



Roj: **STS 1802/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1802**

Id Cendoj: **28079140012018100430**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2018**

Nº de Recurso: **4003/2015**

Nº de Resolución: **452/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4003/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 452/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Angel Blasco Pellicer

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 26 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. María Milagros , representada y asistida por el letrado D. Alejandro Hernández Leal, contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 3043/2013 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Huelva, de fecha 26 de junio de 2013 , recaída en autos núm. 1350/12, seguidos a instancia de D^a. María Milagros , contra D. Alfonso , sobre Despido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de junio de 2013 el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«I.- D^a María Milagros , mayor de edad, con DNI NUM000 ha venido prestando servicios por cuenta y bajo dependencia de D. Alfonso (con NIF NUM001 y Notario de profesión), como oficial de segunda, en el centro de trabajo de Isla Cristina, Huelva.

La actora no es ni ha sido representante legal o sindical de los trabajadores

La relación laboral se ha regido por el I Convenio Colectivo Estatal de Notarios y Personal Empleado contenido en el BOE de fecha 31.05.11.



Según el certificado del Patronato de la Mutualidad de Empleados de Notarías expedido el 22.05.13, en la ficha del censo oficial de empleados de Notarías consta que la actora aparece incorporada el 07.11.92 al servicio de la entonces Notario de la localidad de Isla Cristina D^a Marisol (folio 81, por reproducido).

II.- La actora ha devengado durante 2012 la suma de 2776 euros mensuales comprensivos de los siguientes conceptos:

-Salario base: 1578,98 euros.

-Complemento base: 301, 24 euros.

-Complemento histórico: 340,58 euros.

-Prorrata de pagas: 555,20 euros.

Las nóminas a los folios 68 y ss. y 261 y ss. se dan por reproducidas.

III.- El 21.09.12 D. Alfonso quiso hacer entrega a la actora, que rehusó su recepción, de la comunicación escrita a los folios 58-60 (por reproducidos) en la que se decía:

"Muy señora mía:

Sirva la presente para poner en su conocimiento la decisión adoptada por esta empresa, consistente en proceder a la extinción de su contrato de trabajo por las causas objetivas que se refiere el art. 52. c) ET y demás concordantes del mismo texto legal.

Esta decisión obedece a la necesidad de ajustar y adecuar el volumen de la plantilla al importante descenso de la actividad experimentado, que determina igualmente una (sic) la difícil situación económica que atraviesa la empresa, como procederemos a detallar a continuación, debiéndose por todo ello operar una reducción del coste de personal que nos permita tener una posición más competitiva en el mercado y salvaguardar la viabilidad de la empresa y el empleo que ésta pueda mantener.

En concreto, la causa de extinción en el descenso de la actividad profesional, con la correlativa disminución de la facturación y de los resultados, descenso experimentado especialmente desde el año 2010, lo cual viene determinado por:

-La situación de crisis que asola el país, la del sector de la construcción estrechamente vinculado con la actividad notarial y la crisis generalizada de la actividad notarial, que con carácter general ha experimentado un importante descenso y que también se ha visto afectada por la notoria crisis crediticia y del sector financiero, sector que también está estrechamente vinculado con la actividad notarial.

-La bajada de la calidad del documento notarial en cuanto al tipo, se ha pasado de documentos de cuantía a documentos sin cuantía, y a las cuantías de los documentos que han disminuido sensiblemente.

-La falta de revisión de los honorarios fijados por el RD 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el arancel de los Notarios, que desde su aprobación en 1989 no ha sido actualizado, todo lo contrario ha sufrido más de 30 reducciones como se ha hecho referencia mientras el número de notarías en Isla Cristina se duplicó. Esta situación fue compensada por el boom inmobiliario pero desaparecido éste la situación es insostenible. Junto a las sucesivas bajadas de honorarios notariales desde su aprobación la situación se ha visto acentuada en los dos últimos años por una reducción general del 5% y por otras reducciones en cancelaciones, sociedades, subrogaciones y novaciones de créditos, entre otros.

En relación con los ingresos se prevé una caída de los mismos por las causas indicadas unidas a la reducción en la venta de viviendas, así como a la disminución del crédito prevista, la supresión de las legitimaciones de firmas de las cuentas anuales de las sociedades, y la bajada de los honorarios en sociedades y cancelaciones de hipotecas aproximadamente un 12% con relación al año anterior.

