

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS MATERIAS

EL CALCULO DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO IMPROCEDENTE
(DIA DE SALARIO Y JORNADA REDUCIDA) (STCT de 11-XII-1981)

I. El supuesto de hecho al que se refiere esta sentencia arranca de un despido que afecta a una trabajadora que en el momento en que el acto extintivo tiene lugar lleva quince días con su jornada laboral reducida en un tercio debido a la guarda de dos hijos menores (se supone que menores de seis años). Se dicta sentencia por Magistratura de Trabajo el 26 de junio de 1980, declarando dicho despido improcedente, y se condena a la empresa demandada «a que readmita a la trabajadora en idénticas condiciones y puesto de trabajo, o a que la indemnice en la cantidad de 810.000 pesetas», así como al abono de los salarios de tramitación.

Se interpone recurso de suplicación por la trabajadora despedida y destacan particularmente dos de los motivos en que se articula. El primero de ellos (centrado, como el segundo a que haremos referencia, en el método de cálculo de los salarios a efectos de la indemnización por despido) ataca la actitud de la sentencia de instancia, que para esta finalidad se basó en el salario que efectivamente percibía la trabajadora en el momento en que tuvo lugar el acto extintivo, es decir, un salario que debido a la reducción de jornada estaba disminuido en un tercio respecto del que cobraba habitualmente —respecto del que había cobrado tan sólo quince días antes—. La actora pretende básicamente que el cálculo de la indemnización tenga lugar sobre la cantidad íntegra del salario, sin tener en cuenta tal reducción. Este primer motivo es rotundamente rechazado por el TCT en su sentencia, alegando que «tomar como base de cálculo el salario devengado en el momento del despido y no otro de época anterior es una forma de cumplir el mandato legal tan inveterada como indiscutible», puesto que emplear para dicho cálculo el módulo del salario percibido en una época anterior «llevaría a proyectar sobre esta cuestión una incertidumbre atentatoria contra la seguridad jurídica». De esta forma, aunque reconociendo como «comprensibles los razonamientos del recurso formulados en

base a destacar la valoración del puesto de trabajo como fundamento de la indemnización», concluye el TCT afirmando que «si un trabajador acepta el salario reducido que es inherente a la reducción de jornada que él solicitó, debe ser consciente de que esa aceptación lleva consigo el riesgo de que un cese futuro pueda producirse estando vigente tal devengo con su cuantía reducida y sea ésta, pues, la determinante del *quantum* indemnizatorio».

Junto con este motivo se propone otro adicional, igualmente rechazado por el TCT. En concreto, pretendía la recurrente —que anualmente percibía cuatro pagas extraordinarias— que el importe de las cuatro pagas anuales fuera también tenido en cuenta a efectos de cálculo de la indemnización por despido. Conviene citar íntegramente la argumentación del TCT por lo que supone de innovación de los criterios que anteriormente mantuvieron los Tribunales sobre la materia controvertida: «Es doctrina interpretativa del precepto en cuestión (sentencias de esta Sala dictadas, entre otras, el 13 y el 30 de noviembre de este año) que la locución de 'cuarenta y cinco días de salario' debe entenderse referida, sin que a ello obste la indudable naturaleza salarial de las pagas extraordinarias, al producto de multiplicar por 45 la suma constitutiva de cada uno de los 30 jornales diarios que integran el mensual y no al producto de multiplicar esos mismos cuarenta y cinco días por el cociente de dividir entre 365 la suma de todos los salarios diarios, semanales o mensuales, incrementados con las pagas extras.»

II. Este último tema, sin duda alguna, es el que mayor trascendencia práctica podría tener, de generalizarse esta doctrina. Sin embargo, también el primero de los motivos plantea un problema de interés que merece ser analizado. Este problema ha sido poco estudiado, pese a que la institución de la reducción de jornada por guarda legal de un menor o un minusválido se creó por la LRL (art. 25.6), y ha sido recogida luego por el artículo 37.5 del ET. La doctrina que la ha estudiado se encuentra dividida respecto a su naturaleza. La mayoría de la doctrina examina el supuesto como una modalidad de jornada reducida —«reducción por norma» es la denominación que recibe para Alonso Olea (1)— a situar en un entorno variado que comprende tanto las jornadas «reducidas» previstas en la Ley de Jornada Máxima, como la «jornada reducida» de verano, o la de la madre lactante, y a su vez, se contraponen a las modalidades de jornada reducida «por contrato», de la que es manifestación el contrato de trabajo a tiempo parcial que, pese a su regulación (artículo 12 del ET) entre las «modalidades del contrato de trabajo», no se entiende por este autor sino como «un contrato con pacto de jornada reducida». Posición similar es la que mantiene Montoya Melgar (2), según quien «supuesto distinto del jornada 'reducida' en atención a las condiciones de dureza o peligrosidad del trabajo es el de la posibilidad de acortar la jornada, con la con-

(1) ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., Madrid, 1981, pág. 185.

