

DIFERENCIAS INDEMNIZATORIAS POR DESPIDOS COLECTIVOS: ¿CERRADA LA VÍA PARA ELUDIR LA CADUCIDAD EN SU RECLAMACIÓN?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 163/2017, de 24 de febrero, RCU 1296/2015**

*Hoy no queda casi «nada» de lo de antes
Y «lo» que hay, «ha» cambiado; «ha» cambiado, sí*

Versión adaptada de «20 de abril», Celtas Cortos

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

1. MARCO LEGAL: VOLUNTAD LEGISLATIVA DE INNOVACIÓN RESPECTO DEL PASADO

Fiel a la más arraigada tradición jurídico-laboral española, que viene asociando la doble vertiente del régimen del despido, la sustantiva y la procesal, el cambio legal en el régimen del despido colectivo conllevó, con la reforma de 2012, intensísimos cambios en su régimen procesal, multiplicando los problemas aplicativos. De las, muchas, controversias suscitadas por el contraste entre la vertiente de impugnación colectiva –art. 124 LRJS– y la individual –arts. 120-123, y art. 124.13 LRJS–, una ha sido la identificación de las opciones de los trabajadores afectados por los «nuevos» procedimientos de regulación de empleo para satisfacer adecuadamente su pretensión indemnizatoria, en particular cuando, aceptada la causa legitimadora del despido colectivo (también del objetivo plural), se ponían en duda las bases de la cuantificación. Evidentemente, asentado que si hay disconformidad con la calificación del despido, la vía procesal exigida será siempre la modalidad especial, podría resultar más abierta la opción si lo único discutido es la cuantía de la indemnización correspondiente, pues seguiría teniendo chance normativa el recurso al procedimiento ordinario, vía preferida por el legislador bajo la vigencia del régimen precedente (art. 14.2 RD 43/1996).

Cierto, el cambio de modelo desde la vieja autorización administrativa a la moderna de la libertad de regulación de empleo –socialmente condicionada a un proceso de negociación colectiva de buena fe previo, preceptivo, pero sin devenir obligación de acordar– ha sido radical. En este

contexto, ¿era seriamente previsible mantener, por vía interpretativa, ante el silencio del legislador, ese resabio del pasado en la contemporaneidad? Honestamente, y sin perjuicio de reconocer las múltiples deficiencias de coordinación de los diferentes preceptos en juego, estoy convencido de que ni del tenor literal de los preceptos legales –estatutario y procesal– ni de esa falta de coherencia sistemática del conjunto cabría albergar las dudas que, posteriormente, fueron emergiendo.

A este respecto, la brecha entre la interpretación esperable de la nueva legislación –sustantiva y procesal– y la desplegada por cierta práctica tendrían que ver más con lecturas (voluntades) judiciales correctoras de los mandatos (voluntades) legislativos, viéndose estos relativizados o «devaluados» por la jurisprudencia. La creciente laxitud mostrada por la jurisprudencia social para legitimar el grado de información de las cartas de despido individual que concretan las regulaciones colectivas de empleo (art. 53 respecto del art. 51 –también para el art. 52 c)– ET)¹, contradiciendo el tópico hermenéutico que prohibiría distinguir allí donde la ley no lo hace (aunque pudiera pensarse que debió hacerlo), parecería una patente de corso para proyectarla a todo aspecto del régimen de ejecución del despido colectivo en cada trabajador. En consecuencia, ¿por qué no proceder para el cálculo indemnizatorio con la misma o análoga flexibilidad que para el contenido de la comunicación, con sus corolarios en la vía procesal, aceptando, para reclamar las diferencias indemnizatorias por despido colectivo, la ordinaria, tradicionalmente negada para el resto de modalidades *ex* artículo 103 de la LRJS (STS de 4 de mayo de 2012, RCU 2645/2011), salvo error aritmético. En efecto, varias doctrinas de suplicación no hallaron obstáculo alguno para lanzarse a esa aventura interpretativa y, si bien de forma no mayoritaria, abrieron aquel procedimiento ordinario para la discusión de las bases del cálculo (salario y antigüedad) y, la satisfacción, en su caso, de la diferencia indemnizatoria resultante.

2. SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO Y JUDICIAL

Un trabajador, escolta, prestó servicios para la empresa Ombuds Compañía de Seguridad S.A., con antigüedad desde 2002, determinada categoría profesional y un salario diario. En virtud de un despido colectivo, se puso fin a la relación laboral (2013), habiéndosele abonado la indemnización derivada, puesta a disposición con la comunicación individual de despido mediante cheque nominativo. El trabajador, sin embargo, presenta una reclamación de cantidad a fin de hacer una mejora indemnizatoria. De un lado, reclamaba una diferencia en el cálculo de la indemnización por despido al no haber incluido en el salario regulador determinados conceptos formalmente extra-salariales, pero que en realidad no lo eran. De otro, rechazaba el descuento de ciertas cantida-

¹ Entre otras muchas, *cfr.* SSTS de 21 de junio, 14 de julio y 21 de diciembre de 2016 y 1 de marzo de 2017, para las que la existencia de un periodo de negociación colectiva previo es ya suficiente fuente de información, dado el rigor de los deberes colectivos de información establecidos. Aunque el antiformalismo jurisprudencial también devalúe estos. *Vid.* STS 422/2017, de 12 de mayo, que parece poner fin –legitimando el despido colectivo– al «culebrón» jurídico-laboral de la empresa Santa Bárbara.

des realizado por la empresa en el importe de la liquidación de devengos retributivos pendientes a la fecha del cese. Ni la instancia social –juzgado de Bilbao– ni la suplicación social –[STSPV de 9 de diciembre de 2014, rec. núm. 2057/2014](#)– aceptaron el procedimiento ordinario seguido.

La sala de suplicación argumenta que la pretensión ejercitada –la fijación del salario regulador del despido y las consecuencias que se derivan, sea la improcedencia del despido o el abono de las diferencias– está reservada en exclusiva al procedimiento de despido, cuyo seguimiento no puede quedar al arbitrio del trabajador, de forma que la viabilidad de la acción está condicionada a que haya seguido el cauce procedente, al ser distintas las reglas aplicables (plazo para su ejercicio, las consecuencias que derivan de la utilización de una u otra y el acceso al recurso de suplicación). Disconforme el trabajador-escolta, recurre en casación para unificar la doctrina, invocando una vieja sentencia de contraste, la STSJ de Madrid de 18 de junio de 1998, rec. núm. 2533/1998, que asume la doctrina contraria, aceptando la reclamación de la diferencia indemnizatoria por la vía del procedimiento ordinario para tres trabajadoras (azafatas) que, despedidas por causas objetivas y conformes con la decisión empresarial, cuestionaron la cuantía pagada. Aunque, para este caso, la instancia social madrileña rechazó la pretensión de las trabajadoras, por clara inadecuación de la vía procesal seguida, la doctrina de suplicación revocará ese criterio, de modo que legitima el proceso ordinario porque no cabe el de despido, ya que hay conformidad con la procedencia de la decisión empresarial.

3. DOCTRINA JUDICIAL: LAS RAZONES JURÍDICAS PARA EL FALLO

La [STS, Sala 4.ª, 163/2017, de 24 de febrero, RCU 1296/2015](#), confirma que concurre el requisito de la contradicción (art. 219 [LRJS](#)), «a pesar de la existencia de algunas diferencias en los supuestos examinados, tal como informa el Ministerio Fiscal». Así, en ambas sentencias se plantea la misma cuestión relativa al procedimiento adecuado para reclamar una mayor indemnización que la ofrecida por la empresa en el momento del despido, con base en los mismos fundamentos y unos hechos semejantes. En efecto, en ambas sentencias se alega que uno de los parámetros para el cálculo de la misma utilizado por la empresa no es el adecuado (el salario en la recurrida, la antigüedad en la de contraste). Y sobre tales hechos las doctrinas de suplicación alcanzan soluciones opuestas. En su consecuencia, cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la [LRJS](#), procede entrar a conocer del fondo del asunto.

