



Roj: **STS 2332/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2332**

Id Cendoj: **28079140012018100559**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2018**

Nº de Recurso: **2785/2016**

Nº de Resolución: **580/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2785/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 580/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Rosa María Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 31 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Garbaldi, SA, representado y asistido por el letrado D. Jacobo Porrua Ginovart, contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 580/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao, de fecha 14 de octubre de 2015, recaída en autos núm. 476/2015, seguidos a instancia de D. Pedro Enrique, contra Garbaldi, SA y Fogasa, sobre Despido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de octubre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El actor Don Pedro Enrique, con DNI NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa codemandada "GARBIALDI, S.A.", con la categoría profesional reconocida en nómina de Encargado de obra, antigüedad desde el 2/09/02 y salario bruto diario de 65,63 euros.

SEGUNDO.- El 1/04/11 empresa y trabajador suscribieron anexo al contrato de trabajo -obrante como documento nº 4 del ramo de la empresa, dándose por reproducido- si bien, a los efectos de interés actual, en el mismo se pacta que, desde el 1/04/11, el contrato del actor tendrá por objeto "la conducción de vehículos para la limpieza de obras, viales o recogida de residuos urbanos en el ámbito nacional".



TERCERO.- Con carácter excepcional y siempre y cuando no hubiera trabajo de conductor, la empresa encomendaba al demandante otras tareas, como cristalero.

CUARTO.- Mediante sentencia dictada el 15/04/15 por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Santoña (autos juicio rápido 382/15, documento nº 1 del ramo de la empresa), se condenó al trabajador como autor responsable de un delito contra la seguridad del tráfico a la pena de multa de seis meses y veinte días conforme a una cuota diaria de 10 euros y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un año y ocho meses.

Dicha resolución es firme.

QUINTO.- La empresa notificó al trabajador carta fechada el 24/04/15 y con efectos al mismo día, del siguiente tenor literal:

"Nos dirigimos a usted al objeto de poner en su conocimiento que nos vemos en la necesidad de proceder a la EXTINCIÓN DEL CONTRATO LABORAL vigente con Vd. como chófer de baldeo de esta empresa POR CAUSAS OBJETIVAS (ineptitud sobrevenida), a tenor de lo establecido en los artículos 52 a) y 53 del Estatuto de los Trabajadores .

Según lo previsto en el art. 52. a) E.T . : "El contrato podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa."

En su puesto de trabajo como chofer de baldeo debe Vd. conducir diariamente un camión de baldeo para realizar la limpieza de las calles o de las obras en las que esta empresa presta sus servicios.

Con fecha 15 de abril de 2015 el Juzgado de Instrucción nº 1 de Santoña ha dictado sentencia firme en el juicio rápido 382/2015 por la que se le condena a Vd. como autor de un delito contra la seguridad vial, privándole del derecho a conducir vehículos de motor durante 20 meses.

Por lo tanto, no puede Vd. realizar las funciones esenciales de su trabajo como chófer, al no poder conducir el camión con el que realiza su trabajo. Ello determina que, no pudiendo Vd. realizar su trabajo por causas objetivas ajenas a la voluntad de esta empresa, nos vemos obligados a proceder a la extinción de su relación laboral.

Por lo expuesto, nos vemos obligados a proceder a su despido y al abono de la indemnización que legalmente le corresponde, agradeciéndole los servicios prestados durante este tiempo.

En consecuencia y conforme a lo establecido en los artículos 52 a) y 53 del Estatuto de los Trabajadores , se acuerda:

PRIMERO - Dar por extinguida la relación laboral existente entre la empresa GARBIALDI S.A. y D. Pedro Enrique , con efectos del día 24 de abril de 2015.

SEGUNDO - Según lo establecido en el art. 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores , le corresponde una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, lo que asciende a la cantidad de 16.542,24 que en este mismo acto se ponen a su disposición.

TERCERO.- Procedemos también a poner a su disposición la cantidad correspondiente a los 15 días de salario por la falta de preaviso establecido en el artículo 53.1.c), lo que asciende a la cantidad de 999,65 euros".

SEXTO.- La indemnización expresada en la carta fue abonada al trabajador.

