcedente, es decir, en caso de que no hayan quedado acreditados los incumplimientos imputados al trabajador, no se reconoce al empleador la

⁸⁷ Lefebvre, F., “Colectivos con especialidades – empleados del hogar”, Memento (ed.) *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Memento, Madrid, 2019, pp. 1003-1010.

⁸⁸ RD 1620/2011 disp.trans.1º.

⁹⁰ RD 1620/2011 art.11.2.

⁹⁰ RD 1620/2011 art.11.2.

posibilidad de elegir entre la readmisión o la indemnización, debiendo proceder en todo caso la indemnización sin readmisión⁹¹.

4.3 Otras relaciones laborales especiales:

Otras relaciones especiales a las que cabe aludir son las de los artistas y los deportistas profesionales.

Los artistas generalmente están sometidos a una relación laboral de carácter temporal por la propia especialidad de los servicios que prestan. De esta forma, se reconoce a los artistas el derecho a percibir una indemnización en caso de extinción de su relación laboral únicamente si la duración del contrato, incluidas las prórrogas, es superior a un año, siendo la cuantía de la misma la resultante de considerar 7 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año.⁹²

En cuanto a los deportistas profesionales, la extinción del contrato de trabajo de este tipo de empleado variará según el despido haya sido calificado como improcedente o procedente.

En caso de despido improcedente no se contempla la obligación del empresario de readmitir al trabajador, salvo que se hubiera pactado expresamente en el contrato, y el importe de la indemnización a la que tendría derecho el deportista, a falta de pacto, será determinada por la autoridad judicial, si bien la suma ascenderá “al menos, a 2 mensualidades de sus retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente de los complementos de calidad y cantidad del trabajo percibidos durante el último año, por año de servicio”.⁹³

De este modo, cabe distinguir dos supuestos distintos:

⁹¹ STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2018, recurso 525/2018.

⁹² Vid.: Se considera que la duración mínima de un año condición el nacimiento del derecho a la indemnización. Si el contrato no llega al año de duración, no cabe indemnización, aunque sea proporcional.

⁹³ Lefebvre, F., “Colectivos con especialidades”, Memento (ed.) *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Memento, Madrid, 2019, pp. 989-1002.

- Una indemnización que se percibirá de forma automática en caso de pacto en tal sentido.
- Una indemnización que se fijará judicialmente a falta de pacto y según las circunstancias concretas del deportista⁹⁴, con un mínimo de dos mensualidades de la retribución periódica más los complementos salariales.

En referencia a la calificación del despido como procedente, basado en un incumplimiento contractual grave por parte del profesional, este no tiene derecho a percibir indemnización.

5 Pactos indemnizatorios por extinción contractual: blindajes.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que el empleador y el trabajador incluyan en su contrato de trabajo una cláusula conocida como “blindaje”, por la cual las partes convienen que en caso de despido el trabajador reciba una indemnización superior a la que establece la ley.

Estas cláusulas son habituales en los contratos con personal de alta dirección⁹⁵, estando su admisibilidad recogida expresamente en el artículo 11.1 y 2 del RD 1382/1985 que regula esta relación laboral de carácter especial. De este modo, si la empresa y el directivo no han convenido una cláusula blindaje en el contrato de trabajo, se estará a la indemnización establecida legalmente, que, como hemos visto en el apartado 4.1, es muy moderada.

De cualquier forma, las citadas cláusulas pueden aplicarse a cualquier tipo de relación laboral especial u ordinaria⁹⁶, en los supuestos de desistimiento por parte del empresario, despido improcedente⁹⁷ y dimisión del directivo o empleado. Sin embargo, no cabe su aplicación en los supuestos de despido disciplinario procedente (no tiene

⁹⁴ STS 6 de febrero de 2002 , recurso 1965/2001.

⁹⁵ Vid.: STSJ de Aragón de 14 de diciembre de 2017 ha definido estas cláusulas como “una medida de persuasión o defensa, una cláusula indemnizatoria que se inserta en el contrato de trabajo adquiriendo así la condición de blindado, y que trata de reforzar la posición del trabajador frente a una resolución unilateral del contrato por parte del empresario no amparada en causa disciplinaria”.

⁹⁶ STS de 25 de septiembre de 2003, núm. 5924/2003.

⁹⁷ STS de 23 de febrero de 2018, recurso 1133/2016.

aparejado ninguna indemnización posible), despido objetivo procedente, despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (por entenderse que no se trata de una extinción por parte del empresario⁹⁸), dimisión por parte del directivo al margen de las causas previstas en el art. 10.3 RDAD (al no estar amparado por el Real-Decreto Ley) y el despido por fuerza mayor (al producirse por una razón sobrevenida no imputable a las partes). Es decir, en el caso de que en el contrato se añada una indemnización como consecuencia de alguna de las causas mencionadas, la cláusula será considerado nulo.⁹⁹

Sin embargo, por razones obvias, la aplicación de las cláusulas de blindaje se aplica, sobre todo, en las relaciones laborales con personal de alta dirección.