Todo ello ha determinado que el volumen de la actividad de la Notaría de Isla Cristina ha experimentado la siguiente evolución:

*AñosMesesProtocolo*Libro registro***

2008

2009

2010

2011

2012



Marzo a diciembre(1)
Enero a diciembre(2)
Enero a diciembre(3)
Enero a diciembre(3)
Enero a junio (4)
1272
1470
1320
1170
491
1668
2031
1862
1774
854
617
570
505
436
183

Para mayor detalle en la información, hacemos las siguientes aclaraciones al cuadro anterior:

-(*) En el cuadro de Protocolo se incluyen los datos de escrituras y actas de todas clases, diferenciando entre instrumentos autorizados y actos documentados en los mismos.

-(**) En el cuadro del Libro registro se incluyen los datos de pólizas de operaciones mercantiles.

-(1) Desde octubre a 2007 hasta febrero 2009, la notaría estuvo vacante.

-(2) Desde enero a octubre ambos inclusive, todos los documentos fueron autorizados por Alfonso (único titular en la plaza). A partir de noviembre de 2009 inclusive, en que toma posesión D. Lucas de la nueva plaza demarcada en la localidad, se incluyen los documentos autorizados por ambos notarios, que ejercen convenidos como unión DIRECCION000 CB.

-(3) Se incluyen los documentos autorizados por los dos notarios convenidos.

-(4) En enero y febrero se incluyen los documentos autorizados por los dos notarios convenidos. A partir de marzo todos los documentos corresponden a Alfonso , único titular en la localidad tras el traslado de Lucas y cese de la Comunidad de Bienes.

Los datos mencionados revelan el descenso importante que ha experimentado la actividad de nuestra Notaría, descenso de la actividad que se mantienen en los últimos meses pues en el período de 1 de julio a 13 de septiembre del presente año 2012 el número de escrituras ha sido de 199 y el de pólizas de 52, con lo que el total del año 2012 hasta esa fecha de 13 de septiembre es de 690 y el de pólizas de 235.

Esa disminución del volumen de actividad va unida a la disminución sensible de las cuantías de los actos u operaciones a que se refieren los citados documentos y escrituras lo que ha determinado una disminución persistente de los ingresos de la Notaría en los últimos años. En ese sentido, el número de asuntos con cuantías ha disminuido en el año 2011 y durante el primer semestre de 2012, siendo significativo el cuadro siguiente:

Años	Meses	Número de actos	sin cuantía
2008			
2009			



2010

2011

2012

Marzo a diciembre(1)

Enero a diciembre(2)

Enero a diciembre(3)

Enero a diciembre(4)

Enero a junio (5)

SIN CUANTÍA

796

1017

1146

1243

613

CUANTÍA INFERIOR A 6010,12€

35

49

48

54

25

CUANTÍA IGUAL O MAYOR A 6010,12€

837

965

668

477

216

Esta disminución de los asuntos con cuantía persiste en los últimos meses, porque de los 199 instrumentos autorizados entre el 1 de julio y el 13 de septiembre de 2012, 127 fueron instrumentos sin cuantía y 72 instrumentos con cuantía.

Al respecto, hemos de hacer constar que esa disminución de actividad ha determinado que la facturación de esta Notaría haya experimentado una importante reducción de los ingresos brutos de 1 de enero a 10 de septiembre de 2012 de 178.752,81, con una proyección para el año 2012 que revela la reducción de total de ingresos a 256.967,96 euros, cuando en 2011 fueron de 350.926,46 euros y en 2010 de 454.607,33 euros.

Justo con la disminución de ingresos se da la concurrencia de una cifra elevada y persistente de gastos, de entre los cuales, los más elevados son los costes salariales y de Seguridad Social, que fueron de 176.856,86 euros en 2010, 175.124,83 euros en 2011, y en el presente años 2012 durante el primer trimestre de 86.999,21 euros, a los que debe sumar los 12.564,04 euros del mes de julio de 2012 y 12.568,07 del mes de agosto de 2012. A ello se añade el importe de otros gastos de la Notaría cercano a los 90,00 euros (sic) en 2010 y en 2011 y con un importe aproximado de 35.000 euros en el período transcurrido de 2012 hasta la fecha, teniendo en cuenta los ajustes de gastos corrientes realizados en este año.

Los anteriores datos justifican que se hayan adoptado las siguientes medidas:

- Como se ha indicado, la adopción de medidas de ahorro de gastos corrientes, distintos a los de personal.*
- Una medida de congelación de las retribuciones de los años 2011 y 2012 de todos los empleados.*



-Un acuerdo de reducción del importe de las retribuciones coincidente con el de gratificación extraordinaria de marzo de 2012.

