

### Carácter ganancial de la indemnización por despido improcedente.

**Antonio V. Sempere Navarro**

*Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)*

**Resumen:** *A efectos de disolver la sociedad de gananciales, se discute sobre la naturaleza que posee la indemnización por despido improcedente. La sentencia comentada lleva a las siguientes conclusiones: 1) El derecho al trabajo es privativo de cada cónyuge. 2º) La indemnización percibida por despido es un bien o ganancia que sigue el régimen de los salarios. 3º) Si el despido se produce estando vigente el régimen de gananciales, la indemnización sigue ese sistema. 4º) En caso de que se haya desarrollado la actividad laboral durante periodos en que no estaba vigente el régimen matrimonial de gananciales habría que aplicar la proporcionalidad.*

**Palabras clave:** *Régimen matrimonial de gananciales. Indemnización por despido. Disolución del matrimonio. Carácter ganancial de la indemnización por despido.*

**Abstract:** *For the purposes of dissolving the joint venture, the nature of the compensation for unfair dismissal is discussed. The commented judgment leads to the following conclusions: 1) The right to work is exclusive to each spouse. 2º) The indemnity received for dismissal is a good or gain that follows the salary system. 3º) If the dismissal occurs while the community property regime is in force, the compensation follows that system. 4º) In the event that the work activity has been carried out during periods in which the matrimonial property regime was not in force, proportionality would have to be applied.*

**Keywords:** *Matrimonial property regime. Redundancy payment. Dissolution of marriage. Profitable nature of the severance pay.*

---

### I. Introducción

La crisis y ulterior disolución de un matrimonio comporta la necesidad de repartir los bienes hasta ese momento más o menos compartidos. Nuestra legislación civil (tanto común cuanto especial) atribuye una u otra naturaleza a las remuneraciones obtenidas por el trabajo de uno de ellos cónyuges. Sin embargo, no hay indicación precisa acerca de cuál es la solución aplicable a la indemnización por despido improcedente que se perciba. La duda es más relevante cuanto mayor sea la proximidad de la extinción contractual al fin del régimen de gananciales.

El estudio de la STS-CIVIL 1036/2022 permite comprobar, por enésima vez, que el ordenamiento jurídico tolera mal los compartimentos estancos. Su indiscutida unidad aboca a la constante interacción de los diversos bloques normativos, sin que ello restrinja la posibilidad de contemplar una misma institución desde diversos prismas.

En el presente caso un Tribunal de la jurisdicción civil se enfrenta a un problema paradigmático de extinción contractual. Se discute no solo la calificación que pueda merecer la terminación del contrato por voluntad del empleador, sino también el momento en que ha de entenderse acaecida. El carácter constitutivo o declarativo de la sentencia, la finalidad de la cuantía a cargo de la empresa cuando no procede la readmisión son temas de innegable calado iuslaboralista.

Son todas esas cuestiones las que afronta la Sala Primera del Tribunal Supremo, pero desde la exclusiva óptica de precisar qué sucede cuando un matrimonio, que ha cursado en régimen de gananciales, llega a su término y al tiempo uno de sus integrantes es despedido e indemnizado por ello.

La jurisprudencia considera ganancial la indemnización cobrada por un esposo en virtud del despido en la empresa donde trabajaba porque tiene su causa en un contrato de trabajo que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio. Ello es compatible con la toma en cuenta del porcentaje de la indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio. También va a insistirse en la irrelevancia del momento en que se pagó la indemnización, puesto que lo definitivo se halla en que si el despido se produjo durante la vigencia del régimen económico.

Se trata, por descontado, de buena ocasión para recordar el estado de la cuestión en el ámbito del Derecho de Familia, de la mano de la jurisprudencia, pero también para refrescar algunos aspectos de la propia compensación económica por despido.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Sala Primera (De lo Civil) del Tribunal Supremo.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 1036/2022, de 23 diciembre.

**Tipo y número de recurso:** Recurso de casación núm. 4814/2020.

**ECLI:**ES:TS:2022:4762

**Fuente:** CENDOJ

**Ponente:** Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Para Lucán.

**Votos Particulares:** carece.

## III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

La sentencia glosada afronta un procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales tramitado tras el divorcio de los litigantes. En lo que ahora interesa, resulta que ambos discrepan acerca del carácter ganancial o privativo de la indemnización por despido cobrada por el esposo.