Es estos casos, las cláusulas tienen, por un lado, una clara finalidad indemnizatoria, con el objetivo de compensar al directivo los daños y perjuicios derivados de la extinción de la relación laboral y, por otro lado, proporcionar protección¹⁰⁰ al directivo frente a la aparente posición de inferioridad que el RDAD le reconoce.

Por esa razón, este tipo de cláusulas solo resultan admisibles cuando el trabajador ve mejorada la indemnización que contempla la ley para los supuestos de extinción del contrato, sin que sea posible que las partes acuerden una indemnización inferior a la legalmente fijada¹⁰¹. Además, el juez no puede moderar su cuantía, como ocurre en los contratos civiles que se rigen por lo dispuesto en el artículo 1154 CC¹⁰², ya que no estamos en presencia de cláusulas penales, sino de indemnizaciones laborales.

En muchas ocasiones algunas de estas cláusulas han sido cuestionadas por nuestros tribunales, como acontece con los supuestos de autocontratación¹⁰³ por parte del alto directivo, en los que es el propio directivo el que representa a la empresa en la formalización del contrato de alta dirección sin que los órganos de administración de la

⁹⁸ STS de 15 de junio de 1999, recurso 4976/1998.

⁹⁹ STSJ de Castilla y León de 29 de diciembre de 2011, recurso 1739/2011.

¹⁰⁰ TSJ de Cataluña de 14 de abril de 2010, recurso 2647/2009 / TSJ de Navarra de 25 de julio de 2001, recurso 269/2001.

¹⁰¹ TS de 22 de abril de 2014, núm. 3088/2014.

¹⁰² Vid.: El artículo 1154 dice: “El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

¹⁰³ Tomé, Carlos., “Contratos laborales con cláusulas blindaje”, Caruncho, Tomé & Judel. Obtenida el 8/05/2020 de <https://caruncho-tome-judel.es/contratos-laborales-clausulas-blindaje/>.

empresa o en su caso el empleador persona física hayan ratificado posteriormente el contrato los administradores de la empresa, o en los supuestos de carencia de facultades suficientes por parte del representante de la empresa que firma la cláusula de blindaje.¹⁰⁴

En cuanto a su cuantificación, existe libertad para fijar la indemnización pues en este caso resulta de aplicación el principio de autonomía de la voluntad. Así, es posible hacer referencia a una cantidad a tanto alzado o establecer que la indemnización se cuantificará atendiendo a los años de servicio y al salario percibido.

En ocasiones, dichas cláusulas son objeto de controversia judicial cuando puedan resultar abusivas, en cuyo caso podrían no aplicarse, bien porque resulten desproporcionadas, cuando su aplicación pueda provocar que la empresa incurra en una causa de disolución y cuando hubiera sido pactada por un consejero delegado sin informar al resto del Consejo de Administración¹⁰⁵.

6 Régimen fiscal aplicable a las indemnizaciones por extinción contractual:

6.1 Introducción.

Las indemnizaciones recibidas por los trabajadores derivadas de la extinción del contrato de trabajo están sometidas al pago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas al ser consideradas como “rendimientos del trabajo personal”.

Este concepto, previsto en el art. 7.2 LIRPF, es muy amplio e incluye todo tipo de contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no constituya un rendimiento de carácter empresarial o profesional¹⁰⁶. No obstante, como veremos, la ley declara total o parcialmente exenta de gravamen dicha contraprestación en ciertos supuestos.

¹⁰⁴ TSJ de Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2006, núm. 1292/2006 / TSJ de Cataluña de 7 de julio de 2005, núm. 5928/2005.

¹⁰⁵ TSJ Cataluña 3 de octubre de 2010, recurso 7632/2009.

¹⁰⁶ Art. 7.2.1 LIRPF.

Según este artículo 7 LIRPF, estarán exentas *“las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.”*

De este modo, para que la indemnización laboral esté exenta del pago de impuestos por el perceptor de la misma es necesario que una sentencia judicial reconozca la procedencia de su cobro o, en su caso, que la empresa y el trabajador hayan alcanzado un acuerdo que se formalice mediante una conciliación ante el SMAC o ante la autoridad judicial.

En consecuencia, como dice el citado artículo, no estarán exentas del pago de tributos las indemnizaciones que se determinen por pacto o contrato privado alcanzado entre la empresa y el trabajador.

