

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1034/2016, de 2 de diciembre de 2016

Sala de lo Social

Rec. n.º 431/2014

SUMARIO:

Despido objetivo. Reclamación de diferencias sustanciales en la indemnización en virtud de una cláusula de garantía establecida por la empresa en la que -salvo en el supuesto de despido disciplinario procedente- la indemnización a abonar caso de extinción del contrato por decisión empresarial sería de 45 días por año trabajado. En el caso analizado, 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 directamente a la propia decisión extintiva, que depende de la interpretación de una cláusula contractual cuyo análisis y valoración de su validez y vigencia 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 y no el ordinario el adecuado para la resolución de los diferentes problemas que condicionan la determinación de la indemnización reclamada. Sala General. **Voto Particular.**

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 53.1 b) y 56.1 a) y 2.

PONENTE:

Don Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Magistrados:

Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don FERNANDO SALINAS MOLINA
Don JESUS GULLON RODRIGUEZ
Don JESUS SOUTO PRIETO
Don JORDI AGUSTI JULIA
Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Banco Privado Portugués SA Sucursal en España y Comisión Liquidadora, representado y asistido por el letrado D. Javier Alonso de Armiño Rodríguez, contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 6585/2012, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 27 de Madrid, de fecha 2 de marzo de 2012, recaída en autos núm. 317/2011, seguidos a instancia de D. Belarmino, contra Banco Privado Portugués SA Sucursal en España y Comisión Liquidadora, sobre cantidad. Ha sido parte recurrida D. Belarmino representado y asistido por el letrado D. Roberto Domingo Gómez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 2 de marzo de 2012 el Juzgado de lo Social n.º 27 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO- El actor D. Belarmino con DNI N° NUM000 prestó servicios laborales, por cuenta y órdenes de la empresa demandada BANCO PRIVADO PORTUGUÉS SA Sucursal en España, con antigüedad de 1-11-06, ostentando la categoría profesional de Director en la oficina Bancaria en Valencia. Percibiendo un salario bruto mensual de 7.629,30 euros incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.

-Conforme-

SEGUNDO. Con fecha 22-11-10, la Comisión Liquidadora de la entidad demandada notificó al actor su despido por causas objetivas con amparo en el art 52.c ET por causas productivas, organizativas y económicas (documento n° 3 de demandada). En dicha carta no se certificaba la indemnización.

Se le hizo entrega simultánea por cheque de la indemnización a razón de 20 días de salario por año de trabajo, por importe de 20.367,40 euros, firmando el recibo de liquidación no conforme- (documento n° 4 del actor y documento n° 31 demandado)

El actor no formuló demanda judicial contra la decisión extintiva- (no controvertido) -

TERCERO. Everardo, era desde el 01-10-02 Director de la Sucursal en España de la entidad demandada.

Con fecha 25-06-09, D Humberto y D Lucas en nombre y representación de la mercantil BANCO PRIVADO PORTUGUÉS SA sucursal en España en calidad de Consejero Ejecutivo de BANCO PRIVADO PORTUGUÉS SA otorgan PODER a favor de D Everardo para ejercer las facultades entre otras de:

-Firmar cartas de garantía, dirigidas a los trabajadores, en las cuales se garantice que, en el supuesto de que durante los 12 meses siguientes a la fecha de las mismas se extinguiese el contrato de trabajo a instancias del Banco por cualquier causa, salvo despido disciplinario procedente, se les abonaría, en todo caso, una indemnización por despido equivalente a 45 días de salario por año de servicio.

Y ello, en representación del BANCO PRIVADO PORTUGUÉS SA Sucursal en España- (documento n.º 7 del actor)

CUARTO. Con fecha 05-04-10 D Everardo suscribió y entregó al actor Carta de garantía conforme a la que se le garantizaba que en el supuesto de que durante los doce meses siguientes a la fecha de la presente se extinguiese su contrato de trabajo en instancias del BANCO cualquier causa, salvo despido disciplinario procedente, se le abonaría en todo caso una indemnización neta por despido equivalente a 45 días de salario por año de servicio- (documento n° 6 del actor).

QUINTO. Con fecha 16-04-10, el BANCO DE PORTUGAL revoca la autorización para operar como entidad de crédito al BANCO PRIVADO PORTUGUÉS SA implicando dicha decisión la disolución y liquidación de la meritada entidad, y de la sucursal en España.

El 28 de mayo se publicó en el DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA el acuerdo de revocación de la autorización, y la consiguiente disolución y liquidación.

- (documento 5 y 6 de la demandada)

También se publicó en periódicos nacionales españoles- (documento n° 7 de la demandada)

Derivado de la revocación de la autorización, el JUZGADO MERCANTIL DE LISBOA N° 2 inició la liquidación del BANCO nombrando el 23-04-10 la Comisión Liquidadora.

SEXTO. El día 02-11-11 la Comisión Liquidadora conforme a los art. 120 y 123 del CÓDIGO PORTUGUÉS DE INSOLVENCIA Y SALVAMENTO DE EMPRESAS (CIRE) dirigió carta al actor que recibió el día once siguiente acordando declarar resuelta la garantía que la entidad demandada prestó a su favor el 05-04-10. - (documento 13 a 15 de la demandada).

SÉPTIMO. El mismo día 22-11-10 en que se le notificó al actor su despido se le abonó la cantidad de 9.220,12 euros, en concepto de liquidación del contrato así como la cantidad de 1.700,25 euros en concepto de gastos - (documento nº 33 de la demandada).

OCTAVO. El actor presentó liquidación de gastos de representación en el mes de julio de 2010 por importe de 1.340,32 euros - (DOCUMENTO 11 ACTOR Y FOLIO 546 vuelto).