### 1. El trasfondo fáctico del caso

La cuestión suscitada es de índole estrictamente jurídica, referida al carácter que ha de asignarse al monto de la indemnización por despido improcedente habida cuenta de que la empresa ha optado por su abono y no por la readmisión del trabajador. Ahora bien, resulta ilustrativo tomar en cuenta los antecedentes fácticos sobre los que se debate:

En octubre de 1992 los esposos contrajeron matrimonio

En octubre de 1993 el esposo comienza a prestar sus servicios como asalariado en empresa que tiene por copropietaria a su cónyuge.

El 12 de abril de 2017 el esposo es despedido, declarándose posteriormente el carácter improcedente de esa decisión.

El 13 de noviembre de 2017 la sentencia del Juzgado de Primera Instancia decretó el divorcio. Esa sentencia fue apelada por lo que se refiere a la cuantía de alimentos que fijó respecto de los hijos del matrimonio.

La esposa solicitó la inclusión en el activo del crédito de la sociedad de gananciales por importe de 53.278,50 €.

## **2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia**

El Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid dictó sentencia de fecha 30 de septiembre de 2019. Estimó parcialmente la demanda interpuesta por el esposo y rechazó incluir la indemnización por despido en el activo del inventario.

Sobre el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, el Juzgado considera que la disolución de la Sociedad Ganancial si bien se disuelve con la Sentencia de Divorcio sus efectos deben retrotraerse a abril de 2017; al no concretar fecha el actor se debe considerar que se retrotraen los efectos de la disolución a fecha al 1 de abril de 2017.

Argumenta que la sentencia del Juzgado de lo Social acordando la improcedencia del despido es de fecha 10 de enero de 2018 y fue aclarada por Auto de fecha 8 de noviembre de 2018. Por tanto no pueden retrotraerse los efectos de dicha sentencia a un momento anterior a la disolución de la sociedad ganancial. En consecuencia “se retrotraen los efectos de la disolución a fecha 31 de marzo de 2017”.

## **3. Sentencia de la Audiencia Provincial**

La esposa interpuso recurso de apelación tanto por lo que se refiere a la fecha en la que debe entenderse disuelta la sociedad de gananciales como a la exclusión del activo de la indemnización por despido cobrada por el esposo. Mediante sentencia de 26 de julio de 2020 la correspondiente Sección de la Audiencia Provincial de Madrid lo estimó parcialmente.

En concreto, considera que la disolución de la sociedad de gananciales se produjo cuando la sentencia de divorcio adquirió firmeza y no antes. Si no hay una fecha indubitada por las partes o reflejada notarialmente de la separación de hecho, ha de estarse a la fecha de la firmeza de la sentencia de divorcio.

Respecto de la indemnización por despido cobrada por el esposo, rechaza su carácter ganancial pues no tiene encaje en el concepto de salario, sino que fundamentalmente retribuye la pérdida de un derecho fundamental (art. 35 CE), que afecta principalmente a la dignidad humana, con un indiscutible componente de resarcimiento moral. En la cuantía de la indemnización influyen circunstancias profesionales, pero lo compensado no es el trabajo sino su pérdida. El despido y su fuerte efecto personal (moral, afectando a la dignidad humana) es lo que se indemniza; este es el devengo a tener en cuenta y su encaje más correcto estaría entre los bienes privativos.

## **IV. Posición de las partes**

### **1. La esposa divorciada**

En concordancia con lo que viene reclamando desde el principio, la esposa divorciada defiende que la indemnización por despido cobrada por esposo durante la vigencia del régimen económico es ganancial.

Alega que la cuantía establecida en concepto de indemnización por despido improcedente tiene su causa en un contrato de trabajo que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio contraído. Para su cálculo el Juzgado de lo Social ha tenido en cuenta los años trabajados y todos discurren mientras estaba vigente el matrimonio y su sociedad de gananciales, régimen económico que lo regía y que no finalizó hasta que fue disuelta al alcanzar firmeza la sentencia de divorcio.

