



Roj: **STSJ GAL 3581/2013 - ECLI:ES:TSJGAL:2013:3581**

Id Cendoj: **15030340012013101966**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2013**

Nº de Recurso: **626/2013**

Nº de Resolución: **2419/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939 Fax:881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2012 0003369 402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000626 /2013 PM

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000685 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de VIGO

Recurrente/s: María

Abogado/a: SECUNDI NO FERNANDEZ GUISANDE

Procurador/a: MARIA ANGELES FERNANDEZ RODRIGUEZ

Recurrido/s: MINISTERIO FISCAL, ALSISOL SL (HOTEL RESTAURANTE ALFONSO I)

Abogado/a: LAURA MARIA VAZQUEZ PEREZ

Ilmo. Sr. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE DE LA SALA

ILMO/AS. SR/AS.

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a nueve de Mayo de dos mil trece.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 626/2013, formalizado por María , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de VIGO en el procedimiento DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 685/2012, seguidos a instancia de María frente a ALSISOL SL (HOTEL RESTAURANTE ALFONSO I), siendo parte el Ministerio Fiscal siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JOSE ELIAS LOPEZ PAZ.



De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a María presentó demanda contra ALSISOL SL (HOTEL RESTAURANTE ALFONSO I), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha nueve de Octubre de dos mil doce .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO .- Doña María ha prestado servicios para la empresa ALSISOL SL desde el 20 de noviembre de 2000, con la categoría profesional de camarera, con un salario mensual incluido el prorrateo de pagas extraordinarias y las horas extra mensuales, de 2.086'05 E. Su horario habitual era a turnos de 7 a 16 horas y de 16 a 0.30 horas, todos los días de la semana con un día de descanso, con algunos cambios de turno.

SEGUNDO .- 1.- La demandante recibió el 4 de mayo de 2012 comunicación de extinción de contrato por causas objetivas, con efectos del 19 de mayo, alegando como causas unas pérdidas en el ejercicio 2011 de 89.048'11 €, con un aumento de personal del 26%, unida a la subida de costes como la electricidad. 2.- La empresa puso a disposición de la trabajadora, en el momento de la entrega de la carta, una indemnización de 9.914'47 €, conforme al salario de la trabajadora sin tomar en consideración las pagas extra.

TERCERO .- 1.- La empresa tuvo unas pérdidas en 2011 de 89.048'11 €; y en 2012, a 31 de agosto de 2012, eran de 137.478'23 E. La empresa tiene una deuda con la Seguridad Social de 39.944'78 E. La empresa mantiene una plantilla de 13 trabajadores. Ha realizado contrataciones temporales para determinados períodos, especialmente de camareros.

CUARTO .- La demandante presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 15 de mayo de 2012 por retraso en el pago de salarios y por horas extra, circunstancia que fue comprobada por la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Además, el 18 de octubre de 2011 comunicó a la empresa que pasaría a cumplir una jornada continuada de 40 horas, según lo establecido en el Convenio Colectivo del sector. Algunos trabajadores de la empresa han denunciado ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la realización de jornada superior a la pactada, y algunas condiciones relativas a prevención de riesgos.

QUINTO .- Se interpuso en tiempo y forma papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo. **SEXTO** .- La demandante no es ni ha sido representante legal de los trabajadores.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Doña María , debo absolver y absuelvo a la empresa ALSISOL SL, de los pedimentos formulados en su contra, confirmando el despido objetivo de la trabajadora, pero condenando a la empresa a satisfacer la diferencia entre la indemnización ofrecida y la legalmente establecida en los términos del artículo 123.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , conforme al salario regulador establecido en esta resolución.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestima la demanda interpuesta por la actora, contra la empresa ALSISOL SL., declarando procedente el despido por causas objetivas (económicas) del que ha sido objeto la demandante, absolviendo a la mercantil demandada de los pedimentos formulados en su contra. Y frente a esta decisión, interpone el presente recurso de Suplicación la representación letrada de la trabajadora demandante, interesando, en primer término, al amparo del art. 193.b) de la LRJS la revisión del hecho probado segundo y la adición al relato fáctico de la sentencia recurrida de dos hechos nuevos, todo ello con el contenido siguiente:

*En cuanto a la revisión del hecho probado segundo, se interesa la supresión del párrafo segundo y su sustitución por otro, ofreciendo la siguiente redacción: "La empresa no puso a disposición de la trabajadora, en el momento de la entrega de la carta, ninguna indemnización. La cantidad indemnizatoria obrante en la carta de despido se calculó sin tomar en consideración las horas extras, ni conforme al salario correspondiente a su categoría profesional reconocida de camarera".