NOVENO. Con fecha 23-02-11 presentó el actor papeleta de conciliación por cantidad celebrándose el preceptivo acto el 11-03- 11 con el resultado de SIN EFECTO».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento en la demanda formulada por Belarmino contra BANCO PRIVADO PORTUGUÉS SA SUCURSAL EN ESPAÑA Y COMISIÓN LIQUIDADORA, en concepto de RECLAMACIÓN DE CANTIDAD POR INDEMNIZACIÓN DE DESPIDO, y sin entrar a conocer de la cuestión controvertida dejándola imprejuzgada absuelvo a los demandados.

Y DESESTIMADO en el resto de pedimentos contenidos en la demanda (Gastos de representación) debo absolver y absuelvo a los demandados de la pretensión formulada».

Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Belarmino ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2013, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando el recurso interpuesto por D. Belarmino contra la sentencia n.º 103/2012 del Juzgado de lo Social n.º 27 de Madrid y REVOCÁNDOLA parcialmente CONDENAMOS al Banco Privado Portugués SA Sucursal en España y a la Comisión Liquidadora a abonar al actor la cantidad de 25.720,77 euros en concepto de la indemnización debida por el despido del día 22-11-2010. Sin costas».

Tercero.

Por la representación de Banco Privado Portugués SA Sucursal en España y Comisión Liquidadora se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 28 de febrero de 2014. Se aporta como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 19 de noviembre de 2012 (R. 5129/12) y 28 de noviembre de 2008 (R. 3271/08).

Cuarto.

Con fecha 26 de junio de 2014 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

Quinto.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2016.

Sexto.

Con fecha 28 de septiembre de 2016 se dictó providencia en la que se hace constar lo siguiente: «dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de

acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día de hoy, trasladando el mismo para el día veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de diciembre de 2013 estimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador D. Belarmino y, con declaración de adecuación del proceso ordinario seguido, condenó a la mercantil Banco Privado Portugués SA Sucursal en España y a la Comisión Liquidadora a abonar al actor la cantidad de 25.720,77 euros en concepto de la indemnización debida por el despido. Frente a la misma, la representación letrada de la mencionada entidad bancaria, con autorización de su comisión liquidadora, formula el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina que se articula en dos motivos de contradicción diferentes:

-El primer motivo relativo a la inadecuación del procedimiento ordinario para el encauzamiento de la pretensión formulada por la parte actora en su demanda para lo que ofrece como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2008 (sentencia n.º 893/2008).

-El segundo motivo se refiere a la validez y vigencia de la cláusula de garantía contenida en la carta de 5 de abril de 2010 según la que se garantizaba al trabajador que en el supuesto de que durante los doce meses siguientes a la fecha de la referida carta se extinguiese su contrato de trabajo a instancias del BANCO cualquier causa, salvo despido disciplinario procedente, se le abonaría en todo caso una indemnización neta por despido equivalente a 45 días de salario por año de servicio. Aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de noviembre de 2012 (sentencia n.º 796/2012).

Segundo.

Respecto del primer motivo del recurso, relativo a la adecuación o no del procedimiento ordinario seguido en la reclamación efectuada por la actora, la sentencia recurrida contempla un supuesto en el que los hechos relevantes a los presentes efectos casacionales fueron los siguientes: 1) El trabajador demandante fue objeto de despido objetivo por causas económicas mediante carta de fecha 22 de noviembre de 2010 firmada por los integrantes de la Comisión Liquidadora del Banco Privado Portugués, S.A. Sucursal en España. 2) Simultáneamente a la entrega de la precitada carta, se hizo entrega al trabajador de cheque nominativo abonándole de esta forma la indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades de conformidad con lo previsto en el artículo 53.b) ET . 3) Con anterioridad, el día 5 de abril de 2010, el Banco le hizo entrega al actor de una carta en la que se garantizaba al trabajador que en el supuesto de que durante los doce meses siguientes a la fecha de la referida carta se extinguiese su contrato de trabajo a instancias del BANCO cualquier causa, salvo despido disciplinario procedente, se le abonaría en todo caso una indemnización neta por despido equivalente a 45 días de salario por año de servicio. 4) El trabajador no formuló demanda judicial contra la decisión extintiva. 5) Con fecha 22 de febrero de 2011 el actor presentó papeleta de conciliación en reclamación de cantidades adeudadas, entre las que se encontraba la diferencia entre la indemnización percibida y la que, según su parecer, le hubiera correspondido percibir por aplicación de la cláusula de garantía. Tras la celebración del acto de conciliación sin efecto, presentó la demanda judicial origen de las presentes actuaciones el 11 de marzo de 2011. 6) Con fecha 2 de noviembre de 2011, la comisión liquidadora de la entidad bancaria dirigió carta al actor acordando declarar resuelta la garantía que la entidad bancaria reconoció el 5 de abril de 2010.

Sobre la base de tales hechos, la sentencia de instancia declaró la inadecuación del procedimiento ordinario seguido para la reclamación de la diferencia de indemnización. Tal pronunciamiento fue revocado por la sentencia aquí recurrida que el procedimiento ordinario seguido fue el adecuado ya que no se discutía ni el salario, ni la antigüedad ni la procedencia del despido, sino únicamente si la indemnización debía de ser de 20 o de 45 días año.

La sentencia de contraste contiene como hechos relevantes a los presentes efectos los siguientes: 1) El trabajador demandante fue objeto de despido disciplinario y la empresa reconoció la improcedencia del despido en la propia comunicación extintiva poniendo a su disposición una cantidad equivalente a 45 días por año de servicio

que el trabajador no aceptó. 2) La empresa depositó en el Juzgado la cantidad ofrecida que fue finalmente recogida por el trabajador que manifestó que no estaba conforme con dicha cantidad y que tenía intención de interponer demanda por despido. 3) El trabajador no formuló demanda judicial contra la decisión extintiva. 4) Finalmente el trabajador formuló demanda de reclamación de cantidad -tramitada por el procedimiento ordinario- solicitando la diferencia de indemnización que era debida a la mayor antigüedad que entendía el trabajador que debía habersele reconocido; antigüedad que era negada por la empresa.