## 2. El esposo despedido y divorciado

El esposo se opuso a la pretensión formulada por la mujer. En su defensa desarrolla diversos argumentos: 1º) Que la decisión de la esposa de separarse fue firme desde febrero de 2017, cuando encargó a una agencia de detectives el seguimiento del esposo por sospechar de una infidelidad. 2º) Que el despido de la empresa de la que la esposa es copropietaria se produjo el 12 de abril de 2017, que fue declarado improcedente por sentencia de lo social de 10 de enero de 2018. 3º) Que cobró la indemnización cuando había transcurrido más de un año desde el cese efectivo de la convivencia, que es el momento decisivo a efectos de determinar la naturaleza ganancial de los bienes.

## V. Normativa aplicable al caso

### 1. Estatuto de los Trabajadores

El artículo 56 ET afronta la regulación del despido improcedente y su apartado 1 dispone que cuando se califique de ese modo la terminación contractual “*el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo*”.

### 2. Código Civil

Por las razones ya avanzadas, interesa examinar la regulación sobre régimen matrimonial contenida en el Código Civil (CC).

El artículo 1346 CC enumera hasta ocho tipos de bienes privativos de cada cónyuge, entre los cuales aparecen: 3º) *Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.* 4º) *Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.* 5º) *Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles ínter vivos.*

El artículo 1347 CC enumera cinco categorías de bienes gananciales, siendo las dos primeras así: 1.º *Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.* 2.º *Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.*

A tenor del artículo 1392 CC “*La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1.º Cuando se disuelva el matrimonio. 2.º Cuando sea declarado nulo. 3.º Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges. 4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código*”.

El artículo 1396 CC prescribe que “*Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad*”.

## VI. Doctrina básica

La sentencia comentada se basa en dos pilares: el despido se ha producido cuando todavía no se había extinguido la sociedad de gananciales y toda la indemnización se ha ido devengando durante un tiempo en que existía el matrimonio celebrado bajo régimen de gananciales<sup>[1]</sup>.

### 1. Carácter privativo del derecho al trabajo y ganancial del salario

La Audiencia considera que no debe incluirse la indemnización de despido en el activo porque entiende que no retribuye la actividad laboral ni es complemento del sueldo, sino retribución de la pérdida del derecho fundamental al trabajo. Pero el Tribunal Supremo considera que deben diferenciarse dos conceptos:

- El derecho al trabajo, que permite obtener un empleo en el mercado laboral y que constituye el título en cuya virtud el cónyuge trabajador accede al mercado de trabajo y desarrolla allí sus capacidades laborales.
- El beneficio que se va a obtener con el ejercicio del derecho al trabajo.

El primero es un bien privativo por tratarse de un "derecho inherente a la persona", incluido en el art. 1346.5º CC, mientras que el segundo va a ser un bien ganancial, incluido en el art. 1347.1º CC.

## *2. La indemnización se asimila al salario*

A) Siendo claro el carácter ganancial de la remuneración, se discute la ontología de las "ganancias" obtenidas en virtud de un contrato de trabajo que se acaba y cuya extinción genera una indemnización debido a las causas establecidas en la legislación laboral.

B) Por lo pronto, se descarta que la indemnización sustituya la pérdida de un derecho privativo, por ser inherente a la persona, como es el derecho al trabajo. Ese derecho permanece incólume, ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido.

C) La indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales.

D) El derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no se ha lesionado en absoluto; lo único que ha quedado vulnerado de alguna manera es la efectiva obtención de las ganancias originadas por la inversión de este capital humano, que es lo que según el art. 1347.1.º CC resulta ganancial.

## *3. Aplicación del principio de proporcionalidad*

A) Como acaba de exponerse, la jurisprudencia civil considera ganancial la indemnización cobrada por un esposo en virtud del despido en la empresa donde trabajaba porque tiene su causa en un contrato de trabajo que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio.

B) Corolario de ello es, por tanto, que para el cálculo de la concreta cantidad que tiene la naturaleza de bien ganancial ha de estarse al porcentaje de la indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio. Por eso, solo procede incluir dentro del activo del inventario de la sociedad de gananciales la parte que corresponda a los años trabajados durante la vigencia de la sociedad de gananciales<sup>[2]</sup>.

C) La acreditación de que se ha prestado actividad laboral relevante para la cuantía de la indemnización por despido permite destruir la presunción de ganancialidad establecida en el art. 1361 CC<sup>[3]</sup>.

## *4. Relevancia del factor cronológico*

Para que opere la expuesta doctrina sobre carácter ganancial de la indemnización, lo decisivo es que el despido se produzca durante la vigencia del régimen económico de gananciales, aun cuando se cobre después. Lo relevante no es el momento en el que se pagó, sino que el despido se produjera durante la vigencia del régimen económico.

