

ASUNTO: *“Sobre despido del director de música de la escuela municipal de música y cálculo de indemnizaciones”.*

1724/22

AAR

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-
Presidente/a del Ayuntamiento de _____, se emite el presente

INFORME

ANTECEDENTES

En la solicitud de informe manifiestan lo siguiente:

“Informe jurídico para proceder al despido laboral del profesor de música de la escuela municipal de música. Coste de la indemnización de la extinción del contrato y valoración de las causas objetivas de despido. ”

LEGISLACIÓN APLICABLE

- Real Decreto Legislativo 2/2015 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.
- Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público
- Real Decreto Legislativo 5/2015, Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
- Ley 13/2015 de la Función Pública de Extremadura

FONDO DEL ASUNTO

NOTA:

En 2021 ya nos hemos pronunciado sobre esta misma cuestión en el Expediente N.º _____ al cual nos remitimos y volvemos a reproducir, con las novedades que más abajo se recogen.

ASUNTO: Sobre cálculo aproximado de indemnización por despido objetivo e improcedente de profesor escuela municipal de música.

PRIMERO

Con anterioridad del cálculo de dichas indemnizaciones debe tenerse en cuenta que si no se acredita en sede judicial las causas del despido objetivo, el mismo se puede tornar en improcedente o nulo. Este último podría sustentarse, por ejemplo, en la discriminación del Art- 53.4 ET, al haber otro profesor de música con mucha menos antigüedad que al que se pretende despedir. En este caso la nulidad del despido conllevaría la readmisión obligatoria del trabajador a su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir (Art. 55.6 ET) desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, lo que puede suponer retribuciones de varios meses.

Con carácter previo hay que aclarar que se tratan de cálculos aproximados puesto que como exponemos más adelante ha habido que integrar algunas lagunas y el sistema propuesto para dicha integración (para el caso de que se llevara a cabo la extinción) debería ser revisado en orden a verificar su validez contrastada legal y jurisprudencialmente.

Conviene distinguir lo siguiente:

a) **Días de indemnización:**

- Para el **despido objetivo** (Art 53.1 b) ET), la indemnización que corresponde sería la cantidad resultante de multiplicar el salario diario por 20 días por cada año de servicio prestado o antigüedad si no ha habido interrupción, hasta un máximo de 12 mensualidades.
- Para el **despido improcedente** (Art. 56 ET), la indemnización sería 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.

Pero en este caso debe tenerse también en cuenta también el apartado 2 de la Disp. Trans. Undécima ET: "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

- *Para la determinación de la antigüedad o del tiempo de servicios computables a efectos de cálculo de la indemnización, se aplicará lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011 que precisaba que debe hacerse por meses completos aun cuando no se hubiera concluido el último de ellos antes del despido. (Los días “de pico” que no completen un mes, computan como un mes entero)*

b) Salario diario:

No resulta pacífica la doctrina en cuanto a los criterios jurisprudenciales encontrados para el cálculo de la indemnización.

A) Mientras que para unos “el salario que se ha de tener en cuenta es el de la fecha del despido, en concreto, el salario real percibido en el último mes anterior al despido prorrateado con las pagas extra (salvo circunstancias especiales como la oscilación de los ingresos que sean irregulares o la pérdida injustificada -fraude- de una percepción salarial no ocasional o puntual....-STS 17.06.15EDJ129747; STS27.06.18 -)

B) En cambio para otros, “una vez acreditado el salario bruto anual, el salario diario regulador, que se utiliza para calcular la indemnización y los salarios de tramitación, es el cociente resultante de dividir dicha retribución global por los 365 días que al año corresponden-366 para años bisiesto” (STS 17.02.13 EDJ273977; 24.01..11)

c) Integración de lagunas:

Para el caso de que no existiera nómina de alguno de los doce meses anteriores a la extinción o se hubiera producido una situación que pudiera distorsionar el cómputo anual (p.ej: disfrute de algún permiso no retribuido), se han integrado dichas lagunas con el salario que correspondiera al mes anterior, salvo enero por producirse la regularización correspondiente al incremento del SMI.