A la vista de tales circunstancias fácticas, la sentencia referencial, confirmando la de instancia, declaró la inadecuación del procedimiento al entender que la cuestión debatida, aunque no se refería expresamente a la calificación del despido que resultaba pacífica dado el reconocimiento de la improcedencia del mismo por la demandada, debía canalizarse a través del proceso de despido pues se discutía sobre uno de los elementos básicos para la cuantificación de la indemnización derivada de la improcedencia de la decisión extintiva.

Tal como informa el Ministerio Fiscal debe apreciarse la contradicción respecto de la cuestión planteada en este primer motivo dado que 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 en base a los mismos fundamentos y unos hechos semejantes. En efecto, en ambas sentencias un trabajador despedido que no cuestiona la corrección de la decisión extintiva, reclama una mayor indemnización que la ofrecida por la empresa, alegando en ambos casos que uno de los parámetros para el cálculo de la misma utilizado por la empresa no es el adecuado. Y sobre tales hechos, las resoluciones comparadas llegan a soluciones diferentes pues mientras en la recurrida se decide que el procedimiento ordinario seguido es correcto, en la referencial se sostiene que ha de seguirse el procedimiento de despido.

No resultan relevantes a efectos de evitar la concurrencia de contradicción que en el presente caso se trate de un despido objetivo y en el de la referencial de un despido disciplinario, puesto que a los efectos del procedimiento tal diferencia es irrelevante (artículo 120 LRJS); ni, tampoco, que en la referencial la empresa hubiese reconocido la improcedencia del despido, lo que no ocurre en la sentencia recurrida, pues tal circunstancia tampoco resulta decisiva ya que lo relevante es que el trabajador no ha cuestionado el despido en ninguno de los dos supuestos comparados.

Tercero.

Conviene antes de resolver la cuestión debatida dejar constancia de la doctrina de la Sala expresada en los pronunciamientos que a continuación se exponen.

La STS de 22 de enero de 2007 (rcud. 3011/2005) contempló un supuesto en el que la empresa despidió al trabajador y reconoció la improcedencia del despido, reclamando el trabajador, a través del proceso ordinario, el pago de la indemnización cuya cuantificación resultaba pacífica. La Sala entendió que el procedimiento seguido era el adecuado con la siguiente argumentación: «el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos. En el supuesto que ahora hemos de resolver, no existe discrepancia en orden a la calificación del despido como improcedente, como tampoco la hay sobre el salario o la antigüedad del trabajador demandante, teniendo en cuenta que en la carta de despido se contiene una declaración empresarial de improcedencia, aceptada por el trabajador, lo que, de hecho, supone el reconocimiento de la existencia de una cantidad adeudada concreta ajustada a los parámetros generales del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo impago no ha de canalizarse a través del proceso por despido, pues la acción así ejercitada no tendría objeto, sino que por tratarse de una deuda sobre la que hay certeza de su existencia, habrá de ser el proceso ordinario el que canalice la pretensión del demandante para su exigencia».

La STS de 29 de septiembre de 2008 (Rcud. 3868/2007), aun cuando no entra a conocer del fondo de asunto por falta de contradicción y por no haberse cumplido la obligación de ofrecer en el escrito de interposición una relación precisa y circunstanciada de la contradicción, ante un supuesto en el que, a diferencia del anterior la cantidad reclamada si era controvertida ya que se reclamaban diferencias por considerar que se trataba de un

despido disciplinario y no de un despido objetivo, precisó el alcance de la doctrina sentada en la sentencia anterior señalando que si no hay discrepancia sobre la calificación del despido, ni sobre el salario o la antigüedad, siendo la cantidad pacífica en cuanto a su importe y procedencia y lo que ocurre es que no se ha abonado, el procedimiento adecuado es el ordinario. Por el contrario, si la cantidad es discutida, como es el caso, pues la empresa demandada considera que se trata de un despido objetivo y el actor sostiene que se trata de un despido disciplinario que ha de seguir el régimen de indemnización común de 45 días por año de servicio, el procedimiento es el de despido.

La STS de 30 de noviembre de 2010 (rcud. 3360/2009) contempló un caso de reclamación de la diferencia existente entre la cuantía de la indemnización ofrecida por la empresa, y recibida por el trabajador, como consecuencia del reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido efectuado ex art. 56.2 ET, y la cuantía que legalmente corresponde a dicha indemnización, sobre la base de una antigüedad y salario no discutidos, dando por válido el proceso ordinario para tales casos. La Sala creyó conveniente precisar el alcance de su doctrina en los siguientes términos: «cuando el empresario ha reconocido la improcedencia del despido y ha depositado una determinada indemnización con la que el trabajador no está de acuerdo, éste puede cobrar dicha indemnización y reclamar la diferencia Y esta reclamación deberá hacerse en un proceso de despido cuando la discrepancia se plantee por una cuestión de fondo (tipo de indemnización debida -45 días, 33 días, 20 días por año-, salario, antigüedad; o bien, sujeto o sujetos obligados al pago) pero no cuando, existiendo conformidad sobre todos esos extremos, se trate exclusivamente de hacer la operación matemática necesaria para aplicar correctamente el artículo 56.1,a) del ET, o el que proceda, en cuyo caso el proceso adecuado es el ordinario».