(2) MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1981, pág. 312.

siguiente disminución salarial, con el fin de que el trabajador pueda proveer a ciertas atenciones familiares», encajando esta modalidad dentro del epígrafe «Regímenes especiales de jornada de trabajo», también al lado del contrato a tiempo parcial. En la misma línea, como tipo especial de jornada reducida calificaban Bayón Chacón y Pérez Botija (3) el supuesto que integraba el artículo 25.6 de la LRL, como hemos visto, antecedente directo del artículo 37.5 del ET.

En cambio, para Borrajo, seguido por Alonso Ligeró (4), este caso no sería sino «la realización de un trabajo a tiempo parcial de los regulados en el artículo 12 del ET», aplicándosele, por tanto, las normas específicas del trabajo a tiempo parcial, sobre todo en materia de seguridad social. En esta última posición, como puede verse, ya se pretende superar la mera descripción de lo que pasa en el caso de guarda legal de menores y minusválidos, y se apunta a una modalidad especial de contrato de trabajo, más que a una modalidad especial de jornada inserta en un contrato, digamos, «normal».

Para intentar comprender la mecánica del supuesto previsto en el artículo 37.5 del ET (y no sólo su morfología), convendría saber previamente si el conjunto de figuras de jornada reducida, en que la doctrina coloca habitualmente a este caso, tiene entre sí algo más en común que la simple coincidencia en el dato de que el trabajador debe trabajar menos horas de las estimadas normales por la legislación. Y la respuesta parece que ha de ser negativa. En una aproximación sumaria al tema aparecen varias razones para establecer profundas diferencias jurídicas entre ellas. En primer lugar, es posible separar un supuesto contractual que se define porque su objeto presenta una limitación cuantitativa —instrumentada a través de la jornada precisamente— respecto del estándar que nuestra legislación estima normal (5). Esta limitación se medirá, dentro de ciertos límites, con relación a esa jornada estimada «normal», y es en función de ella como el contrato se individualiza. Por esta razón parece que esta primera figura presenta especificidad suficiente como para considerarla autónomamente como «modalidad del contrato de trabajo», y ese es el tratamiento que recibe el contrato de trabajo a tiempo parcial en el ET, artículo 12, con las consecuencias conocidas y, en especial, la «proporcionalidad» en el disfrute de los derechos que pueden derivarse del contrato (art. 9.c del Real Decreto de 25 de junio de 1982 (6)).

(3) BAYÓN CHACÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, II, Madrid, 1978, pág. 374.

(4) ALONSO LIGERO: *El Estatuto de los Trabajadores* (Comentarios), tomo VII, artículos 34 a 38, Madrid, 1982, pág. 380; BORRAJO DACRUZ: «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social», en *REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL*, núm. 120, pág. 50.

(5) ALONSO LIGERO: *El Estatuto de los Trabajadores*, pág. 380.

(6) Proporcionalidad que, con relación al salario en concreto, ha reiterado nuestro TCT, así, STCT 8-II-1979 (R. 802); 21-IV-1979 (R. 2.430); 31-V-1979 (R. 3.568), entre otras.

Junto a esta primera modalidad aparecen otros supuestos de contrato de trabajo en determinadas actividades en que también la jornada es menor respecto del modelo general. Pero esta «reducción» puede entenderse así sólo si la comparación se mantiene en un plano meramente descriptivo. El trabajador, en estos supuestos, no ve reducida su prestación respecto de una presunta prestación «normal» de la que se encuentra excluido. En realidad, está trabajando el máximo que en la actividad de que se trata permite hacerlo el ordenamiento jurídico. Entonces dicha jornada es, para él, la ordinaria, de ahí que el contrato desenvuelva con plenitud sus efectos, desplegándose (como en un contrato normal que es) el conjunto de derechos y obligaciones de las partes.

Junto a estos supuestos, solamente afines en la superficie, aparece con mayor claridad lo específico del acortamiento temporal de la jornada por obligaciones familiares. A este respecto, la diferenciación con las tradicionales jornadas reducidas es fácil, porque, en el caso del artículo 37.5 del ET, el trabajador está efectivamente por debajo de lo que le sería exigible en razón del tipo de contrato que celebrara, aunque temporalmente. Es un contrato en el que se ha operado una reducción en un elemento esencial del mismo, y de ello deriva que al no estimarse que haya de soportar el empresario las consecuencias de la situación familiar del trabajador, deba tener lugar una pérdida proporcional en la cuantía del salario (7). Este régimen no puede sino contrastar con la plenitud y la permanencia de los efectos de los contratos celebrados en actividades que, por sus especiales características, tradicionalmente se ha visto por ley reducida su jornada.