Pues bien, centrado en el fondo, el Tribunal Supremo confirmará la corrección de la doctrina recurrida –no procede la vía ordinaria–, por lo que desestimará el recurso de casación para la unificación de doctrina. A tal fin, la sala se limita a traer a colación, de forma amplia, el tenor literal de lo resuelto por su precedente [STS 1034/2016, de 2 de diciembre, RCU 431/2014](#) (aunque la sentencia refiere la fecha de 23 de noviembre, data del pleno en el que se votó, pero no la fecha de la sentencia dada en CENDOJ, que es de 2 de diciembre), que, a su vez, remite al de la STS de [22 de diciembre de 2016, RCU 3458/2015](#). En el precedente traído a colación por la sentencia de nuestro «diálogo», más en particular en su fundamento jurídico cuarto, se concluiría:

«No estamos en presencia de una mera reclamación de mayor indemnización cuyos parámetros básicos nadie discute; al contrario [...] el módulo básico para su cálculo es un concepto objeto de percepciones diferentes y de controversias fácticas y jurídicas. Tal como ha ido configurándose nuestra doctrina nos hallamos ante una polémica litigiosa que afecta directamente a la propia decisión extintiva, lo que determina que sea el proceso de despido el adecuado».

Pues bien, ante esta doctrina unificadora, la sentencia de nuestra glosa concluirá que:

«Dada la identidad del caso resuelto por la sentencia referenciada con el aquí enjuiciado, siendo la misma la empresa demandada y sustancialmente idéntica la situación de los demandantes en ambos supuestos, debemos de estar, por compartir el criterio y por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso, a la doctrina establecida en dicha sentencia, lo que ha de conllevar la desestimación del recurso».

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO; JUICIO DE PREVISIBILIDAD Y DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA DOMINANTE

4.1. Un criterio unificado, pero no pacificado: Discrepancias en el seno del Tribunal Supremo anteriores

Atendiendo a la contundencia con que la sentencia comentada se pronuncia en torno a la –pretendida– claridad del «derecho de precedentes jurisprudenciales» sobre esta cuestión podría pensarse, a primera vista, que no solo careciera de un relevante valor doctrinal, sino que incluso podría adolecer de interés casacional. Y, ciertamente, no cabe predicar de ella la calificación de *leader case-law* o precedente más referencial. Este mérito recaería en la [STS, Sala 4.ª, Pleno, de 2 de diciembre de 2016, RCU 431/2014](#), que, en un supuesto de despido objetivo en el que se cuestionaba la mayor indemnización derivada de la posible existencia y aplicación de una condición más beneficiosa –pacto contractual de mejora indemnizatoria– resolvió que el procedimiento adecuado era el de despido. Esta sentencia fue dictada en Pleno porque no había acuerdo, de modo que cuenta con dos votos particulares, lo que hace evidenciar que cinco magistrados discrepaban, al menos para el caso concreto, de la opción seguida por la mayoría. Consecuentemente, sería la citada [STS de 22 de diciembre de 2016](#), la que tendría el mérito de crear auténtica doctrina jurisprudencial, por cuanto supondría el segundo fallo en el mismo sentido (criterio clásico del sentido atribuido al concepto de jurisprudencia *ex art. 1.6 CC*), dictada ya también sin votos particulares.

Por lo tanto, un primer mérito de la sentencia de nuestro «diálogo», nada desdeñable en la actual coyuntura convulsiva de la jurisprudencia social, extremadamente «líquida» –debe ser el

signo del tiempo, según la tónica calificación de la modernidad para el malogrado filósofo polaco Z. BAUMANN-, por sus vaivenes y bamboleos, es que reafirma la pacificación de la doctrina en el seno del Alto Tribunal. Pero, a mi juicio, el valor de garantía de seguridad jurídica y coherencia es todavía mayor si se atiende a otros datos de doctrina judicial que conviene también traer a colación. Al menos dos merecen especialmente ser comentados.

4.2. «Sostenella y no enmedalla»: ¿Una pacificación real de la doctrina jurisprudencial, dentro del Alto Tribunal y en las doctrinas de suplicación?

