**Autor: Francisco Cortés Chico, Abogado y Doctorado en Sociedades Anónimas y Cooperativas. Fecha de publicación: 20/09/2018**

**El despido se basa en el último año si el salario es irregular**

* *El TSJ de Galicia estima que si las mensualidades cobradas son desiguales no puede calcularse sólo sobre el mes previo.*

En el caso de que las percepciones del trabajador no sean uniformes mensualmente, para evitar los beneficios o perjuicios que para él o la empresa puedan acarrear, el tomar como salario regulador sólo las retribuciones salariales del mes inmediatamente anterior a la fecha del despido, se debe tomar en consideración la media de lo percibido por tales conceptos en la anualidad anterior, o en el período de vigencia de la relación laboral, si el mismo es inferior al anual.

Así se establece en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 13 de noviembre de 2015, que considera que si a los efectos del módulo salarial computable han de incluirse todas las partidas de naturaleza salarial que lo integran, excluyendo los conceptos extra salariales, según los criterios establecidos por el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, habrán de tenerse en cuenta las cantidades devengadas por horas extraordinarias, cuando las mismas se realicen de forma habitual, en este caso a tener muy en cuenta que no podría superarse los importes por horas, que superaran las 80 horas anuales.

**Percepciones extra salariales**

Existen determinadas percepciones abonadas al trabajador durante su relación laboral, reflejadas en sus nóminas, y así fijadas en la propia demanda de despido, en concreto las relativas a dietas, plus de transporte, pluses de distancia y kilometraje, a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, que literalmente dice:

**Artículo 26. Del salario.**

1. Se considerará salario 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, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.

En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2, el salario en especie podrá superar el treinta por ciento de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional.

2. No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

3. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

4. Todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario.

5. Operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia.

Por lo que entiende el Letrado, que no tienen la consideración de salario, al faltarles el carácter de contraprestación por los servicios realizados, y por tanto, se trata de percepciones extra salariales, cuya finalidad no es remuneratoria sino asistencial, indemnizatoria o compensatoria, entre otros el plus de transporte, que resarce por el uso necesario debido a la distancia entre su domicilio y el trabajo, así como las dietas, pluses de distancia y kilometraje.

Los parámetros utilizados para calcular la base reguladora de la prestación de desempleo son diferentes a los usados para fijar la indemnización por extinción del contrato.

En estos casos, se excluye la retribución por horas extraordinarias, con independencia de su inclusión en la base de cotización por contingencia profesional, fijada en el artículo 224 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Estas retribuciones no se incluyen en el certificado de empresa.

**Doctrina del Supremo**

Con respecto al cálculo de la compensación por despido improcedente, el Tribunal Supremo ha establecido la obligación de discriminar en los cálculos entre el tiempo trabajado antes y después de la reforma laboral, algo que estaban olvidando algunos juzgados de lo Social, a pesar de la claridad meridiana con que está regulado en la Disposición transitoria quinta. 2 del Real Decreto-Ley 3/2012.

En su sentencia de 29 de septiembre de 2014, recuerda esta regulación, que exige que la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley se calculará en 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios previo a la fecha de entrada en vigor, o sea hasta el 11 de febrero de 2012, que establece la Reforma Laboral, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación posterior, o sea a partir de 12 de febrero de 2012, que establece la Reforma Laboral.

El importe indemnizatorio no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Para aclarar el tema, cito los límites a tener en cuenta para determinar el importe de la indemnización máxima a abonar:

Si la indemnización resultante del tramo 1º supera los 1260 días, el importe total de la indemnización a abonar será el correspondiente a 1260 días de salario (42 mensualidades), y a dicho importe no se acumularán los días de indemnización calculados conforme al tramo 2º.

Si la indemnización resultante del tramo 1º supera los 720 días y es inferior a los 1260 días, ese número de días será el que se utilice para calcular el importe total de indemnización a abonar, es decir, que tampoco en este caso se acumulan los días calculados conforme al tramo 2º.

En consecuencia, en el caso de contratos con antigüedad anterior a febrero de 1996 la indemnización ha quedado ya topada o “congelada en su cómputo”, sin que los años futuros de antigüedad que transcurran vayan a incrementarla en modo alguno.

Si la indemnización resultante del tramo 1º no supera los 720 días, se respetará dicho importe y el mismo se sigue incrementando a razón de 33 días por año, (conforme a los importes calculados en el tramo 2º). La indemnización será la resultante de agregar la calculada por ambos tramos pero con el límite conjunto de 720 días, (24 mensualidades).

Cuando el despido sea declarado improcedente, 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. Si se opta por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procederá esta última.