La diferenciación del supuesto del artículo 37.5 del ET con otras modalidades contractuales no es tan sencilla, ya sea entendiendo, como hacen Borrajo y Alonso Ligeró, que estamos ante un supuesto de contrato de trabajo a tiempo parcial, ya sea entendiendo que se ha introducido una alteración sustancial en las condiciones de jornada del contrato preexistente, y a su través, de la propia cuantificación del objeto del mismo, en cuanto es la jornada una primera aproximación a la prestación que el trabajador debe (8). En cualquier caso, si ésta fuera la solución propugnada, habría que entender que se ha producido una modificación del contrato originariamente celebrado entre las partes, desviándose el modelo querido en un primer momento (9). Ahora la cuestión se

(7) Reducción que el artículo 37.5 ET establece expresamente en la relación jornada-salario.

(8) ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., pág. 181.

(9) Sería discutible hablar aquí de una figura novatoria como justificación de esta modificación: una novación de origen legal, operada a consecuencia del ejercicio por el trabajador de un derecho que la ley le otorga, que se impone al empresario (cuya voluntad en caso extremo es inoperante para impedir la transformación) y que, además, desaparecerá con la misma automaticidad con que apareció cuando el trabajador exprese su voluntad en sentido contrario. Todas éstas son alteraciones de una fuerza excesiva como para entender respetadas las líneas esenciales de la figura novatoria.

traslada a saber cómo ha tenido lugar esa modificación: y habría que señalar su origen legal, previa la declaración del trabajador en este sentido ante el acaecimiento de la circunstancia que la ley prevé. Se trataría, entonces, de una modificación en las condiciones del contrato por iniciativa de una de las partes, que vendría caracterizada, además, por su temporalidad, ya que estaría destinada a desaparecer al eliminarse la circunstancia obstativa del normal cumplimiento del contrato (normal cumplimiento que las partes siguen queriendo). En consecuencia, de la modificación presuntamente operada sería correcto pensar en la aplicación del principio de proporcionalidad, no ya sólo entre trabajo y salario (aunque por supuesto también en este terreno), sino en relación con todos y cada uno de los derechos que se derivan del contrato, como vimos que hacía el artículo 4 del Real Decreto de 3 de julio de 1981. Desde esta explicación, entonces, sería coherente la argumentación que para el caso formuló el TCT: por virtud de la modificación sufrida en el propio contrato porque éste ha asumido una nueva configuración, sería posible sostener que es, respecto de esta nueva configuración, de la que han de predicarse las reglas que establece el ET para el caso de despido, si es en ese momento —como ocurre en el caso propuesto— cuando tiene lugar la extinción. Y a este respecto, de poco valdría alegar que el supuesto de hecho es transitorio, que esta situación tiene una inestabilidad genética que haría excesivo aplicar reglas pensadas para situaciones permanentes. Operada la modificación, en principio, los efectos de la misma se desplegarían con plenitud durante su vida efectiva, si no, se negaría la misma realidad de la mutación sufrida por el contrato.

Pero esta tesis presenta algunos puntos criticables. Lo primero que llama la atención es la necesidad de emplear el mecanismo de una doble modificación para explicar lo sucedido en el contrato de trabajo. Para abrir y cerrar el período de reducción de jornada se harían precisas entonces dos modificaciones «exactamente iguales, pero de signo contrario» (10), y es esta una explicación excesivamente complicada cuando en la regulación del contrato de trabajo aparecen institucionalizados determinados mecanismos (interrupciones y suspensiones) que exoneran de la obligación de trabajar y, como regla, de pagar el salario, dándose la circunstancia de que no sólo presentaban dichos mecanismos tradicionales una extensión muy superior a la frecuente en Derecho común (11), sino que ha ido registrándose una ampliación del juego de estos

(10) VIDA SORIA: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1966, pág. 53. La expresión fue formulada para el caso de la suspensión total del contrato de trabajo (en relación con las teorías que pretendieron explicarla con la figura de la novación), pero creo que en este supuesto es también válida, así como su conclusión: «la posibilidad es demasiado artificiosa como para que se pueda admitir».

(11) Así, por todos, VIDA SORIA: *La suspensión...*, págs. 15 y sigs., para quien «la suspensión adquiere especial peculiaridad y considerable trascendencia, dentro de los límites acotados para el Derecho del Trabajo en su regulación relativamente moderna». Y el apartamiento respecto de las reglas del Derecho común quedará consa-

distintos mecanismos hasta el punto de que, en cierta medida, se han ido borrando los límites, que la doctrina quería precisos, de las propias figuras (lo que ha sido particularmente cierto en la suspensión). Que parece que el ET y, en su momento, la LRL, han querido reconducir este ejemplo concreto —la guarda legal de menores y minusválidos— por estas vías es algo indudable. En la LRL, como ya dijimos, venía regulada la institución en el artículo 25.6, dedicado al descanso semanal, las fiestas y los permisos; bajo una rúbrica similar hace su aparición en el artículo 37.5 del ET. En ambos casos, y sin pretender introducir el supuesto técnicamente entre los enunciados en la rúbrica del artículo citado, la reducción de jornada es tratada junto a vicisitudes (12) que desencadenan un levantamiento de la obligación de trabajar sin producir una alteración en la naturaleza del contrato sobre el que operan (13).

