

Edita: Unión Sindical Obrera de Madrid. Boletín JURÍDICO quincenal

· C/ Vallehermoso, 78, 3º · 28015 Madrid · Telf.: + 34 91 598 63 30 · Fax: + 34 91 534 62 41

· www.uso-madrid.es · Facebook: USO-Madrid Oficial · Twitter: @USO_madrid

Contratos concertados con anterioridad al 12/02/2012: Indemnización por despido. Tope máximo art. 56.1 ET D.T. en relación con la Disposición Transitoria Undécima del Estatuto de los Trabajadores.

Estimados compañeros/as y afiliados/as. En este artículo en este artículo, vamos a hablaros de la aplicación del tope de la indemnización por despido improcedente en los contratos celebrados antes del 12 de febrero de 2012 establecido en la Disposición Transitoria Quinta del ET, por las discrepancias existentes en cuanto a dicho cálculo por las sentencias que a continuación os exponemos.

Recientemente se ha publicado las sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 18 de febrero de 2016, de las cuales hacemos referencia.

El [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, recoge en su disposición transitoria undécima lo dispuesto en la derogada disposición transitoria quinta de la ley 2/2012, que para el cálculo de la indemnización de los contratos celebrados antes del 12 de febrero de 2012, establece lo siguiente: Disposición transitoria undécima. Indemnizaciones por despido improcedente.

1. La indemnización por despido prevista en el artículo 56.1 será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012.
2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará

este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso.

3. A efectos de indemnización por extinción por causas objetivas, los contratos de fomento de la contratación indefinida celebrados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 continuarán rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron. En caso de despido disciplinario, la indemnización por despido improcedente se calculará conforme a lo dispuesto en el apartado 2. 2.

Al día de la fecha tenemos dos pronunciamientos judiciales distintos respecto de cómo debe aplicarse el tope de los 720 días, si por tramos de indemnización (45/33) o a la indemnización en su conjunto, de manera que en cuanto se alcancen los 720 días deja de devengarse indemnización.

Según esta segunda interpretación, si al hacer el cálculo del primer tramo (45 días por año hasta el 12/2/2012), ya se alcanzan los 720 días, no procedería más indemnización, por haber llegado esta a su tope, mientras que si se hace por tramos, se aplicaría el tope al primer tramo y se iría a calcular el importe del segundo (33 días por año desde el 12/2/2012). Si ese segundo tramo no llega a sumar 720 días de salario, se devengaría y cobraría íntegro por el trabajador.

El primero de los planteamientos lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014, recurso nº 3065/2013, ponente Excm. Sra.

D.^ª Milagros Calvo Ibarlucea, que opta por calcular la indemnización diferenciando la extensión de los períodos antes y después de la reforma operada por el [Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero](#). **Por ello toma un primer tramo hasta el 11 de febrero de 2012 para comprobar si la antigüedad alcanzada hasta esa fecha supera los 720 días. En caso afirmativo, se debe acceder al límite de 42 mensualidades.**

En cambio, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco de 29 de septiembre de 2015, recurso nº 1421/2015, ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Pablo Sesma de Luis, dictada justo un año después de la sentencia del Tribunal Supremo (TS) **considera que superado el límite de los 720 días de salario y aplicando por tanto la indemnización resultante de la antigüedad hasta el 12 de febrero de 2012 (a razón de 45 días de salario por año), no habría de reconocerse indemnización alguna generada después de aquella fecha (a razón de 33 días de salario por año).** Contiene, por tanto, una interpretación indudablemente contraria a la sostenida por el alto tribunal, cuya sentencia de 29 de septiembre de 2014 toma en consideración de manera expresa para llegar a una conclusión diversa a la del TS, como decimos, y para ello argumenta en primer lugar, la claridad del precepto, del que se infiere, sin dificultad y margen de duda razonable, que si la liquidación de los años trabajados antes del 12 de febrero de 2012, a razón de 45 días por cada año de servicio, arroja un resultado superior a 720 días, es esta última cifra la que opera como límite máximo para establecer el importe de la compensación económica por el despido improcedente, sin que a tales efectos se pueda considerar el período trabajado después del 12 de febrero de 2012.