La STS de 4 de mayo de 2012 (rcud. 2645/2011) desestimó el recurso del trabajador contra la sentencia que había declarado la inadecuación del procedimiento ordinario en un supuesto en el que se reclamaba las diferencias de indemnización cuando se acepta la procedencia del despido, pero se discute el importe de aquélla en función de la antigüedad. La sentencia de instancia estimó la demanda, rechazando la excepción de inadecuación de procedimiento, pero la sentencia recurrida estimó el recurso de la empresa y revocó la sentencia de instancia por estimar que el procedimiento adecuado es el de despido. Nuestra sentencia confirma tal pronunciamiento ofreciendo los siguientes argumentos: «resulta claro que no estamos ante un simple impago de una cantidad no controvertida ni ante una mera discrepancia de cálculo, existiendo conformidad en los elementos en función de los cuales se ha de calcular la indemnización de despido. Se trata, por el contrario, de una diferencia que afecta a un elemento esencial de esa determinación, como es la antigüedad, por lo que, de conformidad con la doctrina de las sentencias a que se ha hecho referencia, el procedimiento adecuado es el de despido, como ha estimado la sentencia recurrida, lo que, por otra parte, se relaciona con el alcance que, de acuerdo con la doctrina de la sentencia del Pleno de la Sala de 18 de noviembre de 2009 (recurso 71/2009), tiene la oferta de reconocimiento de la improcedencia del despido cuando no es aceptada por el trabajador, pues la impugnación de esa oferta en uno de sus elementos esenciales libera al empresario de la misma y podría incluso cuestionar la procedencia del despido, con lo que lógicamente el proceso de despido será el adecuado para conocer este tipo de pretensiones».

De este modo la doctrina de la Sala, a través de las sentencias expuestas, quedó claramente conformada en el sentido de que cuando existan discrepancias entre empresario y trabajador, sobre el importe de la indemnización o de los salarios de tramitación, el proceso adecuado para reclamar estas cantidades será el ordinario, cuando se trate simplemente de hacer una operación matemática para el cálculo de dichos importes. En cambio, la reclamación se canalizará a través del proceso por despido si la discrepancia sobre la cuantía versa sobre los elementos objetivos para su determinación (el salario, la antigüedad, etc.).

Nuestra reciente STS de 26 de abril de 2016 (rcud. 1360/2014), resolvió un 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. En instancia se estimó en parte la demanda limitando la indemnización a la que constaba en la carta de despido, por considerar que el procedimiento ordinario es inadecuado para reclamar una indemnización mayor. La Sala de suplicación confirmó la sentencia de instancia, por entender que la acción más adecuada es la de despido. Sin embargo, la Sala estimó el recurso de la trabajadora y revocando la sentencia recurrida, consideró adecuado el proceso ordinario. Aunque, a simple vista, pudiera tratarse de un cambio en la consolidada doctrina expuesta no hay tal modificación dado que 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 (rcud 3011/2005) y de 4 de mayo de 2012 (rcud. 2645/2011) que, como se acaba de analizar, conformaron la doctrina tradicional de la Sala en el sentido de que cuando se discute uno de los parámetros básicos que conforman la indemnización por despido (singularmente la antigüedad) el proceso a seguir es el de despido. Las circunstancias

concretas del caso examinado aconsejaron que la Sala, apartándose de su tradicional doctrina, resolviese en el sentido apuntado.

Cuarto.

En el supuesto sometido a nuestra consideración, a la vista de las circunstancias concurrentes, la Sala entiende que debe mantenerse la doctrina tradicional, lo que implica estimar el recurso con la declaración de que en este supuesto la controversia sobre el procedimiento a seguir debe resolverse en el sentido de que el adecuado es el proceso de despido. Las razones que avalan esta decisión son las que se exponen a continuación.

En primer lugar, la decisión es la más acorde con la doctrina tradicional de la Sala reiterada en el tiempo y que, por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho anterior, no puede considerarse modificada. En efecto, como se ha avanzado, la Sala viene sosteniendo con reiteración que el proceso ordinario es adecuado cuando la pretensión dirigida al cobro de la indemnización que deriva del acto extintivo se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o que deriva de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes. Ahora bien cuando en el supuesto controvertido se pongan en cuestión la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma o la propia naturaleza de la indemnización debida o, como ocurre en el presente caso, la validez de cláusulas contractuales que resulten determinantes para la configuración de la indemnización, el único procedimiento adecuado es el de despido.

En segundo lugar, en el presente supuesto nos hallamos ante un despido objetivo por causas económicas, sobre el que la empresa mantiene en todo momento su procedencia, y que se formaliza a través de una carta de despido en el que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53.b) ET, se pone a disposición del trabajador la indemnización legalmente prevista de 20 días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades, indemnización que es recogida por el trabajador sin oponer objeción alguna. Transcurrido con exceso el plazo de caducidad de la acción de despido, el actor reclama una mayor indemnización, para lo que hace valer una cláusula de garantía otorgada por la entidad demandada cuya aplicación elevaría sensiblemente la indemnización. El valor de tal cláusula es discutido por la empresa que incluso niega su aplicabilidad en base a una revocación posterior de la misma. En esas circunstancias, la cláusula afecta a elementos básicos de la propia extinción por causas objetivas puesto que implica, por una parte, a la propia cuantificación de la indemnización debida, aun contando con la procedencia del despido; y, por otra, a la regularidad de la propia decisión extintiva ya que una defectuosa puesta a disposición de la indemnización pudiera haber derivado en la improcedencia del despido. Finalmente, la cuantía de la indemnización resulta relevante para la propia decisión de despedir y para el ejercicio de la opción sobre una hipotética readmisión.

En tercer lugar, de lo expuesto se desprende 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 directamente a la propia decisión extintiva, que depende de la interpretación de una cláusula contractual -condición más beneficiosa- cuyo análisis y valoración de su validez y vigencia 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.