Desde luego, en estos casos, al tratarse de un supuesto no retribuido, está descartado hablar técnicamente de interrupciones no periódicas, pero creo posible sostener que estamos ante una figura asimilable a la suspensión, que obedece a sus mismos principios: temporalidad, decaimiento de las obligaciones de trabajar y de abonar el salario, afectando a la ejecución del contrato, no al vínculo —ni a su naturaleza, podría añadirse (14)—. En este caso, la reducción de salario que acompaña a la reducción de la jornada parece alejarse de la «proporcionalidad» de que hablábamos anteriormente como manifestación del sinalagma contractual en ciertos contratos de trabajo, para acercarse a un «descuento» del salario de las horas no trabajadas. Desde luego, en nuestra doctrina todavía se encuentra la figura de la suspensión del contrato estrictamente ligada a la inexecución total del contrato de trabajo, y esto es así hasta tal punto que, por ejemplo, cuando se analizó la normativa de ciertas Reglamentaciones que prevenían la posibilidad de que si durante el servicio militar

grado en las interrupciones no periódicas con mayor nitidez como observa RAYÓN: *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*, Madrid, 1975, págs. 32 y siguientes.

(12) Las interrupciones no periódicas, desde luego, presentan rasgos propios y específicos que las distinguen en la elaboración doctrinal de los casos de suspensión. Pero parece haber acuerdo también en observar en esta figura una manifestación —acentuada— del principio inspirador de la suspensión, del principio por el cual se modifica «la aplicabilidad de la teoría de los riesgos tal como se configura en el Derecho civil, ya que se traspasa a la esfera de responsabilidad del empresario el peso de determinados eventos que afectan al trabajador» (RAYÓN: *Las interrupciones...*, página 31) y, en especial, para la dificultad de distinguir entre los eventos que causan unas y otras, pág. 67. Sobre la repercusión que en la teoría tradicional ha tenido el ET puede verse ALVAREZ ALCOLEA: «La suspensión en el ET», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 5, enero-marzo de 1981, págs. 19 y sigs.

(13) Y de eso, desde luego, no hay duda en la doctrina, puede verse VIDA SORIA: *La suspensión...*, págs. 26 y 27; o RAYÓN: *Las interrupciones...*, págs. 75 y siguientes.

(14) VIDA SORIA: *La suspensión...*, págs. 25-26.

fuera factible compatibilizar dicho servicio con la prestación de trabajo (por menos tiempo del habitual), éste se prestaría con la consiguiente reducción proporcional del salario, el juicio doctrinal fue desfavorable al calificar dicho supuesto como suspensión, añadiéndose que «los casos planteados no pueden tener una solución satisfactoria... son situaciones anormales encadenadas que se nos ofrecen como el resultado de una anomalía jurídica, no incluíble en ninguna sistemática referible a una determinada figura jurídica» (15). Es decir, la inejecución total de las prestaciones se eleva a rango del concepto de suspensión, inejecución que debe deslizarse jornada a jornada, sin que se imagine la posibilidad de figuras suspensivas que se desenvuelvan únicamente durante un número determinado de horas al día. Aceptando la hasta ahora no discutida posición doctrinal (16), descartemos que se trate de una suspensión propiamente dicha, pero sí puede sostenerse que se trate de una figura asimilada a ella que, como ella, tiene su origen en la resistencia del vínculo laboral (17); en la conservación del negocio no sólo en su existencia, sino, yendo más lejos, en la configuración que las partes originariamente le dieran (18).

III. Desde esta explicación aparece ya más dudosa la solución que al caso propuesto diera el TCT. En efecto, tratándose del mismo contrato que atraviesa por una vicisitud específica que altera la mecánica de las prestaciones, pero no la naturaleza del vínculo, sería discutible hablar de esa especie de «riesgo» que recae sobre el trabajador al sobrevenir la circunstancia obstativa del normal desenvolvimiento de la actividad laboral. Pero a esta conclusión contraria a la que propone el TCT es posible llegar desde la otra vertiente de la cuestión, desde la naturaleza de la indemnización por despido.

(15) VIDA SORIA: *La suspensión...*, págs. 273-274.