SÉPTIMO.- El actor no ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

OCTAVO.- El 27/05/15 se intentó la conciliación administrativa previa sin efecto, habiéndose presentado papeleta el 13/05/15».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda deducida por Pedro Enrique contra "GARBIALDI, S.A." y FOGASA, debo declarar y declaro la procedencia de la decisión empresarial de extinción de la relación laboral con efectos al 24/04/15, declarando extinguido en dicha fecha el contrato de trabajo que vinculaba a las partes».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Pedro Enrique ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 12 de abril de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Pedro Enrique , frente a la Sentencia de 14 de Octubre de 2015 del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao , en autos nº 476/15, revocando la misma



y declarando la improcedencia del despido objetivo decidido por la empresa con efectos del 24 de abril de 2015, condenando a la demandada "GARBIALDI, S.A." a su readmisión en las mismas condiciones que regían con anterioridad, a menos que dentro del plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia opte por indemnizarle en la cantidad de 35.833,98 euros, condenando al FOGASA a estar y pasar por esta declaración y sus consecuencias legales».

TERCERO.- Por la representación de Garbaldi, SA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en fecha 23 de julio de 2015, rcud. 2219/2014 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de mayo de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso de casación unificadora determinar si el error sufrido en el momento de la puesta a disposición de una indemnización por despido objetivo, basado en ineptitud sobrevenida por retirada del carné de conducir a consecuencia de condena por delito contra la circulación, constituye un error excusable o no; y, a consecuencia de tal decisión, determinar la calificación que corresponde al referido despido.

2.- La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de abril de 2016, dictada en le rec. 580/2016 , estimó el recurso de suplicación formulado por el actor contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao de 14 de octubre de 2015 que había declarado el despido procedente. La Sala del País Vasco estimando el recurso de suplicación entendió que la puesta a disposición de la indemnización era incorrecta y que el error sufrido había que calificarlo de inexcusable por lo que consideró el despido improcedente con las consecuencias legales inherentes a tal declaración condenando a la empresa en tal sentido.

Los hechos y circunstancias relevantes que se desprenden de la sentencia recurrida, tal como constan en los hechos probados -una vez incorporadas las revisiones fácticas aceptadas en suplicación- y figuran en los antecedentes de esta resolución son los siguientes: 1) El actor realizaba básicamente funciones de conducción de vehículos para la limpieza de obras, viales o recogida de residuos urbanos en el ámbito nacional, aunque excepcionalmente cuando no había trabajo en la empresa ésta le encargaba otras tareas como la de cristalero. 2) fue despedido por causas objetivas (ineptitud sobrevenida), como consecuencia de que fue condenado como autor responsable de un delito contra la seguridad del tráfico con la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un año y ocho meses. 3) Aunque en la sentencia de instancia la fecha de antigüedad constaba la de 2 de septiembre de 2002 , en la sentencia de suplicación tal fecha quedó definitivamente fijada en la de 27 de mayo de 2002 . 4) La empresa, en el momento del despido, puso a disposición del trabajador la indemnización correspondiente según el salario indiscutido y la antigüedad que figuraba en las nóminas del actor de manera pacífica durante todos los años posteriores a la antigüedad que en ella figuraba. 5) La Sala del TSJ del País Vasco consideró que la antigüedad real era de casi cuatro meses anterior porque así se desprendía del informe de vida laboral del actor. 6) La diferencia entre la indemnización que abonó la empresa y la que realmente debió abonar ascendió a 409,98 euros, inferior al 2,8% del total.

3.- La mercantil demandada -Garibaldi, S.A.- ha formulado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina para lo que ha aportado de contraste la sentencia dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de fecha 23 de julio de 2015, dictada en el rcud. 2219/2014 .

SEGUNDO.- 1.- Como ha declarado la Sala en numerosas ocasiones, el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril de 2004 y 4 de



mayo de 2005 , Rcul. 430/2004 y 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, Rcul. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , Rcul. 586/2006 y 312/2007 ; 16 de noviembre de 2007, Rcul. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , Rcul. 2703/2006 y 2506/2007 ; 24 de junio de 2011, Rcul. 3460/2010 ; 6 de octubre de 2011, Rcul. 4307/2010 ; 27 de diciembre de 2011, rcul. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, Rcul. 4753/2010).

2.- Las circunstancias relevantes a efectos de examinar la contradicción que constan en la sentencia aportada como referencial son las siguientes: 1) El actor fue objeto de despido por causas objetivas -económicas- llevado a cabo Comercial Salgar SAU. 2) El trabajador había prestado servicios primero a través de ETT y después para varias empresas como consecuencia de diversas subrogaciones, constando siempre la misma antigüedad que se arrastraba de empresa a empresa. 3) En el momento del despido, la empresa le puso a disposición la indemnización de conformidad con la antigüedad que siempre había figurado en nómina. 4) El órgano judicial entendió que la antigüedad real era de unos meses anterior a la que figuraba en las nóminas (menos de cuatro meses). 5) La diferencia entre la indemnización que abonó la empresa y la que realmente debió abonar ascendió a 404,82 Euros.