La Sala no acoge esta modificación por las razones siguientes: Por una parte, se pretende constatar un hecho negativo, y no se puede recoger como hecho probado lo que no se acredita. Por otro lado, el Magistrado de instancia valorando de forma inmediata y directa la prueba practicada en el acto del juicio, alcanzó la conclusión de que la indemnización sí fue puesta a disposición de la trabajadora, afirmando en el Fundamento Jurídico Tercero de su Sentencia "...así se infiere de la espontaneidad en el interrogatorio de la demandante



que ha reconocido la presencia del cheque en el momento de la entrega de la carta". Es decir, que la propia actora reconoce la presencia del cheque junto con la comunicación escrita de extinción, lo que coincide con la versión de los testigos referenciada al pie de la carta de despido, de que la actora se negó a recoger el cheque.

*En el segundo y tercero de los motivos de recurso se solicita la adición de dos nuevos hechos probados, con las redacciones siguientes: 1.- "Los cuatro trabajadores despedidos junto con la actora tenían antigüedades comprendidas entre seis y doce años, mientras que el resto de plantilla no llegaban a 12 meses de antigüedad en el momento de los despidos".

2.- "El puesto de trabajo de la trabajadora, con categoría de camarera, no se amortizó con su despido, y después del mismo se contrató de forma indefinida y con categoría de camarera a los trabajadores Elisenda y Cesareo , así como en la misma categoría a Otilia y Jacobo ".

Ninguna de estas dos adiciones resulta acogible: La primera por ser irrelevante para la decisión del litigio, pues la ley no impone al empleador una determinada elección de trabajadores a la hora de extinguir sus contratos por causas objetivas, además, de la prueba documental citada en apoyo de esta adición no se desprende el texto ofrecido, pues el documento núm. 6 de la prueba de la parte actora es una fotocopia de una relación de trabajadores confeccionada por la propia parte recurrente.

Y respecto de la segunda adición, tampoco la acogemos porque el Magistrado de instancia ya valoró la prueba documental en que se apoya la misma, haciendo constar en el hecho probado tercero que la empresa realiza contrataciones temporales para determinados periodos, especialmente camareros, lo cual no significa que no haya sido amortizado el puesto de trabajo de la actora, que tenía una relación laboral indefinida, mientras que las nuevas contrataciones son ocasionales, y tan solo para periodos determinados en los que exista una mayor actividad.

SEGUNDO.- Al amparo de lo establecido en el artículo 193, apartado c), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la actora articula cinco motivos de censura jurídica. En el primero de ellos denuncia infracción del artículo 108.2 del Estatuto de los Trabajadores , y jurisprudencia acorde, interesando la nulidad de la extinción de contrato por motivos discriminatorios, alegando que la recurrente tiene una mayor antigüedad en la empresa y que, además, el cese es una represalia por haber presentado denuncias ante la Inspección de Trabajo y reclamaciones ante la empresa para reivindicar sus derechos (por realizar jornadas laborales ilegales de hasta sesenta horas semanales, sin descansos, y sin abonar las horas extras, ni el plus de nocturnidad), añadiendo que ha quedado demostrado que la empresa es incumplidora de sus obligaciones y atenta contra los derechos de los trabajadores, y que el despido tiene su base únicamente en represalias a la trabajadora y debe declararse como nulo.

La censura jurídica que se denuncia no resulta acogible, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1.- Es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la que viene señalando que el indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada (SSTC 266/1993 , 21/1992 , 197/1990 , 187/1990 , 135/1990 , 114/1989 , 166/1988 , 104/1987 , 88/1995 , 47/1985 , 94/1984 y 38/1981), tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales. Cierto que no basta la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de probarse indiciariamente la existencia de aquella causa (SSTC 17/2003 , de 30 de enero; 207/2001, de 22 de octubre ; 66/2002, de 21 de marzo ; 90/1997, de 6 de mayo ; 266/1993 y 21/1992), tal como expresamente disponen los arts. 96 y 179.2 de la vigente LPL ; y una vez acreditados tales indicios, el empresario no tiene que demostrar el hecho negativo -verdadera prueba diabólica- de que no haya móvil lesivo de derechos fundamentales, sino tan sólo probar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión (SSTC 266/1993 , 135/1990 y 114/1989) y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, en el bien entendido de que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales. La decisión empresarial será, así válida, aún cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental, de manera que acreditado el indicio sobre posible lesión de derecho fundamental, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo (STC 95/1993).