SEGUNDO

CÁLCULO APROXIMADO DE LAS INDEMNIZACIONES (a fecha _/_/_)

Vamos a hacer el cálculo de la letra A) anterior: salario último mes/30), es decir, el salario a tener en cuenta es el salario real percibido en el último mes anterior al despido, tomando como base la nómina de septiembre.

Salario bruto mensual: ___ € (en este caso, con inclusión parte proporcional paga extra)

Salario bruto diario : ___ €

Cálculo despido objetivo:

20 días/año servicio, máx 12 mensualidades)

Teniendo en cuenta que lleva trabajando desde el __/__/__ = 12 años

20 X 12 = 240 días X ___ € = ___ €

No se superan las cuantías máximas permitidas (20 días /año serv. Máx 20 mensualidades)

Cálculo despido improcedente:

Siguiendo la Disp. Trans. Undécima ET:

Desde el __/__/__ al __/__/__ a razón de 45 días año: 2 años, 3 meses, 17 días (= 4 meses)

2 años: 45 X 2 = 90 días.

Prorratio 4 meses = 15 días

105 días X ___ = _____ €

Desde el __/__/__ al __/__/__ a razón de 33 días año: 9 años, 8 meses, 15 días (9 meses)

9 años: 33 X 9 = 297 días

Prorratio 9 meses = 24,75 = 26 días

297 + 26 X ___ = _____ €

Total indemnización: _____ €

No se superan las cuantías máximas permitidas (720 días de salario)

Otros conceptos a tener en cuenta (para uno u otro tipo de despido)

- Incluir compensación económica vacaciones no disfrutadas,

-(no procede incluir parte proporcional pagas extra pues ya se prorratio en las nóminas mensuales.)

NOTA: El cálculo diario del salario de la de la letra B) sería _____ € (una vez acreditado el salario bruto anual, el salario diario regulador, que se utiliza para calcular la indemnización y los salarios de tramitación, es el cociente resultante de dividir dicha retribución global por los 365 días que al año corresponden-366 para años bisiesto" (STS 17.02.13; 24.01.11)

TERCERO.- OTRAS CUESTIONES

Dado que tiene un contrato por obra y servicio determinado el trabajador habría adquirido la condición de indefinido no fijo por varias cuestiones recogidas en el Art. 15.1 a) ET y el R.D. 2720/1998, tales como más de 3 años transcurridos, no descripción de la obra, etc. (Todo ello con independencia de si las fechas de los cursos son ciertas o no para tildar la relación laboral de a tiempo parcial por tiempo indefinido o fijo discontinuo)

Dada la fecha que estamos y teniendo en cuenta que el R.D. Ley 14/2021 se está tramitando actualmente como ley ordinaria (por tanto a expensas de su redacción definitiva), conviene tener en cuenta que si el asunto llega a sede judicial y se declarara el despido improcedente o nulo, la plaza tendría que salir a OEP de estabilización, salvo que se decidiera suprimir el servicio y se amortizara aquélla.

FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO. SOBRE EXISTENCIA O NO DE CAUSAS O MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEN EL DESPIDO.

La cuestión sigue siendo la misma; estriba en justificar y motivar la posible causa legal del **despido** pues de lo contrario se tornará en **nulo o improcedente**.

El Art. 49 regula la extinción del contrato por varias causas legales: ((a) Por mutuo acuerdo de las partes. b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. c) Por expiración del tiempo convenido. d) Por dimisión del trabajador) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. j) Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario. k) Por despido del trabajador. l) Por causas objetivas legalmente procedentes.

Pero **la novedad** ahora es que la reforma laboral (operada por el R. D. Ley 32/2021) **ha derogado la Disp. Adic. 16ª ET que regulaba el despido objetivo por causas económicas, técnicas y organizativas en el Sector Público**. Y no habiendo aún fallos judiciales al respecto, los especialistas y operadores jurídicos aparecen divididos sobre el alcance de dicha derogación:

Así para un sector amplio está claro que no se puede practicar el despido objetivo en las AAPP. La Disposición Derogatoria Única del R. D. Ley 32/2021 es tajante: "2. Quedan derogados expresamente el artículo 12.3, los apartados 1 y 2 de la disposición adicional decimoquinta, la disposición adicional decimosexta y la disposición adicional

vigesimoprimera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.”