Por todo ello, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede la estimación del motivo, lo que obliga a casar y revocar la sentencia recurrida con mantenimiento de la de instancia, todo lo que determina la pérdida de interés del segundo de los motivos.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Banco Privado Portugués SA Sucursal en España y Comisión Liquidadora, representado y asistido por el letrado D. Javier Alonso de Armiño Rodríguez. 2) Casar y anular la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 6585/2012. 3) Resolver el debate en Suplicación desestimado el de tal clase formulado por D. Belarmino contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 27 de Madrid, de fecha 2 de marzo de 2012, recaída en autos núm. 317/2011, que se declara firme. 4) Ordenar la devolución de las consignaciones y depósitos efectuados para recurrir. 5) No efectuar imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agustí Julia

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 431/2014, al que se adhieren los Excmos./a Sres./a Magistrados/a D. Fernando Salinas Molina, Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, y D. Jordi Agustí Julia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el RCUJ. núm. 104/2015 para sostener la posición que sostuve en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC .

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y como se desarrollará a continuación, y en especial, porque siguiendo el criterio de la Sala debió apreciarse falta de contradicción entre las sentencias comparadas, y respecto al fondo, porque el procedimiento adecuado para el conocimiento de la controversia es el ordinario y no la modalidad procesal de despido.

Se funda el presente voto particular en las siguientes consideraciones:

Primera- Respecto al análisis de la contradicción (art. 219 LRJS)-

1- La sentencia de la Sala -voto mayoritario- aborda la cuestión en los FJ primero y segundo, señalando en el primero que:

'La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de diciembre de 2013 estimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador D. Belarmino y, con declaración de adecuación del proceso ordinario seguido, condenó a la mercantil Banco Privado Portugués SA Sucursal en España y a la Comisión Liquidadora a abonar al actor la cantidad de 25.720,77 euros en concepto de la indemnización debida por el despido. Frente a la misma, la representación letrada de la mencionada entidad bancaria, con autorización de su comisión liquidadora, formula el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina que se articula en dos motivos de contradicción diferentes:

-El primer motivo relativo a la inadecuación del procedimiento ordinario para el encauzamiento de la pretensión formulada por la parte actora en su demanda para lo que ofrece como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2008 (sentencia n.º 893/2008).

-El segundo motivo se refiere a la validez y vigencia de la cláusula de garantía contenida en la carta de 5 de abril de 2010 según la que se garantizaba al trabajador que en el supuesto de que durante los doce meses siguientes a la fecha de la referida carta se extinguiese su contrato de trabajo a instancias del BANCO cualquier causa, salvo despido disciplinario procedente, se le abonaría en todo caso una indemnización neta por despido equivalente a 45 días de salario por año de servicio. Aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de noviembre de 2012 (sentencia n.º 796/2012)'.

El primer motivo del recurso se aborda en el FJ segundo de la sentencia (sin que nada se resuelva ni indique a partir de aquí respecto al segundo motivo), relativo a la adecuación o no del procedimiento ordinario seguido en la reclamación efectuada por la actora, señalando que los "hechos relevantes a los presentes efectos casacionales fueron los siguientes: 1) El trabajador demandante fue objeto de despido objetivo por causas económicas mediante carta de fecha 22 de noviembre de 2010 firmada por los integrantes de la Comisión Liquidadora del Banco Privado Portugués, S.A. Sucursal en España. 2) Simultáneamente a la entrega de la precitada carta, se hizo entrega al trabajador de cheque nominativo abonándole de esta forma la indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades de conformidad con lo previsto en el artículo 53.b) ET . 3) Con anterioridad, el día 5 de abril de 2010, el Banco le hizo entrega al actor de una carta en la que se garantizaba al trabajador que en el supuesto de que durante los doce meses siguientes a la fecha de la referida carta se extinguiese su contrato de trabajo a instancias del BANCO cualquier causa, salvo despido disciplinario procedente, se le abonaría en todo caso una indemnización neta por despido equivalente a 45 días de salario por año de servicio. 4) El trabajador no formuló demanda judicial contra la decisión extintiva. 5) Con fecha 22 de febrero de 2011 el actor presentó papeleta de conciliación en reclamación de cantidades adeudadas, entre las que se encontraba la diferencia entre la indemnización percibida y la que, según su parecer, le hubiera correspondido percibir por aplicación de la cláusula de garantía. Tras la celebración del acto de conciliación sin efecto, presentó la demanda judicial origen de las presentes actuaciones el 11 de marzo de 2011. 6) Con fecha 2 de noviembre de 2011, la comisión liquidadora de la entidad bancaria dirigió carta al actor acordando declarar resuelta la garantía que la entidad bancaria reconoció el 5 de abril de 2010.

Sobre la base de tales hechos, la sentencia de instancia declaró la inadecuación del procedimiento ordinario seguido para la reclamación de la diferencia de indemnización. Tal pronunciamiento fue revocado por la sentencia aquí recurrida que el procedimiento ordinario seguido fue el adecuado ya que no se discutía ni el salario, ni la antigüedad ni la procedencia del despido, sino únicamente si la indemnización debía de ser de 20 o de 45 días año'.

Respecto a la sentencia designada de contraste (TSJ Madrid de 28/11/2008, núm. 893/2008), señala como relevantes a los presente efectos los siguientes: '1) El trabajador demandante fue objeto de despido disciplinario y la empresa reconoció la improcedencia del despido en la propia comunicación extintiva poniendo a su disposición una cantidad equivalente a 45 días por año de servicio que el trabajador no aceptó. 2) La empresa depositó en el Juzgado la cantidad ofrecida que fue finalmente recogida por el trabajador que manifestó que no estaba conforme con dicha cantidad y que tenía intención de interponer demanda por despido. 3) El trabajador no formuló demanda judicial contra la decisión extintiva. 4) Finalmente el trabajador formuló demanda de reclamación de cantidad - tramitada por el procedimiento ordinario- solicitando la diferencia de indemnización que era debida a la mayor antigüedad que entendía el trabajador que debía habersele reconocido; antigüedad que era negada por la empresa.