2.- Y en el presente caso, no cabe apreciar que la decisión extintiva empresarial adoptada respecto de la actora obedeciese a lesión de un derecho fundamental tal como correctamente ha apreciado el Magistrado



de instancia. Así, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, no se desprende la existencia de indicios que permitan apreciar que el despido haya podido tener por causa la infracción de un derecho fundamental y, en concreto, una situación de represalia por haber formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo sobre determinados comportamientos empresariales relacionados con el exceso de jornada, con periodos de descanso, realización de horas extras, no abono de las mismas, etc, etc, (hecho probado cuarto. En efecto, la decisión extintiva empresarial tiene su fundamento en la mala situación económica de la empresa constatada por la existencia de pérdidas en los años 2011-2012, así como deudas con la Seguridad Social, lo que pone de manifiesto que el despido obedeció a causas objetivas y a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario a la prohibición de discriminación, sobre todo cuando la empresa ha procedido a despedir, también por causas objetivas, a otros cuatro trabajadores. A mayor abundamiento, la reclamación efectuada ante la referida Inspección es posterior a la comunicación escrita de extinción de su contrato, pues ésta es de fecha 4 de mayo de 2012, y la denuncia ante la Inspección de Trabajo se efectuó en fecha 15 del mismo mes de mayo.

3.- Y respecto de lo que afirma la recurrente sobre la discriminación por razón de la edad, al ser uno de los trabajadores de mayor antigüedad en la empresa, cabe señalar que ciertamente la determinación de las personas afectadas por despidos de tipo económico, organizativo, técnico, y productivo de los arts. 51 y 52 c) ET, es, "ab initio", competencia única de la empresa. Es doctrina unificada consolidada que la elección de los trabajadores afectados por la medida extintiva es atribución exclusiva del empleador, solamente revisable judicialmente en aquellos supuestos en los que exista fraude de ley, abuso de derecho o un móvil discriminatorio, como se afirma, entre otras, en las SSTS UD 19.01.1998 (RJ 1998, 742) y 19.10.2003 (RJ 2003, 9039), etc. Así en el primero de los pronunciamientos citados se indica: "la determinación de los trabajadores afectados por el despido depende de la relación entre la causa económica y los contratos potencialmente afectados por ésta. Sólo en el caso de que los contratos posiblemente afectados sean varios y el despido deba limitarse a alguno o algunos de ellos, puede plantearse el problema del alcance de la libertad empresarial para la selección y de su control y, en este punto, la ley sólo establece la preferencia que prevé el párrafo segundo artículo 52, c) del TRLET en relación con el art. 68 del mismo texto legal y con el art. 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Fuera de este supuesto y a reserva de las eventuales previsiones de la negociación colectiva sobre esta materia y de lo que pudiera concluirse sobre la vigencia del tratamiento preferente que establecía el art. 9 de la Ley 25/1971 (RCL 1971, 1201, 1770), lo que no es relevante en este recurso, la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios".