(16) Y en realidad no sería imposible imaginar supuestos de suspensión que no extiendan su duración a toda la jornada de trabajo: la huelga proporciona un excelente ejemplo, pues la ley estima que produce la suspensión del contrato de trabajo y podría existir una conducta huelguista que durante un prolongado período de tiempo consistiese en unas horas de paro al día (huelga que, por cierto, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8-IV-1981 no tendría necesariamente que ser calificada como ilícita).

(17) ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., pág. 291.

(18) Y con todo esto no queremos decir que el contrato a tiempo parcial no sea una buena solución para la situación laboral del trabajador con responsabilidades familiares. Pero una cosa es que se pueda usar este instrumento en estos casos y otra muy distinta asimilar con el trabajo a tiempo parcial el supuesto del artículo 37.5 ET. Puede recordarse, por otra parte, un supuesto de reducción de jornada sin derecho a salario pero a iniciativa del empresario existente en derecho alemán, el llamado *Kurzarbeit*, que permite en circunstancias extraordinarias al empresario reducir el tiempo de trabajo normal en la empresa (HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, Berlín, 1963, pág. 213), mecánica que en nuestro Derecho habría de susanciarse a través del expediente del artículo 51 ET en conexión con el artículo 47 del mismo cuerpo legal.

Como veremos, la evolución legislativa en la materia se ha venido acompañando de una progresiva abstracción respecto de las condiciones personales del trabajador, en una progresiva idealización de la cifra de cálculo de la indemnización. Y esta abstracción tiene su punto de manifestación más evidente cuando, suspendido plenamente un contrato de trabajo, nadie sostiene (19) que entonces la indemnización por despido infundado es igual a cero en caso de no readmisión porque cero es el salario que el trabajador percibe. ¿Cuál puede ser la razón de que esto no se argumente? Parece claro que la constatación de que el contrato, en letargo, sigue existiendo, ligando a las partes, y que el daño que a una parte pueda hacer su terminación o la infracción que al ordenamiento jurídico infringe la otra por despedir sin causa, aparece con el mismo vigor que si los efectos del contrato se desarrollasen con plena normalidad. No veo que la argumentación haya de ser otra cuando, como en este caso, el levantamiento del deber de trabajar y de abonar el salario se inserten en un contrato cuya naturaleza no se ha mudado y, además, con carácter transitorio. Permaneciendo sin modificación la naturaleza del contrato, se hará preciso entonces calcular la indemnización sobre el conjunto de percepciones que, según la normativa aplicable al contrato aún en vigor entre las partes, le correspondería percibir al trabajador; y ello, además, porque no se trata de abonar salarios (es decir, de retribuir un trabajo efectivamente prestado), en cuyo caso tendría sentido abonar la cuantía reducida, sino de indemnizar por la ruptura injustificada de un contrato, y ha de ser la naturaleza de este vínculo que se trata de romper sin causa el primer criterio orientador para evaluar la indemnización —no olvidemos que en la cuantía de la indemnización existe un elemento ejemplarizador que no ha dejado de ser señalado (20)—. De otro modo, estaríamos ante un método indirecto muy efectivo para abaratar el costo de los despidos, que resultaría más llamativo aplicado a otro mecanismo cuya trascendencia contractual es idéntica a la del caso que examinamos. Me refiero a la reducción de jornada autorizada por la autoridad laboral en expedientes de regulación de empleo. En este caso —normalmente comenzado a iniciativa del empresario— la conexión de los artículos 51 y 47 del ET proporciona bases para pensar que el ET ha pretendido reconducir esa reducción de jornada por la vía de la suspensión del contrato, y entonces resultaría difícil sostener que si el contrato termina durante este período el trabajador debe percibir una indemnización calculada sobre el salario correspondientemente reducido. Por esta razón adicional la argumentación (y la solución) debe ser igual para ambos supuestos de reducciones de jornada.

IV. Pasemos ahora a examinar la solución que propusiera el TCT en relación con el segundo motivo del recurso que, recordemos, consistía en afirmar que «es doctrina interpretativa del precepto en cuestión ... que la locución

(19) Puede verse, a este respecto, VIDA SORIA: *La suspensión...*, pág. 370.

(20) ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., pág. 348.

'cuarenta y cinco días de salario' debe entenderse referida, sin que a ello obste la indudable naturaleza salarial de las pagas extraordinarias, al producto de multiplicar por 45 la suma constitutiva de cada uno de los 30 jornales diarios que integran el mensual y no al producto de multiplicar esos mismos cuarenta y cinco días por el cociente de dividir entre 365 la suma de todos los salarios diarios, semanales o mensuales incrementados con las pagas extras».