Con estos hechos, la sentencia de instancia y la de suplicación consideraron el error como excusable y calificaron la extinción como procedente, calificaciones que fueron confirmadas por esta Sala que entendió que teniendo en cuenta que la diferencia entre la indemnización debida y la puesta a disposición resulta de poca relevancia debido a que los periodos de prestación de servicios omitidos en el cálculo no alcanzan los cuatro meses, tomando en cuenta la empresa en el momento de poner a disposición la indemnización la antigüedad que venía figurando en las hojas de salario, el error en la puesta a disposición de la misma puede considerarse error excusable.

3.- El examen de ambas sentencias lleva a la conclusión de que se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 219 LRJS . En efecto, en ambas sentencias se ha producido un despido por causas objetivas en los que no se discute la concurrencia de la causa que, en ambos casos, se admite pacíficamente. Las dos empresas pusieron a disposición del trabajador despedido la indemnización ordenada por la ley con arreglo al salario -no discutido- y a la antigüedad que figuraba -inveteradamente- en las nóminas de los trabajadores de manera pacífica. 3) En los dos supuestos la cuestión sobre la antigüedad real no se discutió a lo largo de la relación laboral y se cuestiona, por primera vez, en el momento de la impugnación del despido. 4) En ambos casos la diferencia de la antigüedad no alcanza los cuatro meses. 5) En las dos sentencias la diferencia de la indemnización es muy pareja de suerte que en la recurrida alcanza los 409,98 Euros, y en la de contraste a 404, 82 Euros. Sin embargo, las sentencias llegan a resultados contradictorios. Así mientras la recurrida entiende que la empresa no tiene ninguna excusa para no haber abonado la indemnización real que se derivaba de la verdadera fecha de antigüedad, la de contraste entiende que la empresa actuó de modo automático recurriendo a la antigüedad derivada de la fecha consignada de manera constante en las nóminas del trabajador, por lo que "no resulta plausible deducir una intención evasiva por parte de la empresa", sino un simple error de cálculo derivado de la pacífica consignación de la fecha de antigüedad en las nóminas. Consecuentemente corresponde entrar a resolver la cuestión debatida.

No obsta a la concurrencia de contradicción que, en la referencial, la relación con la última empresa fuese fruto de sucesivas subrogaciones de relaciones laborales en empresa anteriores, mientras que en la recurrida sólo hubo una relación laboral. Tal circunstancia podría explicar en el caso de la referencial el error en la fijación en nómina de la antigüedad; lo que no ocurriría en la sentencia recurrida en la que el error no tendría explicación. Pero tal circunstancia no afecta al núcleo de la contradicción que está constituido por tres elementos básicos: la puesta a disposición de la indemnización derivada de la aplicación de la antigüedad que figura en la nómina; que tal fecha de antigüedad ha sido pacífica durante toda la extensión de la relación laboral y que ello ha dado lugar a unas diferencias en la indemnización puesta a disposición de escasa cuantía -en los dos caos poco más de cuatrocientos euros-. Sobre los mismos las respuestas judiciales han sido diferentes lo que exige de esta Sala el oportuno pronunciamiento unificador.

TERCERO.- 1.- El recurso denuncia infracción del artículo 112.3 LRJS , en relación con los artículos 9.3 y 24.1 CE , así como de la jurisprudencia de esta Sala que cita profusamente sobre la existencia o no de error excusable en la puesta a disposición de la indemnización.

