

TRIBUNA



La viabilidad de la reclamación de las diferencias del importe de indemnización por despido colectivo a través del procedimiento ordinario. Reminiscencias de una época pasada

Luis SÁNCHEZ QUIÑONES

Abogado, Área Laboral ONTIER

Resumen

La transformación del procedimiento de extinción colectiva de los contratos de trabajo acaecida en el año 2012 y la introducción de la figura del despido colectivo, ha generado un importante volumen de decisiones judiciales que ha ido delimitando los numerosísimos pormenores derivados de dicho cambio legislativo. Nuestros tribunales han realizado un importante esfuerzo doctrinal y jurisprudencial destinado a limar las posibles imperfecciones legislativas creando un cuerpo muy estimable que sin embargo, en determinadas ocasiones, arroja resultados no del todo acordes con la nueva letra de la Ley.

Tras la reforma introducida en el año 2012 que trajo consigo la supresión de la hasta entonces preceptiva autorización administrativa en los procedimientos de regulación de empleo, y la creación de un nuevo despido colectivo sustraído del tradicional control de la administración laboral, las dudas relativas en torno a su tramitación y a la resolución de las contingencias surgidas al amparo del mismo se han visto notoriamente incrementadas.

Esta dudas, de notable trascendencia respecto de la tramitación del procedimiento que se suscitaron en los inicios de la implantación de la nueva regulación, se han trasladado

posteriormente y a fecha de los presentes, a la fase de impugnación y sobre todo, a la modalidad procesal concreta que debe regir cuando se está discutiendo la cuantificación de la indemnización derivada del despido colectivo.

Recordemos que la presente cuestión, vigente el Real Decreto 43/1996 en materia de Regulación de Empleo, se despachaba derivando la correcta cuantificación de la indemnización vía procedimiento ordinario. La justificación de dicha modalidad procesal, resultaba harto sencilla, ya que, de conformidad con lo dispuesto en su art. 14.2 así lo preveía e incluso, procesalmente hablando no existía otra opción puesto que la impugnación de la extinción colectiva era competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 de la citada norma.

Todo ello cambió, tras la supresión del régimen de autorizaciones administrativas que conllevó la desaparición de la decisión administrativa y la transferencia de la ejecutividad de la misma al empresario, puesto que en correlación con lo dispuesto en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social (en adelante, «LJS»), se abría la opción a impugnar judicialmente el despido ante los órganos de la jurisdicción social.

Dicha impugnación contemplaba una doble vertiente colectiva e individual —ex. arts. 120 y 123 LJS y a su vez, por la tradicional impugnación del despido individual— multiplicando —al menos, a priori— las opciones con las que contaba el trabajador afectado para lograr un reconocimiento a las pretensiones de determinación de la correcta indemnización.

Obviando la posible impugnación colectiva, el trabajador afectado, puede verse en tres situaciones distintas:

1.- Conformidad con la decisión, pero disconformidad con la cuantificación.

Esta disconformidad, podía deberse a un mero error aritmético o a errores de mayor calado como la antigüedad o la cantidad.

2.- Disconformidad con la decisión, sin entrar a valorar la indemnización.

3.- Disconformidad con la decisión de fondo y además, con la indemnización puesta a disposición.

Cada una de estas opciones, ha tenido un tratamiento netamente diferenciado por nuestra jurisprudencia, si bien, es la cuestión relativa a la primera de todas ellas —mera disconformidad con la indemnización entregada, sin impugnar el fondo— la que mayores problemas procesales está planteando.

Tales problemas obedecen a la falta de univocidad sobre la vía procesal adecuada, ya que solo se discute el *quantum* indemnizatorio sin que sea necesario conocer de la pretensión relativa a la discusión sobre la procedencia o improcedencia de la decisión empresarial adoptada, y más concretamente, de la adscripción del trabajador a la misma.

Respecto de los dos supuestos restantes, la controversia es menor puesto que la discusión del fondo del asunto obliga a dictar una Sentencia que declare en primer lugar, si la medida ha sido ajustada a Derecho (la cual en la mayoría de las ocasiones, ya ha sido determinada por la decisión adoptada por el órgano competente en el despido colectivo) y, en segundo lugar, si la inclusión del actor ha sido correcta.