6.2 Reforma de 2015:

El Gobierno del PP decidió promover una reforma fiscal a finales del año 2014 con la intención de practicar una rebaja en la carga fiscal que recaía sobre un elevado porcentaje de la población española. Una de las novedades fue la modificación introducida en el artículo 7 de la LIRPF en su apartado e), el cual hace referencia a diversas partidas consideradas como exentas de tributación.

Así, la ley fija en 180.000 euros el límite *de* la indemnización exenta en caso de por despido o cese¹⁰⁷ del trabajador, siguiendo la línea establecida previamente por la legislación foral navarra y vasca, siempre que la extinción se haya producido con posterioridad del 1-8-2014¹⁰⁸, salvo que la extinción se hubiese producido por razón de un ERE o un despido colectivo en el que se hubiera comunicado la apertura del período de consultas a la autoridad judicial con anterioridad a la fecha indicada¹⁰⁹, en cuyo caso no se aplicará este límite.

¹⁰⁷ Art 7.e y disp..trans.22ª LIRPF.

¹⁰⁸ Con anterioridad a la reforma, las indemnizaciones por despido solo tributaban si superaban el máximo de la legislación, siendo este 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades.

¹⁰⁹ DGT CV 16 de febrero de 2017.

Por otro lado, las indemnizaciones no exentas pueden beneficiarse del régimen relativo a las rentas irregulares, en el caso de que se hayan generado en un plazo superior a dos años o se si han obtenido de formar irregular en el tiempo. Se podrá aplicar sobre una reducción del 30%

Como aclaración, únicamente debe tenerse en cuenta a efectos del cálculo del monto indemnizatorio exento los años de servicio en la empresa en la que se produce el despido, siendo irrelevante la antigüedad correspondiente a los años de servicio en otras empresas, incluso en el caso de que exista pacto que obligue a tenerlos en cuenta. Si la indemnización excede de la cuantía, el exceso se calificará como rendimiento de trabajo sujeto, pudiendo resultar de aplicación el 30% estipulado para estos casos, siempre y cuando su periodo de generación haya sido superior a dos años.¹¹⁰ (el periodo de generación en este caso es el numero de años de servicio del trabajador – art. 18.2 LIRPF).

6.3 Despido Colectivo:

En el siguiente apartado cabe plantearse hasta qué punto la indemnización por despido colectivo se encuentra exenta de tributación, teniendo en cuenta que tal cuestión tiene una incidencia económica relevante, sobre todo cuando la empresa y el trabajador negocian la cantidad a recibir por el segundo en concepto de indemnización.

El tributo que en principio tendría que abonar el empleado en esos supuestos sería el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuya ley regula expresamente la cuestión en el artículo 7, e), que distingue varios supuestos, como ya introduje en el apartado anterior.

El que nos interesa es el regulado en el segundo párrafo del apartado e) del citado artículo 7, relativo a las indemnizaciones por despidos colectivos y a las producidas por las causas objetivas contempladas en el apartado c) del artículo 52 ET.

El artículo en cuestión dice así: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 ET, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado Estatuto, siempre que, en ambos casos, se deban a causas*

¹¹⁰ DGT CV 8 de febrero de 2016.

económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.”

En este caso nos interesa el concerniente al ya explicado despido colectivo, que tiene aparejada una indemnización de 20 días de salario por año de servicio requiriendo unos umbrales de trabajadores mínimos mencionados en la ley, así como el requisito de un Expediente de Regulación de Empleo.

Sin embargo, aunque el artículo del ET fije esa cantidad mínima, la ley no prohíbe que tras la celebración del período de consultas, requisito imprescindible, se alcance un acuerdo que mejore esa indemnización inicial.

Pues bien, ese acuerdo de indemnización mejorado sí estará libre de impuesto si la cuantía de la indemnización no supera el equivalente de 33 días por año de servicio (indemnización prevista para el despido improcedente), con la excepción del límite fijado de 180.000 euros.

Como ya expliqué, si un despido es impugnado judicialmente por el trabajador y una sentencia del Juzgado de lo Social lo considera como improcedente, la indemnización estará íntegramente libre de impuestos salvo que supere el umbral de 180.000 euros, quedando ese exceso sometido a tributación por el IRPF.

Pero teniendo en cuenta esta regla general, existen otros casos en que el despido puede ser calificado como improcedente, mediante el propio reconocimiento de la propia empresa.

Dependiendo de cómo y cuándo se produzca ese reconocimiento de la improcedencia, la indemnización estará o no exenta de impuestos¹¹¹:

- Si la empresa reconoce la improcedencia en la misma carta de despido, en ese caso la indemnización quedará íntegramente sometida al IRPF, debiendo ésta practicar una retención sobre el importe de la misma. Si el trabajador no está conforme con el despido, podrá impugnarlo.

¹¹¹ Marbena Abogados, “indemnización por despido libre de impuestos” (disponible en <https://www.marbenabogados.com/que-son-las-enfermedades-profesionales/>).