A su vez, la disolución del régimen económico matrimonial acaeció con la firmeza de la sentencia de divorcio, al no haberse especificado de otro modo por los cónyuges.

## VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por la ex esposa.

Eso significa la casación parcial de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid para declarar que procede incluir dentro del activo del inventario de la sociedad de gananciales la indemnización por despido percibida por el ex esposo (53.278,50 €).

En esta ocasión no se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes, como así había sucedido respecto de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia<sup>[4]</sup>.

## VIII. Pasajes decisivos

El apartado 2 del Fundamento Cuarto es el que condensa la doctrina sentada a propósito del tratamiento que ha de darse a la indemnización por despido en caso de disolverse la sociedad de gananciales:

*La indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales. El derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no se ha lesionado en absoluto; lo único que ha quedado vulnerado de alguna manera es la efectiva obtención de las ganancias originadas por la inversión de este capital humano, que es lo que según el art. 1347.1.º CC resulta ganancial.*

*En definitiva, la doctrina de la sala considera ganancial la indemnización cobrada por un esposo en virtud del despido en la empresa donde trabajaba porque tiene su causa en un contrato de trabajo que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio, si bien tiene en cuenta en el cálculo de la concreta cantidad que tiene la naturaleza de bien ganancial el porcentaje de la indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio.*

## IX. Comentario

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación algunos criterios de jurisprudencia social unificada sobre el modo de calcular la indemnización por despido<sup>[5]</sup>.

### 1. Módulo salarial aplicable

**SALARIO DEBATIDO.**- El salario regulador de la indemnización es el que debe corresponder legalmente al trabajador al tiempo de la extinción y no el que realmente viniera percibiendo, siendo el proceso por despido cauce adecuado para proceder a su debate y fijación<sup>[6]</sup>, lo que no implica que en todo caso se conceda lo solicitado por quien demanda<sup>[7]</sup>.

**BONUS.**- No debe computarse en el salario regulador de la indemnización un concepto retributivo coyuntural que el trabajador ya no percibía en la fecha del despido<sup>[8]</sup>. Sí, en cambio, un “bonus” de carácter anual<sup>[9]</sup>, que se computará en función de la cuantía percibida en el año anterior cuando el incentivo se haya devengado pero esté pendiente de perfeccionamiento en el momento del despido<sup>[10]</sup>.

**ANUALIZACIÓN.**- El salario regulador de la indemnización es el cociente de dividir la retribución anual por 365<sup>[11]</sup>.

**VEHÍCULOS.**- Sólo entra en el salario indemnizatorio el vehículo de empresa puesto a disposición del trabajador cuando el uso particular se ha pactado como parte integrante de la retribución<sup>[12]</sup>.

SEGUROS.- En el salario regulador de la indemnización se incluye, como salario en especie, el importe de la prima del seguro de vida y accidentes de trabajo abonado por la empresa<sup>[13]</sup>.

ACCIONES.- La inclusión de los beneficios obtenidos por el trabajador por medio de la adquisición de opciones sobre compra de acciones en el salario regulador de la indemnización legal por despido improcedente pende de un estudio individualizado de los concretos planes y acuerdos de stock options que ponga de relieve si nos encontramos ante un concepto salarial en los términos del art. 26 ET<sup>[14]</sup>.

## 2. *Cuantías transitorias*

CONTRATOS ANTERIORES A 2012.- El importe indemnizatorio por el período de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a cuarenta y dos mensualidades, pero si el cómputo de tales servicios arroja una indemnización inferior al importe de cuarenta y dos mensualidades, ese será el tope indemnizatorio sin que el mismo pueda incrementarse computando los servicios devengados posteriormente a esa fecha<sup>[15]</sup>.

## 3. *Compensación por fin de contratos encadenados*

NEUTRALIZACIÓN.- No procede la compensación con las cantidades percibidas como consecuencia de las liquidaciones de los sucesivos contratos temporales declarados fraudulentos, con excepción de la indemnización abonada por extinción del último contrato temporal que ha sido objeto de la acción de despido, con el resultado de declaración de improcedencia<sup>[16]</sup>.