A la vista de tales circunstancias fácticas, la sentencia referencial, confirmando la de instancia, declaró la inadecuación del procedimiento al entender que la cuestión debatida, aunque no se refería expresamente a la calificación del despido que resultaba pacífica dado el reconocimiento de la improcedencia del mismo por la demandada, debía canalizarse a través del proceso de despido pues se discutía sobre uno de los elementos básicos para la cuantificación de la indemnización derivada de la improcedencia de la decisión extintiva'.

Señala el voto mayoritario que, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal debe apreciarse la contradicción respecto de la cuestión planteada en este primer motivo dado que : " 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 en base a los mismos fundamentos y unos hechos semejantes. En efecto, en ambas sentencias un trabajador despedido que no cuestiona la corrección de la decisión extintiva, reclama una mayor indemnización que la ofrecida por la empresa, alegando en ambos casos que uno de los parámetros para el cálculo de la misma utilizado por la empresa no es el adecuado. Y sobre tales hechos, las resoluciones comparadas llegan a soluciones diferentes pues mientras en la recurrida se decide que el procedimiento ordinario seguido es correcto, en la referencial se sostiene que ha de seguirse el procedimiento de despido.

No resultan relevantes a efectos de evitar la concurrencia de contradicción que en el presente caso se trate de un despido objetivo y en el de la referencial de un despido disciplinario, puesto que a los efectos del procedimiento tal diferencia es irrelevante (artículo 120 LRJS); ni, tampoco, que en la referencial la empresa hubiese reconocido la improcedencia del despido, lo que no ocurre en la sentencia recurrida, pues tal circunstancia tampoco resulta decisiva ya que lo relevante es que el trabajador no ha cuestionado el despido en ninguno de los dos supuestos comparados'.

2- Un riguroso análisis de la contradicción entre las sentencias comparadas, nos lleva a determinar que no existe contradicción entre ambas.

El voto mayoritario no tiene en consideración, datos claramente determinantes de la falta de contradicción entre las sentencias comparadas como son:

a- En el supuesto de la sentencia recurrida, el trabajador demandante fue objeto de despido objetivo por causas económicas, haciéndosele entrega simultáneamente de la indemnización correspondiente de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades (art. 53 b); mientras que en la sentencia de contraste el trabajador fue objeto de despido disciplinario, reconociendo la empresa la improcedencia del despido y poniendo a disposición del trabajador una indemnización correspondiente a 45 días de salario por año de servicio, que el trabajador no aceptó al no estar conforme con la cantidad recibida, resultando la diferencia de una mayor antigüedad negada por la empresa. Es evidente que tales hechos no son en absoluto coincidentes ni similares.

b- En el supuesto de la sentencia recurrida, la empresa con anterioridad, y vigente el contrato, el día 5 de abril de 2010, "el Banco le hizo entrega al actor de una carta en la que se garantizaba al trabajador que en el supuesto de que durante los doce meses siguientes a la fecha de la referida carta se extinguiese su contrato de trabajo a instancias del BANCO cualquier causa, salvo despido disciplinario procedente, se le abonaría en todo caso una indemnización neta por despido equivalente a 45 días de salario por año de servicio'.

Tal particular circunstancia, de la que resulta la diferencia que reclama de 20 a 45 días el trabajador que fue objeto de despido objetivo, no concurre en el supuesto de la sentencia de contraste.

c- En el supuesto de la sentencia recurrida con fecha 2 de noviembre de 2011, es decir, medio año después de que el trabajador presentara la demanda judicial que da lugar a las presentes actuaciones, la comisión liquidadora de la entidad bancaria dirigió carta al actor acordando declarar resuelta la garantía que la entidad bancaria reconoció el 5 de abril de 2010.

Circunstancia asimismo particular -aunque de nula eficacia-, que no concurre en el supuesto de la sentencia de contraste.

d- La diferencia reclamada por el trabajador en el supuesto de la sentencia recurrida tiene su apoyo en la garantía de despido dada por el banco al trabajador en fecha 5 de abril de 2010; mientras que en la sentencia de contraste se basa en una antigüedad controvertida.

e) En definitiva, en el supuesto de la sentencia recurrida, no se discute ni la calificación del despido objetivo, ni el salario, ni la antigüedad, sino que únicamente se piden unas diferencias derivadas del pacto o mejora salarial a que se refiere la carta entregada por el banco al trabajador el 5 de abril de 2010.

Supuesto totalmente distinto al de la sentencia de contraste como queda dicho, y que evidencia falta de contradicción, con independencia de cual fuere el procedimiento adecuado en este supuesto.

No se cumplen los requisitos exigidos por el art. 219 de la LRJS, por lo que, dicho sea con los debidos respetos al voto mayoritario, siguiendo la reiterada doctrina de esta Sala IV/TS al respecto, debió apreciarse causa de inadmisión, procediendo en este trámite procesal la desestimación del recurso.

Segunda-

1- El fondo del asunto relativo al primer motivo, lo aborda la sentencia -voto mayoritario- en FJ tercero, en el que se limita a la cita de algunas de las sentencias en que la Sala ha examinado si el procedimiento a seguir debía ser el ordinario o la modalidad especial de despido, llegando a la conclusión de que "la doctrina de la Sala, a través de las sentencias expuestas, quedó claramente conformada en el sentido de que cuando existan discrepancias entre empresario y trabajador, sobre el importe de la indemnización o de los salarios de tramitación, el proceso adecuado para reclamar estas cantidades será el ordinario, cuando se trate simplemente de hacer una operación matemática para el cálculo de dichos importes. En cambio, la reclamación se canalizará a través del proceso por despido si la discrepancia sobre la cuantía versa sobre los elementos objetivos para su determinación (el salario, la antigüedad, etc.)'.