2.- Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de qué supuestos pueden ser calificados de error inexcusable y cuáles de excusable, cuando la cantidad que el empresario pone a disposición del trabajador es inferior a la que legalmente corresponde. Si bien la mayoría de las sentencias se han dictado examinando el importe de la consignación de la indemnización en despidos reconocidos como improcedentes por el empresario, dada la identidad de razón, la doctrina establecida es aplicable a los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas. En nuestras SSTs de 22 de julio de 2015, Rec. 2393 , y de 30 de junio de 2016, Rec. 2990/2014 se da amplia cuenta de las diferentes sentencias que han ido dictándose en los últimos años y de las decisiones adoptadas en cada una de ellas; de suerte que puede afirmarse, a su tenor, que la decisión



sobre la existencia o no de un error excusable posee un importante componente casuístico que atiende a las circunstancias concretas que en cada caso se producen. Ello, no obstante, lo que se desprende de nuestra doctrina es lo siguiente: a) La escasa entidad del importe diferencial constituye un indicio muy relevante de que el error es poco trascendente y disculpable. Pero ese criterio solo puede invocarse como único cuando estamos ante unas operaciones aritméticas sin especial dificultad jurídica. b) La indiferencia del importe y la fatal consideración como inexcusable del error jurídico padecido es aplicable pero cuando, atendidas las circunstancias, la empresa no posee justificación para haberlo cometido. c) El «error excusable» es el que se produce aún a pesar de haber empleado la debida diligencia. Pero más que un problema de formación de la voluntad, se trata de un supuesto de «justa o injusta lesión de intereses en juego». El error es inexcusable cuando el que lo padece ha podido y ha debido, empleando una diligencia normal, desvanecerlo. De esta forma, en la determinación de la excusabilidad del error, producido por calcular la indemnización sobre la base de indebidos parámetros fácticos y/o jurídicos, pasan a un primer plano factores objetivos y subjetivos que ofrecen decisiva trascendencia, tales como la complejidad de aquéllos, la entidad de la empresa y la cobertura jurídica de que la misma pudiera gozar. d) Es inexcusable cuando la divergencia se produce maliciosamente o pudo haberse evitado con una mayor diligencia. Y e) en suma, ni todo error jurídico es necesariamente constitutivo de error inexcusable, ni toda diferencia de escasa entidad aboca a la consideración del error como excusable.

3.- La proyección de la doctrina expuesta debe conducir a la estimación del recurso y revocación de la sentencia recurrida teniendo en cuenta, que no parece (desde luego, en modo alguno se ha demostrado) que la empleadora haya querido ignorar el derecho del trabajador aquí recurrente sino calcular la indemnización con arreglo a los datos que había venido manejando durante todo el tiempo que discurrió la prestación de servicios entre ellos. De ello no puede inferirse que pueda percibirse elemento intencional alguno en la empleadora ni falta de diligencia por su parte. Al contrario, cuando realizó los cálculos para poner a disposición la indemnización por extinción del contrato tuvo en cuenta la antigüedad que figuraba en la hoja de salarios durante quince años de forma pacífica, sin que tal fecha hubiera sido cuestionada en tan largo espacio de tiempo. Todo lo cual abona la justificación que se observa cuando la empresa actúa, a la hora de despedir, aplicando los datos que, de forma pacífica, ha venido manejando precedentemente.

Además, hay que tener en cuenta que la escasa cuantía de la diferencia entre lo puesto a disposición y lo que se debió poner abona, también, la conclusión de que el error es poco trascendente y disculpable, atendida la aludida circunstancia de que la antigüedad fue cuestión pacífica durante el transcurso de la relación laboral.

CUARTO.- 1.- La estimación del recurso, oído el Ministerio Fiscal, conlleva que el despido haya de ser declarado procedente; pero, como señala el artículo 122.3 LRJS, el error excusable no deja sin efecto la obligación de abonar la indemnización en la cuantía correcta. De ahí que el artículo 123.1 LRJS disponga que: «Si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido».

En consecuencia, procederá casar y anular la sentencia recurrida para anular en parte la sentencia de instancia, manteniendo la declaración de la procedencia del despido y condenando a la mercantil recurrente al pago de la suma de 409,98 euros en concepto de diferencias de indemnización.

2.- No procede la imposición de costas y si ordenar la devolución del depósito constituido para recurrir, así como la consignación efectuada, salvo la cuantía a que asciende la condena.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y 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 Garbaldi, SA, representado y asistido por el letrado D. Jacobo Porrua Ginovart.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 12 de abril de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 580/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao, de fecha 14 de octubre de 2015, recaída en autos núm. 476/2015, seguidos a instancia de D. Pedro Enrique, contra Garbaldi, SA y Fogasa, sobre Despido.

3.- Mantener la procedencia del despido establecida en la sentencia de instancia y condenar a Garbaldi, SA a que abone a D. Pedro Enrique la suma de 409,98 euros en concepto de diferencias de indemnización.



4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas. Ordenar la devolución del depósito constituido para recurrir y la consignación a tal fin efectuada, salvo la cuantía a que asciende la condena.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