## 4. *Tiempo de servicio computable*

UNIDAD ESENCIAL DEL VÍNCULO.-En los supuestos de sucesión ininterrumpida de contratos temporales, la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización se remonta a la fecha de la primera contratación, si existe unidad esencial del vínculo laboral, salvo que exista una solución de continuidad relevante<sup>[17]</sup>, y sin que influya el hecho de haber firmado recibos de finiquito entre los contratos sucesivos o cuando las interrupciones coinciden con el período vacacional<sup>[18]</sup>. Tampoco rompe la unidad esencial del vínculo el hecho de que el trabajador haya percibido prestaciones de desempleo por tiempo inferior a un mes<sup>[19]</sup>.

VALIDEZ CONTRATACIONES.- El criterio precedente se aplica tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales, cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión de varios sin una solución de continuidad significativa<sup>[20]</sup>.

PLAZO INTERMEDIO.- De manera excepcional es posible tomar en cuenta prestaciones de servicios separadas por más de veinte días hábiles de la precedente si se dan circunstancias que hacen prevalecer la unidad esencial del vínculo<sup>[21]</sup>. Así acontece cuando, aunque haya habido dos interrupciones contractuales, una de casi cuatro meses y otra después de solo un mes, el trabajador ha prestado catorce años de servicios en virtud de contratación fraudulenta y, en todo caso, había adquirido la condición de indefinido con fundamento en el artículo 15.5 ET<sup>[22]</sup>.

ETT.- En el cómputo de los sucesivos contratos temporales a efectos de determinación del tiempo de servicios para el cálculo de la indemnización por despido improcedente se incluyen los períodos de prestación de servicios a través de contratos de puesta a disposición<sup>[23]</sup>. La antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente debe comprender todo el tiempo de servicios prestados para la empresa, y no sólo el último contrato, cuando a éste le han precedido uno o varios contratos de puesta a disposición consecutivos con el mismo objeto<sup>[24]</sup>.

CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS.- Procede computar los años de servicio prestados en los sucesivos contratos administrativos, celebrados en fraude de ley, interrumpidos unilateralmente por la empresa durante seis meses para efectuar a

continuación nueva contratación de obra fraudulenta, al no producir interrupción significativa entre contratos, que no quiebra la unidad esencial del vínculo, desarrollando una actividad normal y permanente, siempre la misma y en las mismas condiciones<sup>[25]</sup>.

**CONTRATAS SUBVENCIONADAS.-** Para determinar la conversión en indefinida de la relación laboral habiendo mediado una sucesión de contratos temporales, es irrelevante que estos estuvieran vinculados a subvenciones oficiales, de modo que su extinción ha de ser caracterizada como despido improcedente, debiendo computarse a efectos de la indemnización la totalidad del tiempo transcurrido desde el primer contrato en aplicación de la doctrina de la unidad esencial del vínculo<sup>[26]</sup>.

**RENUNCIA CERCANA.-** La indemnización por despido improcedente se calcula atendiendo a toda la secuencia contractual, tras una sucesión de contratos, en la que no quiebra la unidad esencial del vínculo por el hecho de que haya habido una renuncia voluntaria del trabajador cuando va a finalizar el periodo de contrata adjudicado a una mercantil y antes de ser recontratado por la contratista siguiente<sup>[27]</sup>.