Ambas preguntas pueden ser resueltas, bien por medio de la acción colectiva tramitada de conformidad con los arts. 120 a 123 LJS, o en su caso, por medio de la acción individual disciplinada en el art. 103 del mismo cuerpo legal, sustanciándose en todo caso, la discusión por

medio del procedimiento de despido, el cual es, a todas luces, el único adecuado para sustentar ambas controversias, no ofreciendo por tanto mayores dudas.

Distintas son las razones que aconsejan un análisis más pormenorizado de las acciones cuando únicamente se discute la cuantía de la indemnización. Varios son los problemas que plantea la presente discusión, derivados en buena medida de la dicción de la norma estatutaria y, de la ausencia de un análisis conjunto de los distintos preceptos afectados.

Así, recordemos que el despido colectivo se sustancia por los trámites del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, «ET»), ejecutándose la aplicación individual de la medida, sin embargo por lo dispuesto en el art. 53 del mismo cuerpo legal.

El referido artículo, como ya es conocido exige en su apartado primero que se observen los siguientes requisitos: i) comunicación escrita al trabajador expresando la causa; ii) poner a disposición del trabajador, de forma simultánea a la entrega de la comunicación, la indemnización de veinte días por año de servicios con el límite de doce mensualidades; iii) otorgar un preaviso de quince días, y en su caso, facilitar copia a los representantes legales de los trabajadores.

De inicio no se advierte diferencia entre el despido objetivo individual ex 52 ET y la ejecución de la medida de despido colectivo del art. 51

De inicio, no se advierte diferencia alguna entre el despido objetivo individual fundado en el art. 52 ET y la ejecución de la medida de despido colectivo preceptuada en el art. 51. Las exigencias formales, puestas sobre la mesa, son exactamente idénticas, si bien, nuestros tribunales ya han ido evidenciando diversas diferencias, las cuales por razones en algunos casos de pura lógica, demostraban la necesidad de distinguir donde la norma no lo hace.

Claro ejemplo, es el requisito indicado en el art. 53.1 a) «comunicación escrita», el cual ha sido relativizado y suavizado por el Tribunal Supremo **(Cfr. por todas, Sentencias de fecha 21 de junio, 14 de julio y 21 de**

diciembre de 2016 y 1 de marzo de 2017) afirmando que la existencia de un período de consultas previo, permite considerar que la representación legal de los trabajadores ha informado debidamente a los trabajadores de las causas y motivos que figuran en el marco de la medida de despido colectivo, lo que justifica en su caso, suprimir —sobre todo mediando acuerdo— la necesidad de transcribir pormenorizada o extensamente, si se prefiere, las razones en las que se sustenta la decisión colectiva, sin perjuicio de que sí sea necesario justificar de manera específica, las razones concretas de la afección del trabajador a título individual.

El razonamiento seguido por el Alto Tribunal en este supuesto, denota la intención de escindir la aplicación o la ejecutividad individualizada de la medida de despido colectivo de los supuestos en los que nos hallamos ante un despido objetivo individual, por entender que éste último constituye un acto autónomo en sí mismo, lo que exige una valoración conjunta, mientras que en el marco del despido colectivo, media una exposición previa y teóricamente pormenorizada que asegura el conocimiento por los afectados de los motivos que aconsejan la extinción de su contrato de trabajo.

La pregunta inmediata que cabe hacerse es, si realmente tal exégesis es aplicable al caso del cálculo de la indemnización. A priori, parece que podría ser así. Las consecuencias en caso de incumplimiento de cualquiera de los requisitos formales signados en los apartados a) y b) del art. 53.1 ET, se sancionan con la declaración de improcedencia del despido de conformidad con lo previsto en el art. 53.4 Et. Por tanto, si se relativiza la necesidad del contenido de la comunicación, racional es asumir que esa flexibilidad se puede transmitir al cálculo de la indemnización.