- Si la empresa reconoce la improcedencia del despido en el acto de conciliación administrativa (obligada fase previa a la vía judicial) con pacto entre partes. En este caso, la indemnización estará libre de impuestos, salvo el exceso que superase el límite de 180.000 euros, que tributará al 30%.
- Si la empresa reconoce el despido improcedente en un acto de conciliación judicial (previo al acto de juicio) con acuerdo de las partes, la indemnización estará íntegramente exenta de tributar, salvo el importe que exceda el límite de 180.000 Euros.

6.4 Pactos indemnizatorios y fiscalidad de las indemnizaciones pactadas:

Uno de los casos que más relevancia está teniendo en nuestro ordenamiento laboral son los conocidos como falsos despidos improcedentes. El Ministerio de Hacienda está llevando un control exhaustivo de estas prácticas que han sido consideradas como ilegales por varias sentencias, estableciendo una jurisprudencia uniforme sobre el asunto, provocando que las indemnizaciones deban tributar en nuestro sistema fiscal.

Antes de centrarnos en el asunto, es necesario mencionar el artículo 7, letra e) de la Ley del IRPF, que dice lo siguiente:

Estarán exentas «las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato».

Este artículo del texto legal es la principal razón legal en el que se amparan los tribunales nacionales para determinar las causas por las que no están de acuerdo con aquellas empresas demandantes que consideraban que el despido si revestía carácter improcedente y no de pacto entre las partes.

El acto de conciliación laboral es el paso previo a una demanda judicial en el que ambas partes tienen el objetivo común de llegar a un acuerdo sobre las condiciones de la extinción de la relación laboral. Por lo tanto, esto no quiere decir que todos los acuerdos

entre empresarios y trabajadores relativos a la indemnización de los despidos improcedentes correspondientes tengan que tributar, sino solo aquellos en los que el SMAC no determine su improcedencia. Es decir, los acuerdos privados sin una parte neutra, en este caso el SMAC, deberán tributar a Hacienda. Aun así, el tribunal entiende que, aunque la empresa reconozca la calificación del despido como improcedente (por motivos estratégicos, económicos...) en el SMAC, no es posible la aplicación de la exención estipulada en la LIRPF ya que estamos ante un supuesto de acuerdo entre empresa y trabajador y no de un auténtico despido.

Para poder entender mejor el problema y contextualizarlo de la mejor manera posible, a continuación, explico un ejemplo paradigmático de lo que estaba siendo una práctica muy habitual en nuestro mercado laboral.

Una empresa incurre en dificultades, ya sean económicas, técnicas, de producción u organizativas y se plantea una reducción de plantilla, la cual pretenden que afecte a sus empleados más mayores, normalmente trabajadores que se encuentran cerca de la edad de jubilación. A continuación, se llega un acuerdo entre empresario y empleado (o con sus representaciones legales) sobre las condiciones de la extinción laboral, y, a cambio de no ir a juicio, se determina una indemnización superior al despido objetivo pero inferior al despido improcedente. Esto tiene como finalidad primordial la no tributación de la indemnización, por lo que el despido reviste la forma de improcedente, aunque en realidad sea un acuerdo entre las partes.

En cuanto a los indicios que llevan a la conclusión por parte de nuestro organismo tributario de que se trata de un acuerdo entre las partes y no de un despido improcedente, estos han sido citados por la Audiencia Nacional¹¹² y pueden ser resumidos de la siguiente manera según la sentencia de 2019, que resuelve un recurso planteado contra una resolución del TEAC:

- Edad de los trabajadores comprendida entre los 62 y 68 años en el momento en el que se produce el supuesto “despido”.
- La aceptación de una indemnización menor a la establecida en el supuesto de un despido improcedente.

¹¹² SAN del 7 de julio de 2019, núm 2869/2019.

- La fijación de las cuantías de las indemnizaciones de los trabajadores está basada en el tiempo que a los mismos les faltaba para alcanzar la edad de su teórica jubilación y no en los años de servicio prestados a la empresa.
- La rapidez del proceso de comunicación despido-cobro de la indemnización y la ausencia de explicaciones sobre la causa de despido.
- La percepción, tras el teórico despido, de la prestación por desempleo y, de la pensión por jubilación anticipada (con anterioridad a cumplir los 65 años).
- El beneficio del acuerdo para ambas partes (trabajadores y empresa) ya que para los primeros el total percibido (indemnización, subsidio de paro y prestación de jubilación) fue superior a lo que habrían percibido hasta los 65 años de haber continuado en la empresa; y para la empresa porque con el proceso tuvo unos gastos inferiores que si los trabajadores pudieran seguir en la empresa hasta los 65 años.¹¹³
- La no interposición por los trabajadores despedidos de demanda alguna ante la jurisdicción laboral.