Se deja al margen de tal generalidad, la reciente STS de 26 de abril de 2016 (rcud. 1360/2014), que resolvió un 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. En instancia se estimó en parte la demanda limitando la indemnización a la que constaba en la carta de despido, por considerar que el procedimiento ordinario es inadecuado para reclamar una indemnización mayor. La Sala de suplicación confirmó la sentencia de

instancia, por entender que la acción más adecuada es la de despido. Sin embargo, la Sala estimó el recurso de la trabajadora y revocando la sentencia recurrida, consideró adecuado el proceso ordinario.

No son 'las circunstancias concretas del caso examinado' las que aconsejaron que la Sala, se apartara de su tradicional doctrina, como se indica, sino que la Sala resolvió incluso en este caso conforme a la doctrina de la Sala, pues una simple y básica operación aritmética permitía calcular la indemnización teniendo en cuenta la real prestación de servicios acreditada en lugar de considerar solo periodo de alta en la Seguridad Social, con lo cual manteniéndose la doctrina de la Sala se acordó la resolución que contiene, y entender que el procedimiento adecuado era el ordinario.

2- En el supuesto sometido a consideración de la Sala, a la vista de las circunstancias concurrentes, entiende el voto mayoritario que debe mantenerse la doctrina tradicional, lo que implica estimar el recurso con la declaración de que en este supuesto la controversia sobre el procedimiento a seguir debe resolverse en el sentido de que el adecuado es el proceso de despido.

La que suscribe discrepa en esta solución, por la propia doctrina de esta Sala IV/TS, y por la propia decisión del voto mayoritario basado en la que denomina doctrina 'tradicional', en cuanto señala que, 'la Sala viene sosteniendo con reiteración que el proceso ordinario es adecuado cuando la pretensión dirigida al cobro de la indemnización que deriva del acto extintivo se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o que deriva de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes. Ahora bien cuando en el supuesto controvertido se pongan en cuestión la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma o la propia naturaleza de la indemnización debida o, como ocurre en el presente caso, la validez de cláusulas contractuales que resulten determinantes para la configuración de la indemnización, el único procedimiento adecuado es el de despido'.

El supuesto enjuiciado encaja en el primer grupo de los que se acaban de referir, respecto a los que la Sala sostiene que el proceso ordinario es el adecuado, pues al margen de la calificación del despido objetivo que no se combate, y de la indemnización percibida por el mismo que tampoco se combate al igual que el salario regulador, lo que es objeto de reclamación es un complemento (la diferencia económica entre 20 y 45 días de salario por año de servicio), con apoyo en el acuerdo empresarial comunicado al trabajador por carta de garantía de 22/11/2010, teniendo el trabajador un plazo de un año para el ejercicio de la acción a partir del momento de la extinción de la relación laboral.

Como señala esta Sala en STS/IV de 22-enero-2007 (rcud. 3011/2005), "el proceso ordinario es el cauce adecuado para reclamar la indemnización por despido cuando la empresa ha reconocido en la propia carta de despido la improcedencia y el derecho del trabajador al cobro de la cantidad legalmente prevista, cuyos parámetros nadie discute. En dicho procedimiento, las demandantes, por medio del proceso ordinario, reclamaron la diferencia que entendían que les correspondía en la indemnización como consecuencia de una mayor antigüedad computable, teniendo en cuenta que la contratación sucesiva se había producido en fraude de ley dada su condición de trabajadoras fijas discontinuas; en la misma demanda también pidieron el pago del preaviso. La sentencia concluye señalando que 'teniendo en cuenta que en la carta de despido se contiene una declaración empresarial de improcedencia, aceptada por el trabajador, lo que, de hecho, supone el reconocimiento de la existencia de una cantidad adeudada concreta ajustada a los parámetros generales del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo impago no ha de canalizarse a través del proceso por despido, pues la acción así ejercitada no tendría objeto, sino que por tratarse de una deuda sobre la que hay certeza de su existencia, habrá de ser el proceso ordinario el que canalice la pretensión del demandante para su exigencia'.

Y, como matiza la STS/IV de 4-mayo-2012 (rcud. 2645/2011): 'Para la Sala IV 'el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto, no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada'. De ahí se sigue que 'si el trabajador considera que su cese es conforme a la ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos'.

3- El voto mayoritario señala que nos encontramos ante un despido objetivo por causas económicas, sobre el que la empresa mantiene en todo momento su procedencia, y que al no haber opuesto objeción el trabajador, ha

transcurrido con exceso el plazo de caducidad, añadiendo que " el valor de tal cláusula (carta de la empresa de 22/11/2010) es discutido por la empresa que incluso niega su aplicabilidad en base a una revocación posterior de la misma'.

Solo es admisible que nos encontramos ante un despido objetivo; a lo que hay que añadir que la calificación del mismo de procedencia no es controvertida, sino expresamente admitida por el trabajador que no la combate. La empresa, contrariamente a lo que se indica, no "mantiene en todo momento su procedencia' porque se trata de una cuestión que no está en discusión en el presente procedimiento. Tampoco puede estimarse que haya transcurrido el plazo de caducidad, porque el plazo aplicable a la reclamación postulada es de prescripción, y sin lugar a dudas no ha transcurrido, y por otro lado es una cuestión que tampoco ha sido objeto de debate. Por último el valor de la cláusula tampoco es controvertido en el presente litigio; amén de que sería inaceptable que la empresa vaya en contra de sus propios actos, al constar acreditado que el 22/11/2010 la empresa entregó al trabajador una carta con la garantía postulada, de la que resulta la mayor indemnización ahora reclamada de una simple y sencilla operación aritmética.

La sentencia adolece del vicio de incongruencia y de incoherencia interna, al llegar a la solución que adopta en base a unas circunstancias no alegadas por el recurrente, erigiéndose la Sala en parte. Y, asimismo adolece del vicio de incongruencia omisiva, por cuanto nada señala ni resuelve respecto al segundo motivo de recurso planteado por el recurrente.