Esta cuestión, es que la que como hemos anticipado está ocupando a nuestros tribunales, sobre todo, cuándo es la única cuestión controvertida en el marco de la extinción. Y afecta efectivamente a la vía procesal adecuada para reclamar la misma.

De sobra es conocido, que en el marco del despido objetivo individual, la única opción que cabe para solicitar una mayor indemnización o para denunciar un error —calificable como excusable o no— es la acción de despido regulada en el art. 103 LJS. Así, el Alto Tribunal tradicionalmente rechazaba la posibilidad de que pudiera acudir al procedimiento ordinario (**Cfr. Sentencia de fecha 4 de mayo de 2012**), salvo que se trate de un mero y evidente error aritmético, negando tal posibilidad en el supuesto de que se opte por discutir cuestiones esenciales para el cómputo del quantum indemnizatorio como la antigüedad, el salario o incluso la posible inclusión de conceptos de naturaleza primigeniamente extrasalarial como salariales.

Aplicando idéntico raciocinio, la cuestión se antojaría sencilla. Sin embargo, y como ya advertíamos al principio del presente, no lo es ya que en los últimos años se han podido advertir tres claras tendencias:

1.- La primera de las que podríamos llamar tradicionales y que determinaba que la acción pertinente para reclamar las diferencias existentes en el *quantum*, era el procedimiento ordinario, siempre y cuando el error obedeciera a errores en el cálculo, entendiéndose que quedaba limitada dicha opción a complementar el importe de la indemnización.

Esto es, la que se identificaba con la línea habitual ya marcada por el Tribunal Supremo y que miméticamente se identificaba con los límites trazados para el despido objetivo individual (**Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 22 de enero de 2007 y 29 de septiembre de 2008**).

2.- Una segunda, también enmarcada en los parámetros ya clásicos y que otorgaba a la acción de despido, la facultad exclusiva de discutir las divergencias existentes en el pago de la indemnización, cuando el origen de las diferencias se produjera en alguno de los elementos esenciales para el cálculo de la indemnización, bien obedeciera dicha discrepancia a la calificación, al salario regulador o a la antigüedad postulada, y que resume la Sentencia de fecha 4 de mayo de 2012 ya señalada con anterioridad.

3.- La más reciente que está aceptando la posibilidad de que por medio del procedimiento ordinario se pueda obtener un pronunciamiento favorable, aun cuando se discutan las bases del cálculo (salario y antigüedad).

Esta tesis ha sido sustentada por el Tribunal Supremo (**Cfr. Sentencia de fecha 26 de abril de 2016**).

La citada Sentencia vino a culminar una serie de pronunciamientos dictados por diversos Tribunales Superiores de Justicia, aceptando la posibilidad de que la reclamación de diferencias de indemnización pudiera sustentarse vía procedimiento ordinario, si bien, a nuestro juicio con un razonamiento claramente insuficiente.

Así, el supuesto de hecho que analizaba el Tribunal Supremo en dicha Sentencia, era el siguiente: despido por causas objetivas, no impugnado judicialmente, si bien, la trabajadora reclamó vía ordinaria, una mayor indemnización por estimar que su antigüedad estaba incorrectamente calculada, ya que existían períodos de alta en la Seguridad Social que no habían sido tenidos en cuenta.

La Sala considera que en aplicación de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de enero de 2007 —y no existiendo controversia sobre la calificación del despido—

procedía entender que la acción de cantidad es la adecuada para determinar si procede o no alterar uno de los supuestos de cálculo sobre los que se fundamenta el importe indemnizatorio y que es la antigüedad del trabajador.

Sin embargo, si examinamos la referida Sentencia del año 2007, resulta muy discutible aceptar que el criterio empleado por el Alto Tribunal sea acertado. El referido procedimiento versaba sobre un trabajador que había sido despedido —mediando un reconocimiento expreso de improcedencia por parte de la Empresa— y sin que se discutieran los parámetros de salario-antigüedad por el demandante.