-Junto a tales medidas resulta necesario sin embargo, para superar la situación actual, amortizar, entre otros, su puesto de trabajo de oficial de segunda.

Con tal amortización y las demás medidas expuestas, la Notaría contará con la plantilla adecuada para el volumen y tipo de actividad que tiene, destacando que prácticamente han desaparecido los instrumentos de compraventa, obra nueva y división de propiedad horizontal a los que Vd se dedicaba pudiendo desarrollarse la actividad de forma más eficiente con el personal que se mantiene, salvando así el mayor número de puestos de trabajo.

De acuerdo con las previsiones legales, le preavisamos que la extinción tendrá efectos el próximo 08.10.12, poniendo a su disposición en este momento talón por importe de la indemnización prevista en el art. 53 ET en cuantía del 60% de la cifra de una anualidad - incluida la actualización salarial del año 2012 - de la cifra de 31.482,36 euros, esto es, 19.105,41 euros siendo el 40% restante a cargo del FOGASA, de conformidad con el art. 33.8 ET , que prevé que dicho organismo abonará al trabajador dicha parte de la indemnización.

Como le indico la indemnización legal a mi cargo de 19.105,41 euros (DIECINUEVE MIL CIENTO CINCO CON CUARENTA Y UN EUROS) está a su disposición desde este momento, mediante el cheque que se acompaña a la presente y del que dejo unida copia junto con esta carta.

Para el cobro de la indemnización a cargo del FOGASA, le ofrezco cuanta colaboración precise a los fines de hacer las gestiones oportunas dado que tras la reforma operada por la Ley 3/12 de 6 de julio se prevé el pago directo por ese organismos al empleado, no pudiendo el empresario anticiparla y luego pedir el resarcimiento a dicho organismo.

Junto con la mencionada cantidad pondré a su disposición el día laborable anterior al cese la liquidación y finiquito de las cantidades adeudadas por su relación laboral en el momento de su extinción, de conformidad con el art. 49.2 ET , importe que le será abonado en la forma habitual.

Durante el período de preaviso dese el día de hoy hasta su cese, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

De esta comunicación no se da traslado a la representación de los trabajadores al no existir en la empresa.

Le rogamos que forme la copia a los meros efectos de su recepción.

IV.- D. Geronimo y D. Nicolas , empleados del demandado, suscribieron el 21.09.12 el siguiente texto al reverso de la carta a que se hace referencia en el hecho anterior (folio 60, reverso, por reproducido):

"Por la negativa de la empleada María Milagros a recibir la carta anterior y el talón que se une en copia, firman dos testigos a ruego, manifestando que la comunicación de la carta y la puesta a disposición se han realizado en su presencia.

Isla Cristina a 21 de septiembre de 2012 ".

V.- La copia del documento (talón) a que se hace referencia en el texto transcrito era un talón a nombre de la actora, de la entidad CAJASUR nº NUM002 por importe de 19.105,41€ (folio 61, por reproducido).

VI.- El 27.09.12 D. Miguel Ángel depositó burofax dirigido a la actora (folio 18 y ss, por reproducidos), que recibió al día inmediato, en la que se le informaba lo que sigue:

"Isla Cristina, a 27 de septiembre de 2012.

(...)

Muy señora mía:

Por medio de burofax, le remito esta carta adjuntando copia de la comunicación por despido que se le notificó el pasado día 21 y que Vd. se negó a recibir, reiterándole por este medio que tiene a su disposición en esta Notaría el talón por importe de la indemnización correspondiente.

Como es mi deseo que conozca las razones de mi decisión, le aclaro que la indemnización está cifrada teniendo en cuenta que la antigüedad se cuenta en función de los años de servicio efectivos contados desde la inclusión en el censo oficial de empleados de notarías según ha declarado el TS en Sentencia de 14.05.12 . En la misma comunicación ya le advertía que el importe anual incluye las actualizaciones correspondientes.

Del mismo modo, tendrá a su disposición la liquidación correspondiente en la fecha en que se indicó en la citada comunicación.



Atentamente".

VII.- El mismo día de la recepción del burofax, el 28.09.12, D^a María Milagros suscribió un documento (folio 64, por reproducido) que decía:

"...He recibido de D. Alfonso , cheque por importe de DIECINUEVE MIL CIENTO CINCO EUROS CON CUARENTA Y UN CÉNTIMOS (19.105,41€) cuya fotocopia se adjunta, correspondiente al 60% de la indemnización por despido, según carta de despido notificada con fecha de 21.09.12, sin que ello implique conformidad con el despido y con reserva de las acciones legales oportunas.