Así pues, las circunstancias concretas del caso determinarán si las cantidades abonadas a los trabajadores en concepto de indemnización por despido están sujetas o no a tributación, permitiendo que la AEAT tenga la opción de revisar, comprobar y reclamar la tributación de todas las indemnizaciones que no han sido sujetas al pago del impuesto en los últimos 4 años.

7 Posibles Reformas del marco actual: propuestas de sistemas indemnizatorios alternativos: el régimen indemnizatorio de propuestas de contrato único, la mochila austriaca, el fondo de capitalización del despido.

Desde hace varios años, en España se viene debatiendo la posibilidad de buscar alternativas que sustituyan o modifiquen el sistema de indemnización previsto en nuestro ordenamiento jurídico, existiendo cierta unanimidad en lo que respecta a los requisitos o

¹¹³ “Despido pactados, despidos sujetos al IRPF”, Benayas Asesores, 2020.

condiciones que en todo caso deberían cumplir dichos sistemas para servir como alternativa al actual vigente.

Así, la medida adoptada deberá ser coherente con lo establecido en el ordenamiento jurídico, es decir, conforme a la norma jurídica; debe tener como único objetivo una mejora del modelo actual y, por último, debe ser viable políticamente, siendo necesario que la indemnización pretendida o el modelo no cambie drásticamente el modelo actual de nuestro ordenamiento laboral.

7.1 El llamado “contrato único”.

El sistema de contrato único tiene como finalidad combatir la alta contratación temporal existente en nuestro país (siendo esta tasa la más alta de Europa¹¹⁴), que tiene una de sus causas en las distintas indemnizaciones que la ley contempla para el contrato indefinido y el temporal, lo que provoca que las empresas recurran masivamente a esta modalidad de contrato. Es decir, se emplea a personal temporal en empresas que realmente necesitan personal indefinido.

El sistema ha sido defendido históricamente por algunos partidos políticos, que sostienen que deben desaparecer los distintos contratos de trabajo y establecer una única modalidad de contratación.

Sin embargo, el problema principal de este procedimiento de contratación única radica en que refundir ambas contrataciones, la temporal y la indefinida, en un mismo modelo puede provocar la desaparición de la causalidad contractual que caracteriza nuestro sistema laboral y ampliar las causas legales que amparen los despidos procedentes.

Puede ser cierto que este modelo podría acabar con uno de los problemas más relevantes de nuestra economía, como es la contratación temporal fraudulenta, pero es un hecho innegable que las empresas siguen necesitadas de esta forma de contratación y no parece posible prescindir de la misma, dada su singularidad y la necesidad de que esté

¹¹⁴ Según datos de la oficina de estadística comunitaria España tiene un 26,9% de empleo temporal – datos de mayo 2019.

amparada por una regulación específica, distinta de la prevista para la contratación indefinida.

Resulta notorio que la demanda de trabajo se incrementa en ciertas épocas y las empresas precisan personal para cubrir periodos temporales concretos del año o para ejecutar una obra o prestar un servicio puntual. La estacionalidad o la contratación puntual -en ocasiones para un solo día- no pueden estar sometidos a la misma regulación que ampara la contratación de trabajadores indefinidos, porque en tal caso el sistema se distorsionaría y seguramente resultaría ineficiente para ambas modalidades de contratación.

Tal vez tenga más sentido que el sistema se limite a la máxima equiparación de las indemnizaciones posible entre ambos tipos de contratación, pero difícilmente la solución puede pasar por aprobar una modalidad contractual única que en definitiva va a tener como fin regular diversas modalidades de contratación con objetivos y sensibilidades bien distintas, tanto para el trabajador como para la empresa.

7.2 La llamada “mochila austríaca”.

El sistema de la mochila austríaca, como señala Souto¹¹⁵, consiste en la creación de un fondo de capitalización que cada trabajador irá acumulando mensualmente gracias a las aportaciones que la empresa en la que trabaja irá realizando a ese fondo.

Este modelo, que fue implantado en Austria por primera vez en el año 2003 y que desde hace años se estudia en España¹¹⁶ como un posible modelo a aplicar, consiste en que las empresas aporten cada mes o cada cierto tiempo (depende de las variables

¹¹⁵ Profesora del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad Autónoma de Barcelona.