A la vista de la situación, el Tribunal Supremo entiende que, mediando una oferta empresarial —despido con reconocimiento expreso de improcedencia— sobre la que no se plantea cuestión controvertida alguna, carece de sentido exigir que el trabajador acuda a un procedimiento, cuya índole esencial es precisamente determinar los límites concretos y precisos sobre los que debe mediar, en su caso, una hipotética condena empresarial y que versara sobre su calificación y los elementos esenciales para calcular el coste económico de dicha calificación.

Por tanto, observamos que pese a que la Sentencia de abril de 2016 refiere como antecedente inmediato la doctrina sustentada en el año 2007, precisamente la misma, no se compadece especialmente con el supuesto de hecho en el que lo encaja la Sala.

Abundando en lo anterior, la segunda referencia en la que se sustenta la Sala —Sentencia de fecha 4 de mayo de 2012— tampoco permite invocar el razonamiento que se contiene en la Sentencia de fecha 26 de abril de 2016, puesto que igualmente su punto de partida, consiste en un reconocimiento expreso de improcedencia por parte del empresario. A diferencia del supuesto del año 2007, sí se discutía por el trabajador la antigüedad postulada por la Empresa.

En ese supuesto, la Sala resolvió la discusión haciendo suyos pronunciamientos anteriores —**Cfr. Sentencia del Pleno de la Sala de fecha 18 diciembre de 2009**— en la que significó que existiendo conformidad con la calificación del despido, pero no con el *quantum* indemnizatorio, el mismo no puede ser discutido a través de la acción de reclamación ordinaria, cuando se trate de alterar uno de los elementos básicos para dicha discusión, cuál es la antigüedad o el salario real del trabajador y que es controvertido.

A la vista de lo anterior, se advierte que el razonamiento contenido en la Sentencia de fecha 26 de abril de 2016, se aleja diametralmente de lo que venía sosteniéndose hasta el momento por el propio Tribunal Supremo.

Quizás por esa misma razón, este cambio de criterio no ha sido posteriormente ratificado por la Sala en su Sentencia de fecha 2 de diciembre de 2016. En este caso, el Tribunal Supremo desestimó el Recurso de Casación formulado por un trabajador que tras aceptar la indemnización ofertada en su día por la Empresa en el marco de una extinción por causas objetivas, solicitó vía reclamación de cantidad, que se incrementase el abono de una mayor indemnización, justificando la misma en una cláusula de garantía incluida en el contrato de trabajo.

En este supuesto, el Tribunal Supremo entiende que aceptado el ofrecimiento empresarial y no efectuándose salvedad alguna respecto de los elementos esenciales para el cálculo de la indemnización (antigüedad, salario y calificación del despido), no es posible pretender modificar uno de ellos en un procedimiento individual de reclamación de cantidad, el cual debiera tener por objeto únicamente denunciar la falta de pago o en su caso, rectificar los errores aritméticos, pero en ningún caso, denunciar aspectos que ya han sido asumidos con la aceptación expresa de la oferta empresarial.

Si bien la Sentencia cuenta con varios Votos Particulares, lo que cierto es que todo parece indicar que el Alto Tribunal aboga por mantener que solo en aquellos casos en los que exista una plena controversia sobre los elementos esenciales del despido y se acuda a la vía prevista del art. 103 LJS, se puede obtener una sentencia estimatoria y obtener en su caso, las hipotéticas diferencias que puedan deducirse del conjunto de los elementos de la relación laboral.

A la vista de lo anterior, podría presumirse que en el marco del despido colectivo, la posibilidad de acudir a la vía ordinaria queda descartada. Sin embargo, y pese a lo anterior, todo parece señalar que no es así, ya que es una vía que están acogiendo diversos Tribunales Superiores de Justicia.