En Isla Cristina, a día 28 de septiembre de 2012".

VIII.- El importe a que se hace referencia en el Hecho anterior se hizo efectivo a favor de la trabajadora el día 09.10.12 (folio 66, por reproducido).

IX.-El certificado del Colegio Notarial de Andalucía relativo a los datos estadísticos que se contienen en dicho Colegio de los Índices Notariales desde enero 2008 a abril 2013, instrumentos públicos autorizados y pólizas intervenidas de Isla Cristina por el demandado y D. Lucas , se da por reproducido (folios 83 y ss).

Según el mismo, los actos totales generales intervenidos en la Notaría de D. Alfonso son los que siguen:

AÑOTOTAL GENERAL

2008
2009
2010
2011
2012
2013 (hasta abril)
2299
2616
2387
2227
2185
528

X.- El Informe pericial de D. Leoncio a los folios 125 y 126 se da por reproducido. Según el mismo, los ingresos, gastos y rendimiento de la Notaría ocupada por el demandado son los que siguen:

AÑOIngresosGastosRendimiento

2009
2010
2011
2012
486.628,83
438.172,12
350.926,46
295.299,78
285.629,72
265.284,55
247.896,70
235.031,53
200.999,1



172.887,57

103.029,84

57.254,84

XI.- Las declaraciones de IRPF del demandado se dan por reproducidas. Según las mismas, los rendimientos netos de D. Miguel Ángel han sido los que se detallan seguidamente:

AÑO RENDIMIENTO NETO

2009

2010

2011

2012

189.160,18

162.704,43

97.878,27

57.254,84

XII.- El 24.09.12 el empleador suscribió con tres empleados de su Notaría los acuerdos de novación contractual consistente en una congelación salarial en los términos de los documentos a los folios 120-12 (por reproducidos).

XIII.- El primer día de diciembre de 2012, D. Alfonso renovó su contrato de arrendamiento del local sede de la Notaría, rebajando la renta mensual de 1034,38 euros a 800 euros mensuales, con efectos de 01.01.13 (folios 123 1 y 124, por reproducidos).

XIV.- La Notaría de la que es titular D. Alfonso, al tiempo del cese, contaba con cinco empleados, incluida la actora.

XV.- La actora planteó papeleta de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 31.10.12 acto que se celebró sin avenencia el 15.11.12. La demanda que dio inicio a las actuaciones se presentó el 15.11.12».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda iniciadora de los autos 1350/12 planteada por despido por D^a. María Milagros frente a D. Alfonso se declara procedente el despido de la actora con fecha efecto de 08.10.12, absolviéndose al demandado de los pedimentos en su contra formulados, si bien deberá abonar a la actora SEISCIENTOS OCHO CON NOVENTA Y UN EUROS (608,91 EUROS) como parte de la indemnización por cese».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. María Milagros ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), la cual dictó sentencia en fecha 3 de junio de 2015, en la que consta el siguiente fallo:

«Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D^a. María Milagros, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva en sus autos núm. 1.350/12, en los que la recurrente fue demandante contra D. Alfonso en demanda de despido, y como consecuencia confirmamos dicha sentencia».

TERCERO.- Por la representación de D^a. María Milagros 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 16 de abril de 2013, rcud. nº 1437/2012.

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 para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de abril de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión objeto del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si es excusable o no el error en la puesta a disposición de la indemnización por parte de un



empresario en un supuesto de despido objetivo en empresa de menos de veinticinco trabajadores en un supuesto en el que se puso a disposición únicamente el 60% de la indemnización total y no la diferencia entre el cuarenta por ciento restante y lo que realmente debía abonar el FOGASA en cumplimiento de los límites establecidos en el artículo 33.8 ET .

2.- Por la representación letrada de D^a María Milagros se ha interpuesto el presente recurso contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Sevilla- de 3 de junio de 2015, dicta en el recurso 3043/2013 que confirmó la procedencia del despido objetivo de la actora declarada en la instancia. Constituyen circunstancias relevantes de cara al examen del recurso y, especialmente de la concurrencia de contradicción las siguientes: 1) La trabajadora venía prestando servicios para D. Alfonso con la categoría profesional de Oficial de Notaría. 2) Fue despedida por causas objetivas de índole económica en virtud de carta de 21-9-2012 y fecha de efectos de 8-10-2012. 3) En el momento del primer intento de entrega de la carta de despido se puso a disposición de la actora mediante talón el importe del 60% de la indemnización prevista en el art. 53 ET en cuantía de 19.105,41 €, siendo el 40% restante a cargo del FOGASA, al tratarse de empresa de menos de veinticinco trabajadores. 4) El importe indemnizatorio total ascendía según la citada carta a 31.482,36 €. 5) La cantidad a abonar por el FOGASA teniendo en cuenta los límites del artículo 33.8 ET ascendía a la cantidad de 7.269,34 euros.