Para comentar esta interpretación del TCT acerca de los módulos de cálculo de la indemnización por despido no se hace necesario entrar a debatir cómo se concibe la función de esta indemnización en la doctrina que ha llegado a explicarla de las formas más variadas: como indemnización por la no readmisión, en sustitución del cumplimiento de una obligación de hacer; como indemnización al trabajador por los daños que el despido le ocasiona; como sanción al empresario por su conducta infractora del ordenamiento jurídico; como indemnización por expropiación, etc. (21). Y es que no nos interesa tanto en función de qué se concede, sino la visión que tiene nuestro legislador acerca de la forma en que debe calcularse. Un somero examen de la evolución de este modo de cálculo desde sus primeras fijaciones nos ayudaría a saber cuál es esta visión.

Se ha considerado por algún autor que «la evolución jurídica española en torno al problema del despido» (22) tiene su comienzo en el Real Decreto de 22 de julio de 1928 que, descartando el esquema del Código de Trabajo de 1926, se separa de los criterios del artículo 1.124 del CC, para señalar algunos módulos de cálculo de la indemnización. En la solución del citado Real Decreto, caso de no readmisión del trabajador cuyo despido se ha estimado injusto, además de los salarios dejados de percibir el empresario debe abonarle «en concepto de indemnización de perjuicios por el tiempo que puede tardar en hallar nueva colocación, una cantidad que podía variar entre el importe de quince días y tres meses de jornal, fijada por el propio Comité, atendiendo a diversas circunstancias de hecho» (23), en las que la doctrina veía el antecedente de las que impondría el artículo 81 de la LCT de 1944. Es decir, en el sistema del Real Decreto de 1928 se establecen una base mínima y otra máxima (calculadas en «días» y «meses», respectivamente), entre las que, aunque

(21) Puede verse BAYÓN CHACÓN: «La indemnización expropiatoria en el despido sin causa», en *Revista de Trabajo*, núm. 1, 1966, págs. 56 y sigs.; o GARCÍA ABELLÁN: «La indemnización por despido improcedente y el arbitrio judicial para su fijación», en *Revista de Derecho del Trabajo*, I, 1960, págs. 4-7, y con el mismo título y en la misma revista, II, 1960, págs. 21-22. Desde una perspectiva histórica, RODRÍGUEZ-PIÑERO: «El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928», en *REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL*, núm. 74, págs. 23 y sigs.

(22) GALLART FOLCH: *Derecho español del Trabajo*, Barcelona, 1936, pág. 78. Para un análisis del esquema anterior a esta norma puede verse ALARCÓN HORCAS: *El Código de Trabajo de 1926*, tomo I, Madrid, 1927, págs. 249 y sigs.

(23) GARCÍA ABELLÁN: «La indemnización...», I, RDT, pág. 6.

se le señalasen al órgano decisor algunos criterios a tener en cuenta para fijar la cifra concreta de indemnización, la libertad que éste ostentaba no era discutida en esta materia. Y este esquema se mantendría con la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, aunque variando la cuantía posible de la indemnización (de quince días a seis meses de «jornal»), y en la normativa posterior y señaladamente en la LCT de 1944, cuyo artículo 81, como es sabido, dejaba la fijación del importe de la indemnización al «prudente arbitrio» del magistrado, pero teniendo en cuenta «la facilidad o dificultad de encontrar colocación adecuada, cargas familiares, tiempo de servicio en la empresa, etc.», y sin que en ningún caso la indemnización «pueda exceder del importe de un año de sueldo o jornal». De nuevo dentro de estos límites, y aunque no faltasen voces en contra, la libertad del magistrado para la determinación de la indemnización sería considerada «dogma procesal básico» (24) para la doctrina.

La libertad del magistrado en la fijación de la indemnización no habría de verse sensiblemente menguada con las innovaciones introducidas por el efímero artículo 35.4 de la LRL, al establecer que en caso de no readmisión por ser «imposible la convivencia», la indemnización a abonar por el empresario sería fijada por el magistrado dentro de los siguientes límites: «No podrá ser en ningún caso inferior a seis meses de salario ni a dos mensualidades por año de servicios, sin que la cantidad resultante pueda exceder de cinco anualidades», añadiéndose criterios de corrección en razón de las condiciones familiares o personales del trabajador. Junto a la fijación de topes mínimos y máximos aparece aquí una indicación (no será inferior «a dos mensualidades por año de servicios» para la objetivación del cálculo, que se ofrece como un mínimo que puede el magistrado modificar «a su prudente arbitrio» y que, por cierto, no parecía ser sino una peculiar recepción legal de reglas que en la propia práctica de los tribunales se habían ido asentando para la facilitación del cálculo —concretamente, Alonso Olea alude a una regla de «un mes por año de servicios», aunque destaca que no siempre era seguida (25)—. Este esquema de cálculo —suprimiendo el mínimo absoluto de seis meses de indemnización— se verá reproducido con el RDL de 4 de marzo de 1977, artículo 37.4.