##### 5. *Tiempo de servicios computable, en general*

- **ANTIGÜEDAD RECONOCIDA.-** El módulo de 45 días de salario que establece el art. 56.1.a) ET actúa sobre el tiempo de servicios realmente prestados y no sobre la mayor antigüedad reconocida, salvo pacto o disposición en contrario<sup>[28]</sup>.
- **FRACCIÓN DE MES.-** Los días que exceden del último mes servido se consideran como un mes completo a efectos del cálculo de la indemnización<sup>[29]</sup>.
- **EXCEDENCIA FORZOSA.-** El tiempo transcurrido en la situación de excedencia forzosa no es computable como tiempo de servicios prestados a efectos de calcular la referida indemnización<sup>[30]</sup>.
- **ACTIVIDAD FUNCIONARIAL.-** Para el cálculo de la indemnización por despido improcedente se computan todos los servicios prestados sin solución de continuidad, incluidos los prestados en el marco de una relación administrativa que luego fue laboralizada<sup>[31]</sup>.
- **SUBROGACIÓN FINIQUITADA.-** La suscripción de un finiquito con el empresario transmitente no afecta a la subsistencia de la relación laboral, que se mantiene con el empresario subrogado, por lo que la indemnización por despido improcedente se calculará teniendo en cuenta el tiempo trabajado para el anterior empresario<sup>[32]</sup>.
- **DOCTRINA DEL VÍNCULO.-** Para el cálculo de la indemnización no se tendrán en cuenta los años en que el trabajador prestó servicios a la sociedad simultaneando las condiciones de consejero delegado y alto cargo<sup>[33]</sup>.
- **ETAPA DIRECTIVA.-** El período de tiempo trabajado como alto cargo, con suspensión de la preexistente relación laboral común, no es computable a efectos de determinar la antigüedad y fijar la indemnización en caso de despido de la relación laboral ordinaria<sup>[34]</sup>.
- **ERE IMPUGNADO.-** El período transcurrido entre la fecha en que se produjo el despido colectivo y aquella otra en la que por resolución de la actividad laboral se declaró nula la resolución autorizante hay que computarlo como “de servicio” a los efectos de indemnización por un posterior despido improcedente<sup>[35]</sup>.
- **DESPIDO YACENTE.-** La indemnización por despido improcedente se calcula hasta la fecha del despido, no hasta que la empresa opta por la indemnización<sup>[36]</sup>.
- **SENTENCIA CONSTITUTIVA.-** Cuando la extinción de la relación laboral se acuerda en la propia sentencia que declara la improcedencia del despido, por



cese o cierre de empresa, el tiempo de servicios, a efectos indemnizatorios, se computa hasta la fecha de la sentencia que declara la extinción<sup>[37]</sup>.

#### 6. *Supuestos particulares*

- Aumento convencional.- El aumento de la cuantía indemnizatoria contemplado en convenio colectivo, de empleados públicos, para los casos de despido disciplinario improcedente ha de aplicarse estrictamente a los supuestos descritos en la norma<sup>[38]</sup>.
- Jornada reducida.- La indemnización del trabajador despedido cuando tiene jornada reducida por cuidado de hijo ha de calcularse tomando como módulo salarial lo percibido mientras trabaja a jornada completa<sup>[39]</sup>. La aplicación del anterior criterio a supuesto de jornada reducida por decisión unilateral del empleador requiere la constancia del salario precedente<sup>[40]</sup>.
- MINORACIÓN UNILATERAL.- Resulta inválida la reducción unilateral del salario decidida por la empresa con anterioridad al despido con la intención de perjudicar al trabajador, no sólo en su nivel retributivo sino también en las consecuencias de un eventual despido<sup>[41]</sup>.
- EXCEDENTE.- La retribución que debe considerarse para establecer el montante indemnizatorio de un trabajador excedente no readmitido es la que le habría correspondido percibir en la fecha del despido<sup>[42]</sup>.
- CESIONES ILEGALES.- Si la sentencia que declaró ilegal la cesión no es firme, la retribución a tener en cuenta a efectos de la indemnización y salarios de trámite por despido improcedente es el que los trabajadores percibían a la fecha del despido<sup>[43]</sup>; en otro caso, se estará al salario declarado en la sentencia que proclamó la ilegalidad de la cesión<sup>[44]</sup>.
- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Cuando se concierta indebidamente una relación administrativa, el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente no incluye la cantidad percibida en concepto de IVA, pues no retribuye la actividad ni posee carácter salarial; además, el importe global fijado para un periodo de actividad de dieciocho meses ha de ponderarse entre tal número de unidades mensuales<sup>[45]</sup>.

#### **X. Apunte final**

La sentencia noticiada surge en pleno debate acerca de la suficiencia y finalidad de la indemnización por despido improcedente. La doctrina constitucional sobre control de convencionalidad y la entrada en vigor de los mecanismos fiscalizadores sobre cumplimiento de la Carta Social Europea están en el origen de ello.

La regulación actual (basada en tomar como base para el cálculo las magnitudes resultantes de salario y tiempo de prestación de servicios) casa bien con la jurisprudencia civil, pues le permite una asignación proporcional del carácter privativo o ganancial que posea la indemnización por despido improcedente. Lógicamente en la medida en que ese cálculo se complique por la entrada en juego de otros vectores, también sucedería así con la asignación de ontología desde la perspectiva del régimen económico matrimonial.