La Sala de suplicación, tras rechazar la modificación del relato fáctico instada por la actora y en lo que ahora interesa, desestimó la denuncia de infracción del art. 53 ET en relación con el art. 33.8 del ET bajo los siguientes argumentos: la indemnización total que le corresponde a la actora asciende a 32.857,20 € y el art. 33.8 ET - en redacción aplicable a partir del 8 de julio de 2012- limita la suma máxima a abonar en estos casos por el Fogasa a la que correspondería a un año de salario, sin que el haber regulador pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional. Con esos límites, según dice la Sala- la cantidad a abonar por el Fogasa sería de 17.959,92 € (sic). La Sala indica, además, que al haber abonado el demandado a la actora 19.105,41 €, el error en el importe de la cantidad en realidad adeudada -que ascendería a 19.714,32 €- es de sólo el 3.09% -608,91 €, lo que implica que deba ser calificado de excusable.

3.- El recurso se articuló en 2 motivos, uno dedicado a la infracción del artículo 33.8 y el otro a la infracción del artículo 53, ambos del ET . No obstante, ambos motivos van dirigidos a denunciar el error inexcusable en el cálculo de indemnización por despido objetivo. Y aunque en cada motivo se aborda la cuestión planteada desde una perspectiva distinta -error en la cantidad a abonar por el Fogasa y consecuente insuficiencia de la indemnización puesta a disposición- lo cierto es que la materia de contradicción es única. Ello sin duda constituye un intento del recurrente de descomponer artificialmente la controversia porque el punto de decisión de la sentencia impugnada es único y no cabe desglosarlo en dos materias independientes con el objeto de designar sendas sentencias de contraste. Por ello, la parte fue requerida para seleccionar una de las sentencias invocadas en el escrito de interposición del recurso. Y, aunque en su escrito de 18 de marzo de 2016, insiste en que son dos los motivos de recurso, subsidiariamente selecciona la de esta Sala de 16 de abril de 2013 (R. 1437/2012), que es la que será tenida en cuenta a efectos del análisis de la contradicción.

SEGUNDO.- 1.- La sentencia de contraste resuelve la consideración de excusable o no del error en la cantidad puesta a disposición en un supuesto de despido objetivo económico en empresa de menos de 25 trabajadores. En el caso se dio la circunstancia de que la empresa, aunque no puso a disposición del trabajador despedido la indemnización alegando falta de tesorería, indicó que la pondría en la fecha de efectos del despido en cuantía del sesenta por ciento de la indemnización. No se puso a disposición la diferencia entre el 40% de la indemnización y lo que debía abonar el FOGASA, teniendo en cuenta el tope del artículo 33.8 ET .

La sentencia de contraste considera, atendida también la cuantía de la diferencia, que el error es inexcusable ya que, si bien la cuestión acerca del alcance de la responsabilidad del FOGASA en supuestos de indemnización por despido de empresas que tengan menos de 25 trabajadores reviste cierta complejidad, un examen pormenorizado de su regulación permite determinar con exactitud la misma. En efecto, el párrafo primero del artículo 33.8 ET establece que "En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por ciento de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia... o por la causa prevista en el párrafo 4 del artículo 52....". A renglón seguido el segundo párrafo dispone que "El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo", señalando el citado apartado que: "En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario base del cálculo pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional incluyendo la parte proporcional de las pagas extras.". Por lo que, ascendiendo la diferencia entre lo que se puso a disposición y lo que debió haberse puesto de más de cuatro mil quinientos euros hay que considerar el error inexcusable.

2.- Un atento examen de las sentencias determina, tal como informa el Ministerio Fiscal, que la contradicción en sentido legal ha de declararse existente, pues ante análogo problema jurídico las sentencias llegan a



pronunciamientos abiertamente contradictorios. Así, en ambos casos se producen sendos despidos objetivos y la cantidad ofrecida o puesta disposición como indemnización correspondiente al 60% de la indemnización no es la correcta, al no tomarse en consideración los límites de responsabilidad del Fondo, tratándose por lo demás de diferencias importantes entre lo consignado y lo debido consignar. Incluso procedería la admisión del recurso por existir contradicción a fortiori, dado que es mayor incluso la diferencia en el caso de autos que en el de contraste.