La tendencia de los propios tribunales a objetivar los módulos de fijación de las indemnizaciones, así como el progresivo aumento del detallismo legal en el señalamiento de criterios de cálculo deben, por otra parte, ser completadas por el importante dictado contenido en la normativa procesal, reiterado en los sucesivos textos y que, como veremos, desaparece en el de la LPL de 13 de junio de 1980. La legislación de procedimiento laboral reiteradamente

(24) GARCÍA ABELLÁN: «La indemnización...», I, RDT, 1960, pág. 4. Contra estas posiciones doctrinales —interpretando el artículo 81 de la LCT de 1944—, RODRÍGUEZ-PIÑERO: *El régimen jurídico...*, pág. 76.

(25) *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1973, pág. 228.

interpreta qué ha de entenderse por «suelo o jornal», y la finalidad de esta interpretación no es otra, por ahora, que servir para calcular el tope máximo líquido de la indemnización; con una notable constancia, una tras otra las leyes procesales repiten que «se entenderá por suelo o jornal la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por sus servicios u obras, y las cantidades que viniera percibiendo por leyes de seguridad social» (26). Es decir, el concepto de «suelo o jornal» —con una imprecisión terminológica bastante notable— abarcará a la totalidad de percepciones de naturaleza salarial que corresponden al trabajador por sus servicios, y esa totalidad debe predicarse del módulo temporal que adopte la legislación material que, como sabemos, es el «mes» («dos meses por año de servicios...», por ejemplo), o la «anualidad» (concepto más comprensivo, dada la existencia en nuestro ordenamiento de percepciones salariales cuyo vencimiento abarca períodos de tiempo más amplios que el «mes»). Con ello, se fuerza a la búsqueda de una proporcionalidad de la parte del salario total que corresponde al módulo temporal elegido y por esa vía habría de moverse nuestra jurisprudencia en las pocas ocasiones en que ha tenido que pronunciarse sobre estas cuestiones.

En este marco de normas, cabe preguntarse qué repercusión puede tener el sistema inaugurado por el ET. Lo primero que destaca (y la poca repercusión doctrinal de la modificación es un indicio innegable de que se trata de una modalidad de cálculo indemnizatorio plenamente consagrada en la práctica) es que en la totalidad de supuestos que el ET prevé de cálculos de indemnizaciones por razón de extinción del contrato de trabajo, la discrecionalidad del magistrado ha desaparecido por completo, rompiéndose el vínculo formal con nuestra legislación histórica. La objetivación en el cálculo de la indemnización abarca supuestos como el de las indemnizaciones por traslado (art. 40.1), por modificaciones sustanciales de la relación de trabajo (art. 41), por resolución del contrato por voluntad del trabajador (art. 50), por despido disciplinario (artículo 55), despido por causas tecnológicas o económicas (art. 51), o por circunstancias objetivas (art. 53.1, b). En todos ellos, el esquema de cálculo puede resumirse así: existe un módulo básico, el «día de salario» que, multiplicado por un número X (veinte días, cuarenta y cinco días, etc.), y multiplicado a su vez por un número de años, dará como resultado la primera aproximación a la indemnización, fijándose el tope máximo (en contra de la regulación de la LCT de 1944, de la LRL o del RDL 1977), en torno a la cuantía de un número determinado de «mensualidades» de salarios. Como hemos dicho con anterioridad, la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 no ha tenido la pru-

(26) Así se expresaban, por ejemplo, las LPL de 21-IV-1966, art. 103; la de 17 de agosto de 1973, art. 103; la LPL de 17 de enero de 1963, art. 99, presentaba ligeras variaciones: «Se entenderá por suelo o jornal la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por sus servicios u obras, incluso el plus familiar y las cantidades que viniera percibiendo por seguros sociales.»

dencia de puntualizar qué partidas del salario deben entenderse comprendidas en cada uno de estos módulos temporales. Pero frente a este presunto descuido legal, existe una práctica jurisprudencial consolidada que apunta a un concepto de «salario» omnicomprendivo de todo tipo de partidas salariales, cualesquiera que sean los momentos de su vencimiento (el mes o, en su caso, el año). Y existen argumentos en el propio ET que permiten seguir sosteniendo tal modo de ver las cosas.

El primero, la alusión a un concepto de «salario», del que el propio ET da una definición, también omnicomprendiva, en su artículo 26: «La totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena». De la misma forma, el ET (disposición final 4.^a) dedica una atención desusada a una norma, el Decreto de 17 de agosto de 1973 (en adelante DOS), para declarar expresamente que queda aún vigente y, como es sabido, el concepto que de salario da el DOS (art. 2) es tan amplio como el del propio ET, incluyendo (artículo 5, d) las «gratificaciones extraordinarias o la participación en beneficios» entre las partidas salariales, bajo la rúbrica de complementos salariales «de vencimiento periódico superior al mes». En consecuencia, dado que se hallan integrados en el «salario» el salario base y todos sus complementos, a todo lo que ha de entenderse por salario ha de referirse la expresión del ET cuando lo menciona a efectos de indemnizaciones. Y este tipo de interpretación sistemática e histórica no es sino una aplicación directa de los criterios que proporciona el artículo 3.1 CC para la interpretación de las leyes.