A este respecto el Art. 2.2 del Código Civil señala que : *“ Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado “*

No obstante lo anterior, otros consideran (aun así) que un Ayto cuando celebra un contrato laboral es un empresario o empleador, pudiendo hacer uso del despido objetivo de los Arts 52 y 53 en relación con el Art. 51 ET).

Por todo ello, la sede judicial laboral tendrá que pronunciarse próximamente sobre este asunto.

Recordemos que la Disp. Adic. Sexta regulaba lo siguiente:

“Disposición adicional decimosexta. Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público.

El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de la presente ley y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiéndose como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de

un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior.”

El Art. 52 (Despido Objetivo) recoge que “El contrato podrá extinguirsec) *Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo*

Y el Art. 51: *Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.*

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Y el formalismo sería el del art. 53:

a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundase en el artículo 52.c), con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el

supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

Suponiendo que se pudiera despedir objetivamente, la cuestión sería a qué causa acogerse. Además habiendo otro profesor de música que preste servicios desde hace menos tiempo, el trabajador despedido podría alegar (como decíamos en el anterior informe) **discriminación** o vulneración de algún derecho fundamental o libertades públicas ante el despido objetivo, lo que conlleva la **nulidad** del mismo con readmisión obligatoria y abono de los salarios dejados de percibir desde la decisión extintiva hasta la notificación de la sentencia.

A parte de lo anterior, si la iniciativa la toma el trabajador y obtiene la condición de indefinido no fijo en sede judicial laboral (que lo sería vistos los contratos), si el Ayto extingue su relación laboral el despido sería **nulo** como bastante probabilidad. En este sentido, piénsese que el trabajador podría intentar demostrar la nulidad del despido como represalia por reclamar en sede judicial la condición de indefinido no fijo. Es decir, dentro del **derecho fundamental a la tutela judicial efectiva**, debemos detenernos **en la garantía de indemnidad**, impidiendo que del ejercicio de acciones judiciales del trabajador se puedan seguir represalias o perjuicios, en este caso el despido, el cual sería **nulo** por vulneración de dicha garantía (STS 04.07.13 por ejemplo).

Si el trabajador obtuviera en sede judicial la condición de indefinido no fijo (discontinuo) y el Ayto no lo despidiera, estaría obligado a crear el puesto en la RPT y la plaza en la plantilla, siendo preceptivo sacarla a OEP, fuera del juego de la tasa de reposición (como así lo excepcionan las sucesivas LPGE de los últimos años). Y aquí el Ayto podría decidir en la convocatoria con las bases, si sacarla a oposición libre o concurso oposición libre

Por último estaría la posibilidad del **despido disciplinario**, siempre se hubieran cometidos unos hechos tipificados como falta muy grave del Art. 95 TREBEP ó 152 de la Ley 13/2015 LFPEX que pudieran suponer como sanción tal despido (sin derecho a indemnización alguna), respetando el régimen disciplinario y sancionador tanto del TREBEP, Ley 13/20105, y Leyes 39 y 40/2015.

Para ello tendría que haber material probatorio suficiente que acrediten la comisión de una falta muy grave que conlleve como sanción el despido disciplinario.

Con el fin de fiscalizar y acreditar posibles incumplimientos en un futuro, se recomienda:

- Describir por escrito las funciones, cometidos y tareas de su puesto de

trabajo con notificación al trabajador (recordemos que en el contrato figura como director de la escuela municipal de música y lo que ello pudiera implicar en relación a la impartición de clases, asistencia a ensayos y conciertos, teniendo en cuenta que presta servicios otro profesor de música).

- Poner un terminal de control de horario y asistencia al trabajo

Por último debieran regularizar la prestación de servicios del profesor de música, el cual no tiene contrato laboral sino que se abonan facturas, no existiendo contrato administrativo de servicios; con lo cual podría acreditar la relación laboral de los servicios en sede judicial social.