No obsta a la contradicción que la cuantía de los topes a abonar por el FOGASA fuese distinta en función de la redacción vigente del artículo 33.8 ET fuera distinta (triple del SMI en la referencial, doble del SMI en la recurrida), pues lo decisivo es que, en ambos supuestos, en la puesta a disposición de la cantidad no se habían tomado en consideración los topes legales, con independencia de su cuantía. Tampoco obsta a la contradicción que en la sentencia recurrida la Sala cometa errores aritméticos y, especialmente, que no acierte en la cuantía tope a abonar por el FOGASA, ya que esta es una cuestión no fáctica, sino eminentemente jurídica que se desprende de la aplicación de la previsión del artículo 33.8 ET y del RD que regula el SMI estableciendo su cuantía en cada momento. La aplicación de ambos preceptos determina que la cantidad tope que podía abonar el FOGASA por el 40% de la indemnización ascendía a la cantidad de 7.269,34 euros. Por lo que, resultando indiscutida la cantidad total a indemnizar en la cuantía de 32.857,20 euros y habiendo puesto a disposición la empresa la cantidad de 19.105,41, quedó una diferencia de 6.482,45 euros.

TERCERO.- 1.- Como se anticipó, la recurrente denuncia infracción de los artículos 33.8 ET y 53. 1. b) ET . Al respecto, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la cuantía que el empresario debe poner a disposición del trabajador en los casos de despidos objetivos económicos realizados en empresas de menos de veinticinco trabajadores, estableciendo al efecto que la cantidad debe ascender no únicamente al sesenta por ciento de la indemnización sino a la total cuantía de la indemnización restándole únicamente lo que debe abonar el FOGASA teniendo en cuenta los límites previstos en el artículo 33.8 ET . Así lo han afirmado no sólo la sentencia aquí traída como referencial, sino también la más reciente STS nº 733/2017 de 28 septiembre, rcud. 3460/2015 . En definitiva, la obligación que dimana del artículo 53.1.b) ET consiste en que la empresa debe poner a disposición del trabajador, en el momento de la comunicación del despido, el total de la indemnización legalmente prevista de la que podrá detraer, en empresas de menos de 25 trabajadores, la cantidad que asume el fondo de garantía salarial; esto es, el cuarenta por ciento de la indemnización siempre que no supere los topes del artículo 38 ET , debiendo la empresa, caso de que los supere, poner a disposición tal exceso también.

2.- Resuelta tal cuestión, su proyección sobre el supuesto examinado debería conducir a la estimación del recurso. Sin embargo, resta por examinar si la falta de puesta a disposición puede ser considerado como error excusable.

A tal efecto, 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.



CUARTO.- 1.- La proyección de la doctrina expuesta debe conducir a la estimación del recurso y revocación de la sentencia recurrida teniendo en cuenta, además el elevado importe de la diferencia entre la cantidad consignada y la que se debió consignar, ya que, como se anticipó, la empresa abonó la cantidad de 19.105,41 euros cuando la cantidad exigible era de 25.587,86 euros; es decir, una diferencia de 6.482,45 euros, cuantía que, según nuestra doctrina, impide calificar el error como excusable.

Por tanto, al no haber cumplido la empresa con la exigencia del artículo 53 ET, procede, oído el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso con la consiguiente calificación del despido como improcedente por defecto en la puesta a disposición de la indemnización legalmente correspondiente, con los efectos normativos consecuentes. Sin costas.

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 visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. María Milagros, representada y asistida por el letrado D. Alejandro Hernández Leal.
- 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 3 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 3043/2013, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Huelva, de fecha 26 de junio de 2013, recaída en autos núm. 1350/12, seguidos a instancia de D^a. María Milagros, contra D. Alfonso, sobre Despido.
- 3.- Resolver el debate en suplicación, estimado el de tal clase, declarando la improcedencia del despido de la citada trabajadora y condenando a contra D. Alfonso a que, a su opción, ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente, readmita a la trabajadora con abono de salarios de tramitación y devolución por la trabajadora de las cantidades percibidas en concepto de indemnización, o la indemnice en la cuantía de 32.857,20 euros de los que podrá detraer las cantidades que hubiera abonado ya en concepto indemnizatorio.
- 4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.