El primero, tiene que ver con la [STS, Sala 4.ª, de 26 de abril de 2016, RCU 1360/2014](#). En ella se resolvió un nuevo supuesto de reclamación de cantidad en la que se solicitaba una indemnización superior, por entender que debían computarse como antigüedad periodos anteriores al alta en la Seguridad Social. Aunque en instancia y suplicación se rechazó que fuese pertinente la demanda por procedimiento ordinario, sorprendentemente la Sala del Tribunal Supremo revocó este criterio considerando adecuado el proceso ordinario. De este modo, y al margen de la mayor o menor capacidad de persuasión de la sala en este fallo –ciertamente la calidad del razonamiento era manifiestamente mejorable–, lo cierto es que parecía inclinarse en la dirección de las doctrinas de suplicación que sí aceptaban la posibilidad de que la reclamación de diferencias de indemnización pudiera sostenerse por vía procesal ordinaria. ¿Rectificaba su doctrina el Tribunal Supremo y se dejaba convencer por los nuevos vientos de flexibilización y de relativización de las construcciones precedentes?

Cualquiera que conozca a fondo las doctrinas precedentes en las que dice basarse la [STS de 26 de abril de 2016](#) respondería, sin el menor atisbo de duda, que sí ha cambiado la doctrina «de antes», y que la presentación que hace «ahora» de la misma ya no es, como la letra de la canción de Celtas Cortos elegida para encabezar este texto –confío me sea permitida la licencia musical–, la previa. Sin embargo, la mayoría de la sala, en la [STS de 2 de diciembre de 2016](#), no dará su brazo a torcer, y presentará como «doctrina conservada» lo que a todas luces es «doctrina rectificada». Así, entiendo que, pese a lo que pudiera pensarse «a simple vista», de la que derivaría «un cambio en la consolidada doctrina expuesta», sin embargo, no se trataría más que de una ilusión óptica. Porque, para la mayoría de la sala, no habría tal giro. ¿Y por qué? Porque, nos quiere persuadir el Alto Tribunal, la propia resolución examinada «apoya su decisión en la doctrina anterior», en concreto, con cita expresa de las SSTs de [22 de enero de 2007, RCU 3011/2005](#) y de [4 de mayo de 2012, RCU 2645/2011](#), sobre las que se conformó «la doctrina tradicional de la Sala» (FJ 3.º, *in fine*).

Negada la modificación de doctrina, o en todo caso confirmada la tradicional, la sala va a concluir en la [STS de 2 de diciembre de 2016](#), por mayoría, que:

«No estamos en presencia de una diferencia meramente aritmética ni ante una cantidad no controvertida que pueda analizarse al margen del acto jurídico del que dimana y trae causa. Al contrario, nos hallamos ante una controversia que afecta directa-

mente a la propia decisión extintiva, que depende de la interpretación de una cláusula contractual –condición más beneficiosa– cuyo análisis y valoración [...] no pueden realizarse al margen del acto extintivo que constituye el hecho básico sobre el que se proyecta la controvertida cláusula, lo que determina que sea el proceso de despido el adecuado para la resolución de los diferentes problemas que condicionan la determinación de la indemnización reclamada» (FJ 4.º).

¿Suficientemente contundente el argumento como para convencer a las doctrinas de suplicación de las bondades del criterio jurisprudencial reafirmado, aun con alguna duda, que ya luciría despejada? No pareciera que es así a tenor de ciertas doctrinas de suplicación que han seguido manteniendo su criterio aperturista al procedimiento ordinario. Dejando de lado la doctrina del TSJ de Cataluña, por ser anterior a la unificación de doctrina aquí evidenciada (SSTSJ de Cataluña de [3 de julio de 2015](#) y [19 de enero de 2015](#)), y que se basa en la defensa de la mayor libertad de opción del trabajador a la hora de elegir la acción en la que valorar de una forma más conveniente todos los elementos vinculados a su relación laboral (libertad fundada en el art. 24 CE), libertad que estaría por encima de la propia negligencia del trabajador por el transcurso de tiempo de la acción de despido (la espada de Damocles de la caducidad), destacaría, por ser la doctrina cuestionada por el Alto Tribunal, la contumacia del TSJ de Madrid.