SEGUNDO. SOBRE INDEMNIZACIONES SEGÚN LA CALIFICACIÓN DE LOS DESPIDOS.

Para el cálculo de las indemnizaciones habría que tomar como referencia la última nómina ordinaria . La nómina de _/_/_ tiene un salario bruto mensual de ____ €; el salario diario sería: ____ €. En función de esta última cantidad aplicaríamos los cálculos realizados en la consulta de 2021 con los días trabajados hasta la fecha de la extinción, suponiendo que sea por ejemplo el _/_/_, fecha en la que cumpliría 13 años de prestación de la relación laboral.

CÁLCULO APROXIMADO DE LAS INDEMNIZACIONES (a fecha _/_/_)

Salario bruto mensual: _____ € (en este caso, con inclusión parte proporcional paga extra)

Salario bruto diario : _____ €

CÁLCULO DESPIDO OBJETIVO:

20 días/año servicio, máx 12 mensualidades)

20 X13 =260 días X ____ € = _____ €

CÁLCULO DESPIDO IMPROCEDENTE:

Siguiendo la Disp. Trans. Undécima ET:

Desde el _/_/_ al _/_/_ a razón de 45 días año: 2 años, 3 meses, 17 días (= 4 meses)

2 años: $45 \times 2 = 90$ días.

Prorrrateo 4 meses = 15 días

105 días \times ____ = _____ €

Desde el __/__/__ al __/__/__ a razón de 33 días año: 10 años, 8 meses, 15 días (9 meses)

10 años: $33 \times 10 = 330$ días

Prorrrateo 9 meses = $24,75 = 26$ días

Total días $356 \times$ ____ € = _____ €

$330 + 26 \times 1$ ____ = _____ €

TOTAL = _____ + _____ = _____ €

No se superan las cuantías máximas permitidas (720 días de salario)

Otros conceptos a tener en cuenta (para uno u otro tipo de despido)

- Incluir compensación económica vacaciones no disfrutadas, en su caso.

-(no procede incluir parte proporcional pagas extra pues ya se prorratea en las nóminas mensuales.)

-El pago de la carrera horizontal

-Los salarios de tramitación comprendiendo los días que transcurran desde que el Ayto extingue la relación laboral hasta la notificación de la sentencia (varios meses)

CONCLUSIONES

El despido objetivo en las AAPP regulado en la Disp. Adic. Decimosexta del ET ha sido derogado expresamente con la reforma laboral, a pesar de que cierto sector entiende que un ayuntamiento cuando celebra un contrato laboral es un empleador o empresario, pudiendo acudir a dicho despido vía Art. 51, 52 y 53 del ET.

No obstante lo anterior, al haber otro profesor en la escuela de música con mucha menos antigüedad, no existirían causas aparentes para despedir al director de la escuela de música mediante dicho despido, pudiendo tornarse en nulo en vez de improcedente.

La posibilidad de despido disciplinario cabría para el caso de que se hubiera cometidos faltas muy graves, siempre que se acrediten la comisión de las

mismas mediante material probatorio suficiente.

Con el fin de fiscalizar el cumplimiento de sus obligaciones y acreditar posibles incumplimientos de las mismas por parte del trabajador se recomienda:

-Describir por escrito las funciones, cometidos y tareas de su puesto de trabajo con notificación al trabajador (recordemos que en el contrato figura como director de la escuela municipal de música y lo que ello pudiera implicar en relación a la impartición de clases, asistencia a ensayos y conciertos, teniendo en cuenta que presta servicios otro trabajador como profesor de música).

-Poner un terminal de control de horario y asistencia al trabajo

Debiera regularizarse la prestación de servicios del profesor de música, el cual no tiene contrato laboral sino que se le abonan facturas, no existiendo contrato administrativo de servicios; podría acreditar la relación laboral de los servicios en sede judicial social.

Se realizan los cálculos aproximados de las indemnizaciones por los diferentes despidos.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de _____, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz, 2022