Es cierto que en el inciso final de la norma, al hacerse referencia al tope de las 42 mensualidades, se añade la apostilla "en ningún caso", pero ello no puede inducir a confusión alguna, pues tal previsión afecta exclusivamente a la indemnización correspondiente al primer tramo. En efecto, la norma no configura las 42 mensualidades como un tope absoluto, común a ambos tramos, de forma que a los días a indemnizar por el inicial, aunque superen los 720, se les puedan adicionar los del segundo, sino como un límite relativo, que opera respecto de la primera etapa.

En segundo lugar, se refiere a la intención de la norma. Para el TSJ el propósito que persigue la disposición transitoria a estudio es garantizar a los trabaja-

dores contratados antes de la entrada en vigor de la reforma del régimen indemnizatorio del despido improcedente que, de ser víctimas de un cese injustificado, la compensación a percibir no va a ser inferior a la que les correspondería si su contrato se hubiese extinguido antes del 12 de febrero de 2012, y no el de atribuirles más derechos de los que les corresponden por mor de lo que la norma intertemporal establece, comprendidas las limitaciones que fija. Esta última sentencia no es la única que difiere de la del Tribunal Supremo, pero sí la que mejor representa la discrepancia en cuanto a la interpretación de la disposición transitoria quinta del ET.

El TS considera que superado el límite de los 720 días de salario y aplicando la indemnización resultante de la antigüedad hasta el 12 de febrero de 2012, no habría de reconocerse indemnización alguna generada después de aquella fecha.

En este sentido, puede verse también la STSJ Extremadura de 30 de junio de 2015, recurso nº 118/2015. Por último, queremos destacar que la sentencia del País Vasco ha sido recurrida en casación para la unificación de doctrina, por lo que estamos a la espera de que el Tribunal Supremo se vuelva a pronunciar al respecto haciendo explícitos esta vez los motivos jurídicos de su decisión, ya que la fundamentación de la sentencia de 29 de septiembre de 2014 es más bien escasa, como se puede comprobar en la lectura de la misma.

La sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2016, recurso nº 1624/2014, ponente: Excm. Sra. D.^ª María Luisa Segoviano Astaburuaga que resuelve sobre la consideración como despido improcedente del cese de la trabajadora por cumplimiento de la edad de 70 años, establece en cuanto a la aplicación de los topes a la indemnización de despido que el importe indemnizatorio por el pe-

riodo de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a cuarenta y dos mensualidades en ningún caso, con independencia de que posteriormente se hayan prestado servicios.

La sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo 18 de febrero de 2016, recurso nº 3257/2014, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro, se pronuncia sobre el modo de hallar el importe indemnizatorio cuando entran en juego las previsiones transitorias respecto de contrataciones anteriores a 2012 aunque no como consecuencia del recurso de la sentencia del TSJ del País Vasco mencionada anteriormente, la cual sigue pendiente de resolución. En su fundamento de derecho tercero, el propio Tribunal considera necesario clarificar su doctrina precisando el alcance que considera adecuado a la Disposición Transitoria Quinta, que es el siguiente:

- a) La Disposición Transitoria solo se aplica en los supuestos en que el contrato se ha celebrado con anterioridad al 12 de febrero de 2012; la fecha inicial de cómputo, en supuestos (como el presente) de unidad esencial del vínculo es claro que se retrotrae hasta el inicio del período computable.
- b) Cuando, por aplicación de este precepto, se toman en cuenta períodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012 “el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario”.
- c) De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el período anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior.
- d) En sentido contrario, la norma implica que si por el período de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad.
- e) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.
- f) Quienes a 12 de febrero de 2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el período posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos.
- g) El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de ser-

vicio, “prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año” en los dos supuestos. Por lo que parece que sin decirlo así expresamente el Tribunal Supremo ha cambiado, de momento, su doctrina respecto de la sentencia de 29 de septiembre de 2014 para alinearse con la tesis de la STJ del País Vasco de 29 de septiembre de 2015.

**Francisco José
Malfeito Natividad**
Director Asesoría
Jurídica
USO-Madrid
(en excedencia)