¹¹⁶ Vid: el primero en pensar en su implantación en España fue Zapatero en el año 2010 junto a su ministro de trabajo Valeriano Gómez, bajo la fórmula de un fondo de capitalización del despido, llegando a la conclusión de que el coste de transición a este sistema sería inviable sin antes una reducción de las indemnizaciones legales, muy elevadas en aquel momento. Se establecía además que FOGASA sería la institución encargada del régimen transitorio entre el sistema actual y el fondo. Los expertos retrataron su idea de que su implantación “no debería llevarse a cabo hasta que la economía española mejore suficientemente”. – Gimeno, Díaz de Atauri, P., “El fondo de capitalización del despido y su incidencia en el sistema de pensiones”, *Temas Laborales*, n. 112/2011. Pp. 337-364.

introducidas¹¹⁷) una cantidad a una cuenta de ahorro vinculada a cada uno de sus trabajadores para que estos puedan disponer de la misma una vez que se produzca el despido. Este sistema permite que el asalariado sea titular de un saldo acumulado a lo largo de su vida laboral que no se modifica ni se extingue, aunque se produzca un cambio de empresa de manera voluntaria, siendo disponible solamente en caso de despido.

Por otra parte, el trabajador no tiene por qué disponer del fondo tras su despido, teniendo la opción de posponer su utilización hasta su jubilación para que se sume a su pensión o plan de jubilación futuro, como si se tratase de un plan de pensiones.

El principal objetivo del posible traslado de dicho sistema a nuestro país residiría en su contribución a la reducción de la segmentación laboral y al posible impulso de la contratación indefinida, ya que la tasa de contratos temporales en España es muy alta, como ya comenté en el apartado anterior.

De cualquier forma, su posible implantación en nuestro país es complicada y tal vez no esté exenta de consecuencias negativas, como han venido argumentando los sindicatos y la doctrina mayoritaria.

En primer lugar y tal y como ha sido criticado por diferentes instituciones, este sistema no reduciría la dualidad temporal, debido a que su principal novedad es el cambio en la cuantificación de las indemnizaciones por despido, sin hacer frente al principal problema de los contratos temporales en España, que es la contratación más afectada por el fraude de ley. Por otra parte, podría provocar un aumento de la rotación laboral, ya que el coste del despido perdería todo su carácter disuasorio, provocando un aumento del recurso al despido¹¹⁸. Tal y como explica el servicio de estudios de la UGT: *“Hay que tener en cuenta que, en España, en los últimos años, (de 2008 a 2018, ambos incluidos) se han realizado 6,7 millones de despidos de contratos indefinidos (612.000 de media al año). Eso supone el equivalente al 40% de los contratos indefinidos que se firman cada año. Y que la rotación de estos contratos ha 5 5 aumentado: en 2009, para crear un*

¹¹⁷ En Austria las empresas abonan todos los meses una aportación al fondo a nombre del trabajador equivalente al 1,53% del salario bruto, es decir, aproximadamente 5,5 días de salario al año.

¹¹⁸ Servicio de estudios de la confederación de la UGT, “la mochila austriaca, qué es y qué efectos tiene”. (disponible en https://www.ugt.es/sites/default/files/la_mochila_austriaca.pdf).

empleo estable se necesitaban 1,1 contratos de carácter indefinido; en 2018 se necesitan 1,6. Todo esto con unas indemnizaciones por despido superiores a las que se derivaría de la implantación del sistema austriaco, y con las supuestas dificultades financieras que deben soportar las empresas en el momento de los despidos, al tener que desembolsar los importes de las mismas de manera inmediata.”

Por otra parte, la singularidad de España en lo que respecta a la precariedad del empleo permite aventurar que la mayoría de los trabajadores dispondrían de las mochilas en el momento en que son despedidos, lo que podría alterar gravemente el funcionamiento del sistema. Además, hay que tener en cuenta que este modelo obliga a las empresas a incurrir en gastos relacionados con el monto indemnizatorio de su empleado desde el primer mes de su contratación, debiendo adelantar los fondos de un eventual despido desde el primer momento, lo que podría afectar a su solvencia y a sus niveles de tesorería.

En la legislatura anterior y en el marco de las últimas elecciones se han vuelto a plantear propuestas.

Una posible alternativa a este sistema podría ser su implantación de forma parcial, propuesta que ha sido debatida por el PSOE y Ciudadanos en el año 2016, de forma que se constituiría un fondo que se haría cargo del pago de 8 días de salario por año, siendo el resto abonado por la empresa si tomase la decisión de resolver la relación laboral con su trabajador.

Por otro lado, la vicepresidenta y ministra de Asuntos Económicos Nadia Calviño junto a su partido político (PSOE) tienen la intención de la implantación de este fondo de capitalización en nuestro ordenamiento laboral teniendo en cuenta que su tiempo de instauración sería de manera gradual, ya que sería necesario un cambio de los sistemas de recaudación y de las retenciones, así como la desaparición, total o parcial, de las indemnizaciones por despido. Las intenciones de la ministra son reforzar todo lo posible el sistema de pensiones y la mochila austriaca permite hacerlo de manera complementaria, permitiendo posponer el uso del fondo por parte del trabajador hasta su jubilación. Sin embargo, esto es simplemente una opción que necesitará de la aprobación del Congreso, así como de los expertos designados, acontecimiento que parece improbable, sobre todo con la situación de crisis económica que actualmente nos asola.