Este, en varias sentencias, anteriores y posteriores, a la fecha de 2 de diciembre de 2016, que es la referencia «leader case-law» del Tribunal Supremo para poner orden en esta nueva rebelión de los niveles inferiores de la jurisdicción social respecto del más alto nivel ordinario nacional, ha seguido manteniendo su doctrina crítica con la jurisprudencia (entre otras, SSTSJ de Madrid de 28 de noviembre y [23 de diciembre de 2016](#)). «Erre que erre», la sala de suplicación capitulina sigue convencida de que cuando consta plena conformidad del trabajador en la calificación del despido, una vez procedido a un despido colectivo, las eventuales diferencias en el *quantum* indemnizatorio tendrían mejor abrigo en un procedimiento ordinario que en el de despido. La principal razón sería conceptual y normativa: si el legislador ha querido otorgar una naturaleza dual al despido colectivo, mitad declarativa –justificación de la causa–, mitad ejecutiva –individualización de los efectos de aquella–, aceptada por el trabajador aquella, la segunda no tendría ya sentido si no es en el procedimiento ordinario.

En definitiva, para esta posición interpretativa, el juez social debería llevar hasta sus últimas consecuencias la voluntad presuntamente deducible de un legislador que habría querido diferenciar claramente ambas vertientes del despido, la colectiva y la individual, pero no habría «sabido» –aventura la doctrina judicial– formularlo. Por lo tanto, si el Tribunal Supremo también ha efectuado esa función correctora –más que de suplencia– del tenor literal del legislador para los requisitos formales (como para la carta de despido individual que notifica la decisión acordada en el despido colectivo), ¿por qué no ir en esa misma dirección por parte de la suplicación para el cálculo preciso del *quantum* indemnizatorio? Piénsese que la opción de política judicial del Derecho en un caso y otro sería radicalmente opuesta: si en la clara devaluación del contenido informativo de la carta individual de despido tras una regulación colectiva de empleo hay una posición de favor para el interés empresarial, flexibilizando el requisito legal en aras de reducir

los efectos negativos para el empleador de una falta de transparencia plena e individualizada, en la flexibilización de la acción procesal se facilitaría enormemente la protección del interés indemnizatorio del trabajador, que ahora tendría, no obstante su falta de diligencia a la hora de formular una acción de despido plena, conforme a los artículos 53 del ET y 103 de la LRJS, todo un año para hacerlo, y no los pírricos 20 días de caducidad para el despido.

Una vez más no es jurídicamente saludable que el fin –la protección del trabajador– justifique cualquier medio –la desnaturalización del orden procesal, que es de orden público, a la hora de reclamar las legítimas pretensiones de los trabajadores–, pues con ello se sacrificaría en exceso el valor de la coherencia jurídica (como garantía tanto de seguridad jurídica como de igualdad en la aplicación de la ley), en aras de un justicialismo de ocasión nada proficuo. En este asunto, convivirán pacíficamente, renovación legislativa –que no limita la acción individual de despido para reclamar cuantas cuestiones le sean de interés– y tradición jurisprudencial –que hace de la acción de despido la vía natural para reclamar cuanto se asocia a él, también todo lo que tiene que ver con la indemnización, efecto inherente a la tutela por despido–, de modo que la función conservadora del Tribunal Supremo actuaría como garantía del buen orden jurídico y social, sin extrañas aventuras interpretativas. Progreso y función estabilizadora no siempre son antinómicas, sino que a menudo esta es una condición de aquel, y aquel un presupuesto de esta. Precisamente, este es el principal valor de la sentencia aquí comentada: la rotundidez con la que se ha expresado no solo pacificaría el, por otro lado, sano debate interno de la sala, sino que daría un claro aviso a navegantes –doctrinas de suplicación–, para que abandonen toda veleidad interpretativa en este ámbito. Por eso resulta especialmente bienvenida, en un tiempo en el que la sala social es más noticia por lo contrario, por sus cambios poco reflexivos de jurisprudencia, que actúa indebidamente –sin criterios claros– como suplente del legislador.