4- En definitiva, -y en este sentido se formula el presente voto particular-, debió apreciarse la falta de contradicción entre las sentencias comparadas y desestimarse el recurso. Y en su caso, declarar que el procedimiento adecuado para el ejercicio de la acción de reclamación de cantidad ejercitada por el trabajador, es el ordinario. Y finalmente, reconocer el derecho del trabajador a las diferencias postuladas por resultar de la carta de garantía dada por la empresa, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

En Madrid, a 2 de diciembre de 2016

VOTO PARTICULAR discrepante que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 431/2014, por disentir -con el mayor respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, que estima el recurso interpuesto por banco Privado Portugués SA Sucursal de España y Comisión Liquidadora Frente a la STSJ Madrid de 13 diciembre 2013 .

Con expresa asunción de los Antecedentes de Hecho reflejados por la sentencia mayoritaria, expongo seguidamente, de forma muy sucinta, los Fundamentos de Derecho que justifican la discrepancia, en los mismos términos expuestos en el transcurso de la deliberación del Pleno. Estas consideraciones tienen también presente que la demanda se formula bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Laboral, mientras que el recurso de suplicación (por descontado, también el de casación unificadora) ya queda bajo la férula de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Único.

Líneas argumentales para la confirmación de la sentencia recurrida. La sentencia de que discrepo contiene una exposición acertada y brillante de nuestra doctrina acerca de cuál debe ser el cauce procesal seguido cuando la persona despedida reclama una mayor indemnización. Sin embargo, no comparto el diagnóstico que se ha hecho del objeto litigioso ni, por tanto, la solución que sobre el mismo se ha proyectado. Veamos por qué.

A) No se discute sobre un despido Con independencia de si se entiende concurrente o no la contradicción entre las sentencias opuestas, lo cierto es que el demandante de nuestro caso no reclama frente a su despido. Se podrá discutir si la demanda prospera o no, si posee o no acción, pero él no está protestando frente a la extinción del contrato de trabajo. No impugna el trabajador ni la corrección formal del despido, ni su antigüedad en la empresa, ni su salario. Tampoco discute el importe de la indemnización anudada a la decisión empresarial de extinguir el contrato por causas objetivas. La empresa le abona veinte días por año trabajado y él no lo cuestiona.

B) El despido es mero presupuesto de lo reclamado La existencia de un previo acto extintivo acordado por la empresa (despido objetivo) constituye el presupuesto para la reclamación del derecho económico que se lleva

ante los Tribunales. Lo que hace el trabajador es exigir el importe contemplado en la carta de garantía recogida en el HP Cuarto. Reclama una 'indemnización' que dicho pacto equipara a la de 45 días por año trabajado (la vigente en abril de 2010 para el despido improcedente). Desde esa perspectiva, la calificación del acto extintivo empresarial es indiferente puesto que la empresa no ha puesto en juego un despido disciplinario (cuya procedencia hubiera abordado la expectativa del trabajador).

C) El pacto indemnizatorio es claro Lo que está reclamando el trabajador es consecuencia del acuerdo suscrito en abril de 2010: si la empresa extingue el contrato y no hay despido disciplinario procedente, debe abonar determinada indemnización. La STSJ recurrida así lo entiende cuando concluye que "siendo inequívocos los términos de la garantía (art. 1281 C.C .), otorgada por quien tenía la facultad de darla, procede estimar la demanda sobre este extremo'. Esta es la reclamación efectuada: una indemnización derivada de la carta de garantía suscrita.

D) El plazo de prescripción es de doce meses Conforme al artículo 59.1 ET, puesto que se exige una cantidad económica y no hay plazo específico señalado al efecto, el trabajador dispone de doce meses desde que puede ejercitar la acción, que en este caso coincide con la fecha de efectos de su despido objetivo.

E) No estaba en juego la calificación del despido El cumplimiento de la cláusula de garantía no afecta a la regularidad del despido; la empresa cumple con las exigencias del artículo 53.1.b) ET poniendo a disposición del trabajador "la indemnización de veinte días por año de servicio'. La procedencia del despido objetivo deriva de cumplir "los requisitos establecidos en el apartado 1' del artículo 53 ET, conforme afirma el art. 53.4 ET .

El art. 122.3 LRJS prescribe que " La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ' y dicho queda que el art. 53.1 ET contempla una indemnización de 20 días.

Dicho abiertamente: no creo que esté en juego la calificación de un despido objetivo ni siquiera cuando se pacte que será indemnizado con más de lo dispuesto legalmente. La persona despedida tendría acción para reclamar el diferencial, pero sin que ello afecte a la procedencia del despido, materia de orden público gobernada por los preceptos reseñados.

Aquí no hay una previsión similar a la del art. 55.1 ET previendo la ampliación de requisitos formales que la Ley establece y prescribiendo su carácter improcedente "cuando en su forma no se ajustara' a ello (art. 55.5 ET ; art. 108.1 LRJS). Creo que en el despido objetivo, a diferencia de lo que sucede en el disciplinario, no cabe la improcedencia por haberse desconocido garantías adicionales a las que contempla la Ley.

F) Conclusión para el Fallo Con incondicional lealtad a la muy mayoritaria opinión de la Sala, y solo por dejar pública constancia de los términos en que discurre el debate, me parece honesto reiterar que la pretensión aquí ejercitada por el trabajador, en mi opinión, no se subsume en las propias de un despido objetivo. Reclama aquello que le concede un pacto individual, no cuestiona los términos del despido objetivo y se encuentra dentro de plazo.

La sentencia recurrida, tan escueta como contundente, debiera haberse declarado firme y su doctrina acertada.

Madrid, a 21 de diciembre de 2016

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer y el voto particular que formula la Magistrada Excmo. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol, al que se adhieren los Excmos/a. Sres/a. Magistrados/a D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, y Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga; así como el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. Don Antonio V. Sempere Navarro, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.