8 CONCLUSIONES

En definitiva, el régimen actual de las indemnizaciones por despido tiene como finalidad resarcir al trabajador con una cantidad de dinero tasada e indisponible para intentar paliar la pérdida de empleo por parte del mismo, siendo esta la razón por la que decimos que tiene carácter resarcitorio.

El abono de la indemnización constituye un requisito imprescindible e inamovible para la legalidad del despido, haciendo que su omisión provoque la improcedencia automática del despido, teniendo en cuenta que solo se podrá evitar su pago en el caso de que la empresa incurra en falta de liquidez, tras la última fase del concurso de acreedores correspondiente.

Además, es un derecho irrenunciable por parte del asalariado, por lo que no podrá declinarlo una vez firme el contrato de trabajo que lo une a la empresa. El plazo para su reclamación no puede ser superior a los 20 días fijados en el texto laboral, por lo que solo en el caso de que transcurra ese plazo el empleador se verá liberado de la obligación de las cantidades.

El régimen indemnizatorio español es actualmente uno de los más gravosos y caros de entre los países más desarrollados de Europa, contribuyendo a que España sea uno de los mercados laborales menos flexibles de la Unión Europea. Por ejemplo, aquellos trabajadores con una antigüedad superior a 10 años en la empresa que finaliza su relación laboral tendrán derecho a una indemnización que llega a las 30 semanas de salario, siendo superior a países como Alemania (21,7 semanas), Portugal (14 semanas), Francia (8,7 semanas) o Reino Unido (7 semanas).

Esta es una de las claves para entender la elevada contratación temporal existente en nuestro país, que se sitúa por encima del 25%, debido a que las empresas prefieren contratar empleados a partir de este tipo de contratos en los cuales el régimen indemnizatorio es menor, incluso de forma fraudulenta en numerosos casos.

9 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Legislación

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 158 ratificado el 22 de junio de 1982.
- Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.
- Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.
- Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos.
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.
- Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.
- Directiva de la UE 98/59/CE, de 20 de julio de 1998.
- Directiva de la UE 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado el 24 de junio de 1970 relativo a las vacaciones anuales pagadas.

2. Jurisprudencia

2.1. Tribunal Constitucional

- Auto del Tribunal Constitucional 34/2015 de 17 de febrero de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 983-2014.
- Auto del Tribunal Constitucional 43/2014 de 12 de febrero de 2014. Cuestión de inconstitucionalidad 3801-2013.

2.2. Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de diciembre de 1999, recurso 520/90.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de febrero de 2015, núm. 34/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2017, núm 768/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2012, recurso 2724/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 9 de enero de 2019, núm 377/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, recurso 47/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1993, núm. 654.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2017, núm. 2074/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2010, núm 84373.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid de 9 de septiembre de 1999, recurso 1884/1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de septiembre de 2018, núm. 873/2016
- Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de febrero de 2019, núm. 127/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1988, recurso 34/1988.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2008, recurso 2639/2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014, recurso 743/2013
- Sentencia del tribunal Supremo del 3 de junio de 2008, recurso 2532/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018, núm. 438/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2011, recurso 3756/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1988, núm. 659.
- Sentencia del Tribunal Supremo 16 marzo de 1999, recurso 2052/1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001, recurso 2346/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016, recurso 1423/2014.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2017, recurso 113/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2016, recurso 2920/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2016, recurso 310/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2014, núm. 3088/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003, núm. 5924/2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2002, recurso 1965/2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2009, núm. 2969/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011, núm. 6541/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1999, recurso 1972/1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2018, recurso 1017/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo 16 marzo de 1999, recurso 2052/1998.

2.3. Audiencia Nacional

- Sentencia de la Audiencia Nacional del 7 de julio de 2019, núm. 2869/2019.
- Sentencia de la Audiencia Nacional del 6 de febrero de 2019, núm. 136/2019.