De hecho, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (**Cfr. Sentencia de 3 de julio de 2015 y 19 de enero de 2015**) ha venido argumentado que cerrar en el marco de un procedimiento de reclamación de cantidad la opción de discutir la verdadera antigüedad o el módulo salarial, impide considerar que la oferta realizada por la Empresa, resulte plena y liberatoria —caso de ser aceptada— puesto que se está privando al trabajador de valorar adecuadamente todos los elementos relacionados con su relación laboral, impidiéndole que otorgue un consentimiento claro y expreso al respecto, lo que vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva, indicando a su vez que, de conformidad con la redacción del art. 14.2 del Real Decreto 43/1996 ya derogado, se justificaría esa libertad en la elección de acción

Sin embargo, la Sala, al realizar ese razonamiento obvia dos cuestiones fundamentales: i) el derecho a la tutela judicial efectiva no suple la impericia o inactividad de la parte (**Cfr. por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril**), por lo que si el trabajador permitió que la acción de despido caducara, pese a que era consciente o mínimamente intuía que existía un error en la puesta a disposición de la indemnización, no puede invocarse el quebrantamiento de ese derecho fundamental, que él mismo ha permitido que precluyera; ii) la invocación del art. 14.2 del Real Decreto 43/1996, decae por su propio peso, ya que la misma se encontraba dotada de sentido, en un escenario en el que la impugnación autónoma de la extinción no era posible por las propias limitaciones legales y reglamentarias existentes, y no en un marco como el actual, en el que el trabajador puede acudir perfectamente a impugnar la decisión extintiva de forma individual.

Pese a ello, el criterio ya señalado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha sido sostenido igualmente por el **Juzgado de lo Social número 31 de los de Barcelona de fecha 11 de enero de 2016**, que da por buenas las anteriores conclusiones.

Mayor atención merece el razonamiento evacuado por el **Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus Sentencias de fecha 28 de noviembre y 23 de diciembre de 2016**. En dichas resoluciones, el Tribunal Superior considera que cuando media conformidad en la calificación del despido del trabajador —tras haberse visto afectado por una medida de despido colectivo— la reclamación de las hipotéticas diferencias debe realizarse en el marco de un procedimiento ordinario y no en el marco del enjuiciamiento de la extinción.

La argumentación ofrecida por la Sala madrileña parte del presupuesto de que en un despido colectivo, existen dos fases: i) una declarativa, en la que se exponen las causas y justificación de la medida; ii) una individualizada o de ejecución, en la que se pone en práctica lo negociado con la representación legal de los trabajadores o en su caso, se ejecuta la decisión empresarial.

Considera la Sala que si el trabajador acepta los términos de la medida, que presupone la calificación del despido y acepta la

La Sala considera que si el trabajador acepta los términos de la medida no es razonable que plantee un procedimiento por despido para discutir dicha calificación

misma, no es razonable que plantee un procedimiento por despido para discutir dicha calificación, cuando ha aceptado la misma, por lo que las cuestiones inherentes a la determinación o cuantificación de la indemnización, debe sustentarse en un proceso ordinario.

Vemos que se acepta parcialmente, el razonamiento ya expuesto por el Tribunal Supremo en torno a la peculiaridad del despido colectivo, y que estriba en estimar que determinados requisitos formales pueden ser flexibilizados por entender que ya han sido objeto de tratamiento durante el Período de Consultas.

En base a ello, la Sala razona que el proceso por despido tiene por objeto determinar la calificación de la extinción del contrato de trabajo, por lo que existiendo aquiescencia respecto de la misma, no es posible iniciar un proceso de despido, ya que el actor carecería de acción. Asimismo, la Sala entiende que por razón de esa conformidad con la calificación, la determinación del *quantum* indemnizatorio, pasa a tener un aspecto secundario, careciendo de autonomía para poder determinar por sí mismo, la improcedencia del despido.

Desde un punto de vista crítico, la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, plantea varios problemas que no son resueltos por dichas Sentencias:

1.- En primer lugar, el tenor literal del art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, el cual según su literalidad no permite excepciones, ni tan siquiera en el marco de la medida de despido colectivo.