## Referencias:

1. ^ *El despido tuvo lugar el 4 de abril de 2017 y la disolución del régimen económico se produjo con la firmeza de la sentencia de divorcio dictada el 13 de noviembre de 2017.*
2. ^ *La STS 386/2019 de 3 julio explica que “en consecuencia, no tienen carácter ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales”.*
3. ^ *“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”.*
4. ^ *Conforme al artículo 398.2 LEC “En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.”.*
5. ^ *Sigo los Estudios de Jurisprudencia Social Unificada, elaborados en colaboración con F. Cavas Martínez y publicados por la Editorial Aranzadi.*
6. ^ *SSTS 25 febrero 1993 (RJ 1993, 1441) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete); 8 junio 1998 (RJ 1998, 5114); 27 diciembre 2010 (RJ 2011, 402).*
7. ^ *STS 21 septiembre 1999 (RJ 1999, rec. 2256/1998) (Ponente, Sr. Martínez Garrido).*
8. ^ *SSTS de 27 septiembre 2004 (RJ 2004, 6986) (Ponente, Sr. Fuentes López).*
9. ^ *STS 24 octubre 2006 (RJ 2006, 7852) (Ponente, Sr. Fuentes López).*
10. ^ *SSTS de 25 septiembre 2008 (RJ 2008, 6599) (Ponente, Sr. Martín Valverde) y 14 junio 2018 (RJ 2018, 32739) (Ponente, Sr. Sempere Navarro).*
11. ^ *SSTS 30 junio 2008 (RJ 2008, 7047), 24 enero 2011 (RJ 2011, 403), 9 mayo 2011 (RJ 2011, 4744); 17 diciembre 2013 (RJ 2014, 402) y 19 julio 2017 (RJ 2017, 4162).*
12. ^ *STS 21 diciembre 2005 (RJ 2006, 589) (Ponente, Sr. García Sánchez).*
13. ^ *STS de 2 octubre 2013 (RJ 2013, 8447) (Ponente, Sra. Arastey Sahún).*
14. ^ *STS de 26 enero 2006 (RJ 2006, 2227) (Ponente, Sr. Martín Valverde).*
15. ^ *SSTS de 18 febrero 2016 (RJ 2016, 793) (Ponente, Sr. Sempere Navarro); 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 5380) y 10 mayo 2018 (RJ 2018, 2638) (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).*
16. ^ *SSTS, Pleno, de 20 junio 2018 (RJ 2018, 3532) (Ponente, Sr. Blasco Pellicer) y 29 junio 2018 (RJ 2018, 3819). Su doctrina es aplicada por las SSTS de 11 julio 2018 (RJ 2018, 4370); 14 febrero 2019 (RJ 2019, 1617); 11 mayo 2021 (RJ 2021, 2459); 26 enero 2022 (RJ 2022, 768) (Ponente, Sr. Moralo Gallego) y 9 marzo 2022 (RJ 2022, 1399) (Ponente, Sr. Bodas Martín).*
17. ^ *SSTS 13 octubre 1998 (RJ 1998, 7429) (Ponente, Sr. Salinas Molina); 30 marzo 1999 (RJ 1999, 4414); 15 noviembre 2000 (RJ 2000, 10291) y 12 julio 2010 (RJ 2010, 6803).*
18. ^ *SSTS 29 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7540), 15 febrero 2000 (RJ 2000, 2040), 18 septiembre 2001 (RJ 2001, 8446); 18 febrero 2009 (RJ 2009, 2182) y 17 marzo 2011 (RJ 2011, 3419).*
19. ^ *STS de 29 marzo 2017 (RJ 2017, 1806) (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).*
20. ^ *SSTS 20 (Ponente, Sr. Bris Montes) y 21 febrero 1997 (RJ 1997, 1457 y 1572); 16 abril 1999 (RJ 1999, 4424); 29 septiembre 1999 (RJ 1999, 7540); 15 febrero 2000 (RJ 2000, 2040). La serie continúa con las SSTS 18 septiembre 2001 (RJ 2001, 8446), 10 y 9 abril 2005 (RJ 2005, 3034 y*