2.4. Tribunales Superiores de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) del 10 de noviembre de 2015, núm. 2779/2015.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de febrero de 2010, núm. 777/2010.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de marzo de 2007, recurso 5411/2006.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de junio de 2000, núm. 2415/2000.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de febrero de 2000, núm 119/2000.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de julio de 2002, núm. 11/2002.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de mayo de 2005, recurso 2015/1999.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Málaga (Andalucía) de 19 de octubre de 2019, recurso 550/2019.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de diciembre de 2004, recurso 4441/2004.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de julio de 2010, recurso 320/2010
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 24 de junio de 2014, recurso 501/2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de julio de 2000, recurso 3738/2000.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de enero de 2001, núm. 376/2001.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 14 de noviembre de 2005, recurso 547/2005.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 9 de mayo de 2002, recurso 334/2002.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha 21 de junio de 2018, núm. 883/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de País Vasco del 3 de mayo de 2017, recurso 788/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 10 de enero de 2002, núm. 45/2002.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1 de marzo de 2006, recurso 7685/2005.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en 2017, núm. 699/2017
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de abril de 2010, recurso 2647/2009.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de noviembre de 2018, recurso 525/2018
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2006, núm. 1292/2006.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de julio de 2005, núm. 5928/2005.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 25 de julio de 2001, recurso 269/2001.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña 3 de octubre de 2010, recurso 7632/2009.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 11 de abril de 2019, recurso 356/2019.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 7 de abril de 2017, recurso 499/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de enero de 2005, recurso 743/2004
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 29 de diciembre de 2011, recurso 1739/2011.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de octubre de 2015 núm. 8927/2015.

2.5. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14).

3. Obras doctrinales

3.1. Libros y revistas

- Lefebvre, F., “Régimen fiscal”, Memento (ed.) *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Memento, Madrid, 2019, pp. 1045-1105.
- Rincón, Sánchez, C., “Los cálculos a efectuar en un despido” de CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS (Ed.), *Despidos: una forma distinta y práctica de estudiarlos*, CEF, Madrid, 2019, pp.117-158.
- Martín Moral, I. “*El despido: aspectos sustantivos y procesales*” en VV. AA, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 643.
- Castro Conte, M. “*el sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*”, Dykinson, Madrid , 2007, pág. 90
- Martín Moral, I. “*El despido: aspectos sustantivos y procesales*” en VV. AA, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 645.
- Iglesias Cabero, M., “Nuevas fórmulas de comprensión de trabajo: referencia a las stock options”, *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*, n. 38, 1998 ,pp. 123-142.

- Gómez-Abelleira, F., “La retribución variable: una clave esencial en la gestión empresarial”, *Revista Derecho social y Empresa*, n. 5, 2016, pág. 114.
- Lefebvre, F., “Otras formas de extinción- contratos temporales”, Memento (ed.) *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Memento, Madrid, 2019, pp. 691-740.
- Rincón, Sánchez, C., “Los cálculos a efectuar en un despido” de CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS (Ed.), *Despidos: una forma distinta y práctica de estudiarlos*, CEF, Madrid, 2019, pp.117-158.
- Lefebvre, F., “Colectivos con especialidades – empleados del hogar”, Memento (ed.) *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Memento, Madrid, 2019, pp. 1003-1010.
- Lefebvre, F., “Colectivos con especialidades”, Memento (ed.) *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Memento, Madrid, 2019, pp. 989-1002.
- Gimeno, Díaz de Atauri, P., “El fondo de capitalización del despido y su incidencia en el sistema de pensiones”, *Temas Laborales*, n. 112/2011. Pp. 337-364.

3.2. Referencias de internet

- Llompart Bennassar, M., “Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente”, *Temas laborales*, Dialnet, Andalucía, 2016, pp. 167-192.
- Martín del Pozo, C., “las polémicas stock options de Telefónica obligan al Gobierno a endurecer su fiscalidad”, *El País*, 6 de noviembre de 1999. Disponible en https://elpais.com/diario/1999/11/06/economia/941842817_850215.html ; última consulta 23/03/2020.
- De La Puebla Pinilla, A., “Stock-options e indemnización por despido: problemas prácticos y soluciones judiciales”, T.L. núm. 101/2009, pág. 58.
- De la Puebla Pinilla, A., “stock options e indemnización por despido: problemas prácticos y soluciones judiciales”, núm. 101/2009, pág. 59.
- Tomé, Carlos., “Contratos laborales con cláusulas blindaje”, Caruncho, Tomé & Judel. Obtenida el 8/05/2020 de <https://caruncho-tome-judel.es/contratos-laborales-clausulas-blindaje/>.

- Marbena Abogados, “indemnización por despido libre de impuestos” (disponible en <https://www.marbenabogados.com/que-son-las-enfermedades-profesionales/>).
- “Despido pactados, despidos sujetos al IRPF” , Benayas Asesores, 2020. Disponible en <https://www.benayasasesores.es/despidos-pactados-irpf/>.
- Servicio de estudios de la confederación de la UGT, “la mochila austríaca, qué es y qué efectos tiene”. (disponible en https://www.ugt.es/sites/default/files/la_mochila_austriaca.pdf).

3.3. Otros

- Consultas de la Dirección General de Tributos (23 de junio de 2015) .
- Consultas de la Dirección General de Tributos (10 de agosto de 2017).
- Consultas de la Dirección General de Tributos (16 de febrero de 2017).
- Consultas de la Dirección General de Tributos (8 de febrero de 2016).