Así, tratar de establecer una analogía similar a las excepciones que ha aceptado el Tribunal Supremo sobre el requisito formal del contenido de la comunicación, no es a nuestro juicio aceptable, ya que si bien la información sobre las causas, términos y alcance de la medida pueden haber sido expuestos en el Período de Consultas —lo que reduciría el deber de información y por tanto, el contenido de la misiva— no se traduce sin embargo, en que el trabajador o el conjunto de todos ellos, conozcan el importe indemnizatorio, ni los parámetros que han sido tenidos en cuenta.

Cuestión distinta es que durante el Período de Consultas se tratase específicamente dicha cuestión, en cuyo caso, si se aportase incluso un listado individualizado especificando los parámetros de cálculo, podría alcanzarse una conclusión similar.

2.- En segundo lugar, entender que el trabajador carece de acción por haber mostrado su conformidad con la adscripción a la medida, implica limitar *de facto* —y sin que exista previsión legislativa al respecto— el ejercicio de la acción de despido. Por el contrario, aceptar dicha falta de acción supone impedir en la práctica que se pueda invocar un efecto que sí se encuentra expresamente regulado en el art. 53 ET, obviando el efecto de dicha mención legal, sin que exista amparo normativo ni reglamentario que lo justifique.

Recordemos que el ámbito de la acción de despido del art. 103 LJS no prevé limitaciones a su alcance, más allá de la impugnación de la extinción por las razones que fueren.

3.- En tercer lugar, se está petrificando —con un efecto perverso sobre la seguridad jurídica prescrita en el art. 9.3 de la Constitución— un anacronismo derivado de la imposibilidad de acudir al procedimiento por despido que regía antes de la reforma del año 2012 y que se consagraba en el Real Decreto 43/1996.

Dicha situación, carece de sentido a día de hoy, ya que nada impide que el trabajador pueda mostrar su disconformidad con la medida de despido, aunque solo sea en términos indemnizatorios. Lo que no puede consagrarse, es la sustitución del plazo de caducidad de veinte días para accionar por despido, mutándolo por el más largo de un año de prescripción, sin razón alguna que lo justifique.

El desconocimiento, la impericia o la pérdida de la acción no justifica que se prolongue indebidamente la vigencia del plazo para accionar en detrimento de las obligaciones procesales más elementales.

4. En cuarto lugar, se desnaturaliza el procedimiento por despido, ya que se escinde del mismo —en una deriva nada recomendable— una de las cuestiones que tradicionalmente han estado vinculadas a su régimen.

En efecto, la discusión de la antigüedad-salario, como cuestión esencial, ha sido uno de los grandes debates (aparte de la causa) sobre los que ha basculado la decisión del Juzgador. Tales parámetros son los que sustentan, la condena o absolución de la empresa, señalándose en los arts. 104 y 107 LJS, la necesidad de que en la demanda y en la Sentencia consten expresamente identificados los mismos.

5.- En quinto lugar, el Tribunal Supremo (Cfr. Sentencia de 18 de febrero de 2014) ha aceptado expresamente que los trabajadores afectados por la medida colectiva puedan discutir las cuestiones relativas a su relación laboral individual, incluso en los supuestos en los que ha mediado acuerdo expreso entre las partes, o cuando la medida colectiva hubiera sido ratificada judicialmente.

Pretender limitar ese conocimiento de la posición individualizada y pormenorizada del trabajador carece de justificación, puesto que en nada obsta a ello la redacción de la vigente Ley de la Jurisdicción Social, si bien exige que el trabajador sea consciente de sus obligaciones procesales y acciones en tiempo y forma.

Como colofón de todo lo anterior, baste señalar que recientemente el Tribunal Supremo en su **Sentencia de fecha 24 de febrero de 2017**, ha ratificado el criterio sostenido en la Sentencia dictada en el mes de diciembre anterior. No parece por tanto, que a corto plazo, vaya a rectificar su criterio retornando al fijado en el mes de abril de 2016.

En cualquier caso, consideramos que existen argumentos suficientes para evitar retomar esa senda, la cual por otro lado, carece de sustento tanto por los antecedentes más inmediatos que ha expresado el Tribunal, como por tratarse de un encaje procesal y retórico incompatible con la nueva regulación procesal del despido colectivo regulada en la Ley de la Jurisdicción Social.