- 4536); 8 marzo 2007 (RJ 2007, 4176, 3613); 17 diciembre 2007 (RJ 2008,1390); 8 noviembre 2016 (RJ 2016, 5895) y 25 marzo 2022 (RJ 2022, 1957) (Ponente, Sra. García Paredes).
21. ^ Véanse las sentencias citadas en la nota anterior y en notas subsiguientes.
  22. ^ SSTS de 7 (2) junio 2017 (RJ 2017, 2922 y 3166) (Ponentes, Sr. Agustí Juliá y Sra. Virolés Piñol).
  23. ^ STS de 25 julio 2014 (RJ 2014, 4941)(Ponente, Sr. Agustí Juliá).
  24. ^ SSTS de 17 octubre 2006 (RJ 2006,9476) (Ponente, Sr. Iglesias Cabero) y 15 noviembre 2007 (RJ 2008,1387); 17 enero 2008 (RJ 2008, 240) y 11 mayo 2009 (RJ 2009, 4547)(Ponente, Sr. López García de la Serrana).
  25. ^ STS de 2 diciembre 2020 (RJ 2020, 5599) (Ponente, Sr. Bodas Martín).
  26. ^ STS de 9 diciembre 2020 (RJ 2020, 4959) (Ponente, Sr. Molins García-Atance).
  27. ^ SSTS de 26 enero 2022 (RJ 2022, 740) (Ponente, Sr. Sempere Navarro) y 8 marzo 2022 (RJ 2022, 1767) (Ponente, Sra. Ureste García).
  28. ^ SSTS 8 marzo 1993 (RJ 1993, 1712)(Ponente, Sr. Martínez Emperador); 30 junio 1997 (RJ 1997, 4950); 30 noviembre 1998 (RJ 1998, 10043); 21 marzo 2000 (RJ 2000, 3421); 5 febrero 2001 (RJ 2001, 2144).
  29. ^ SSTS de 31 octubre 2007 (RJ 2008, 297)(Ponente, Sra. Virolés Piñol); 12 noviembre 2007 (RJ 2007, 9334); 11 febrero 2009 (RJ 2009, 1335); 20 julio 2009 (RJ 2009, 4184)(Ponente, Sr. Gullón Rodríguez).
  30. ^ SSTS 30 junio 1997 (RJ 1997, 4950) (Ponente, Sr. Campos Alonso); 26 septiembre 2001 (RJ 2001, rec. 4414/2000)(Ponente, Sr. Botana López).
  31. ^ STS 4 abril 2001 (RJ 2001, rec. 3195/2000)(Ponente, Sr. Fuentes López).
  32. ^ STS 16 marzo 1999 (RJ 1999, rec. 2850/98)(Ponente, Sr. Martín Valverde).
  33. ^ STS de 20 de noviembre de 2002 (rec. 337/2002)(Ponente, Sr. Samper Juan).
  34. ^ STS 18 febrero 2003 (RJ 2003, rec. PROV. 118386)(Ponente, Sr. Sampedro Corral).
  35. ^ SSTS 21 diciembre 2001 (RJ 2002, 4269) (Ponente, Sr. Sampedro Corral); 17 enero 2002 (RJ 2002, 3757); 22 noviembre 2005 (RJ 2005, 10048) (Ponente, Sr. Iglesias Cabero).
  36. ^ STS de 10 junio 2009 (RJ 2009, 5016)(Ponente, Sr. Agustí Juliá).
  37. ^ STS de 6 octubre 2009 (RJ 2009, 5660)(Ponente, Sr. Salinas Molina).
  38. ^ SSTS 25 mayo 1999 (RJ 1999, 6002) (Ponente, Sr. Martín Valverde); 21 septiembre 1999 (RJ 1999, rec. 213/1999).
  39. ^ STS 11 diciembre 2001 (RJ 2002, rec. 1817/2001) (Ponente, Sr. Samper Juan).
  40. ^ STS 19 diciembre 2002 (RJ 2003, rec. 3668/2000) (Ponente, Sr. Iglesias Cabero).
  41. ^ STS de 30 junio 2011 (RJ 2011, 6102)(Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).
  42. ^ STS 12 marzo 2003 (RJ 2003, PROV. 118616)(Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea)
  43. ^ STS 13 octubre 1995 (RJ 1995, 7745)(Ponente, Sr. Fuentes López).
  44. ^ STS 22 diciembre 1995 (RJ 1995, rec. 2891/94)(Ponente, Sr. Bris Montes).
  45. ^ STS de 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 5190)(Ponente, Sr. Sempere Navarro).