Naturalmente que, una vez que se ha determinado que la expresión «salario» empleada por el ET en sede de indemnizaciones por despido comprende todo tipo de partida que nuestra legislación considere tal, el cálculo del «día» de salario o la «mensualidad» —para la fijación de los topes indemnizatorios— debe seguir una idealización consecuente con el hecho de que el esquema del vencimiento de las distintas partidas que integran el salario puede ser diferente. Esto requiere efectuar las operaciones sobre partidas uniformes, técnicas de operar que conducirá a un concepto «día» que, empleando *a sensu contrario* lo que, por lo demás, sería una perfecta definición de la STCT comentada sería el resultado, «el cociente de dividir entre 365 la suma de todos los salarios diarios, semanales o mensuales incrementados con las pagas extras» y, por supuesto, todos los restantes complementos salariales. Y no hace falta ni recordar que este tipo de idealización de la célula básica para calcular un concepto retributivo está consagrada en nuestro ordenamiento, sin ir más lejos, respecto del concepto «hora ordinaria», básico para el cálculo del recargo por horas extraordinarias, en el que «recoge el DOS la lógica tendencia a incluir dentro del salario correspondiente a la hora ordinaria y, por tanto, en la base del cálculo del valor de la hora extraordinaria la totalidad de las percepciones salariales que dicho trabajador reciba referidas a la semana ordinaria de trabajo, efectuándose para ello

incluso la semanalización de los complementos de vencimiento periódico superior al mes» (27).

Y es con arreglo a estos criterios —puesto que la ley expresamente no impone otros y puesto que, en tanto que ella misma no dé indicios en contra, la interpretación sistemática impone acudir al concepto de salario que ella misma da— como puede obtenerse el módulo «día» y, en su caso, el módulo «mensualidad» que, conforme hemos visto que era tradicional en nuestro ordenamiento, no se asimilan a las percepciones que el trabajador perciba en el día X o en el mes X, sino que adquieren, por tanto, entidad propia a los solos efectos del cálculo de las indemnizaciones.

Haber olvidado todo ello es, en mi opinión, el más llamativo *lapsus* de la sentencia comentada. Para imponer un esquema de cálculo diferente al consagrado por la práctica de nuestros tribunales y los «antecedentes históricos» (artículo 3.1 CC) de nuestras normas vigentes, el ET debiera haber sido mucho más explícito, manifestando sin lugar a dudas su opción contraria o, por lo menos, no conteniendo indicios tan favorables a entender que a este respecto el cambio producido no ha sido tan trascendental como la STCT pretende. Por ello, resulta elogiable que el propio TCT haya vuelto sobre la doctrina sentada en esta decisión (y, no olvidemos, otras dos más) a los pocos meses de haberse producido: concretamente, en la STCT de 14 de mayo de 1982, en la que queda zanjada la cuestión a favor de la inclusión de las pagas extraordinarias en el cálculo de la indemnización por despido, pues:

«Son salario, y tal consideración legal viene reconocida en los artículos 26.1 y 31 del ET —que permite su prorrateo mensual, lo que fuerza incluso a la solución unívoca— y en los artículos 2 y 5 del DOS, de 17 de agosto de 1973, por ellas se cotiza a la Seguridad Social (artículo 73 de la LGSS) y son renta gravable para el que las percibe, procedente de los rendimientos de trabajo (arts. 14.1 de la Ley de Impuesto y 41.1, c del Reglamento); y una interpretación sistemática de los artículos 40.2, 41.3, 51.10, 53.1, b y 56.1, a del ET permite concluir que las tasas indemnizatorias que en él se fijan por la extinción del contrato son cantidades cifradas en razón del salario diario, semanal o mensual o del período fijado en el precepto correspondiente que perciba el trabajador, sin excluir del mismo lo que corresponda por gratificación extraordinaria, pues ni lo dice el legislador... ni cuando el precepto concreto señala un tope máximo indemnizatorio doce o catorce mensualidades) hay razón legal alguna que consienta excluirlas, antes bien, una buena hermenéutica obliga a computarlas

(27) GONZÁLEZ ORTEGA: «La retribución de las horas extraordinarias. La problemática del módulo para el cálculo de su valor», en REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, número 126, pág. 278.

porque cobradas fueron por el trabajador durante ese período y contempladas por ello por el legislador cuando regula la indemnización por los perjuicios que la extinción del contrato produce.»

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
(Universidad de Sevilla)