En el presente caso, dada la situación económica de la empresa, parece justificada o razonable la postura de adecuar la plantilla a las necesidades, pudiendo elegir dentro de la plantilla a los trabajadores que considere oportuno, no observándose ningún elemento discriminatorio, ni prueba de fraude de ley o abuso de derecho en orden a la selección de la actora, no comportándolo el hecho de que haya trabajadores de la misma categoría que la demandante y con menor antigüedad, pues ello no otorga ningún derecho preferente sobre los más modernos, pues la preferencia la tienen conforme al artículo 52.c) del ET los representantes de los trabajadores, condición que no tiene la demandante según el hecho probado sexto, de ahí que el despido no pueda calificarse del nulo (art. 55. 5 y 6 ET), debiendo desestimarse el motivo.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la trabajadora recurrente articula un segundo motivo de censura jurídica en el que denuncia la infracción del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, y jurisprudencia acorde, alegando la inexistencia de causa económica y la falta de amortización del puesto de trabajo de camarera de la actora. Cita STS de fecha 29 de mayo de 2001, y añade que la causa económica única que esgrime la empresa en su carta de despido es unas pérdidas de 80.000 €, en el ejercicio pasado, pérdidas que coinciden con un aumento también del mismo importe en el gasto de personal, que tiene su origen única y exclusivamente, en las contrataciones de trabajadores efectuadas en 2011, para sustituir a los cinco trabajadores despedidos; alega que se contrata en 2011, a los trabajadores que van a ocupar el puesto de trabajo de la recurrente y sus compañeros elevando el gasto de personal y por ende provocando pérdidas en la empresa y de esta forma se justifican los despidos como objetivos por causas económicas con el sustancial ahorro que supone en las indemnizaciones de estos despidos. Por ello concluye que el despido de la trabajadora debe declararse improcedente por falta de causa económica.

El motivo no puede ser acogido. De acuerdo con los artículos 52.c) y 51.1 del ET, en su redacción dada al segundo por el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, el contrato podrá extinguirse: "Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo". Entre esas causas previstas en el citado artículo 51.1, se encuentran las de índole económica, señalando el precepto que: "Se entiende que



concurrir causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos".

De acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial (por todas la STS/IV de 11 junio 2008 Rec. núm. 730/2007 . RJ 2008\3468), dictada a propósito de la redacción anterior del art. 52. c) ET , "para apreciar la concurrencia de las causas económicas (en sentido estricto) del despido objetivo basta en principio con la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa. Si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa", pues, "la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente a aliviar la cuenta de resultados".

Y en el presente caso, no hay duda de que la empresa demandada ha justificado una situación económica negativa a través de las prueba documental (informe de auditoría que obra en los autos) practicada a su instancia, de la que se desprende la existencia de pérdidas reiteradas y una la disminución persistente de nivel de ingresos y de negocio, que han empezado a afectar a su viabilidad y a su capacidad de mantener el volumen de empleo. En efecto, consta probado en el hecho tercero que la empresa tuvo unas pérdidas en 2011 de 89.048'11 €; y en 2012, a 31 de agosto de 2012, eran de 137.478'23 E. La empresa tiene una deuda con la Seguridad Social de 39.944'78 E.

Esta situación de pérdidas permite apreciar la existencia de causa objetiva, de carácter económico, que autoriza a extinguir el contrato de trabajo, pues los artículos 52.c) y 51.1 del ET , en su redacción por la ley 35/2010, contemplan las pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. Y a estos efectos, la empresa ha acreditado los resultados alegados y ha justificado que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado, máxime cuando ha adoptado ya otras decisiones, como el despido objetivo de otros cuatro trabajadores, con el fin de mantener su viabilidad. Por todo ello, este motivo también debe ser desestimado.

CUARTO.- En el siguiente motivo de censura jurídica, con amparo en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la recurrente denuncia un uso incorrecto o erróneo del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores , y jurisprudencia acorde, señalando que la empresa no puso a disposición la cantidad indemnizatoria correspondiente, citando como infringida la jurisprudencia, (SSTS 29/4/1988 , 13/10/2005 y 23/9/2005 , entre otras), que aprecian la declaración de improcedencia cuando no existe la puesta a disposición de las cantidades indemnizatorias simultáneamente a la entrega de la carta de despido, afirmando la recurrente que así ha sucedido en el presente caso, por lo que la consecuencia única ha de ser la declaración de improcedencia de su despido. Dicho motivo de recurso debe examinarse conjuntamente con el último de los motivos articulados por la parte actora, el octavo, en el que denuncia la infracción del art. 123.1 de la LRJS , insistiendo en que la recurrente no ha llegado a percibir indemnización alguna.

Tampoco acogemos esta censura jurídica, pues la empresa demandada, según se declara probado, ha dado cumplimiento a la obligación que le impone el art. 53.1.b del Estatuto de los Trabajadores , de poner a disposición del trabajador simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, constando en el relato fáctico (hecho probado segundo, último párrafo), que "La empresa puso a disposición de la trabajadora, en el momento de la entrega de la carta, una indemnización de 9.914'47 €, conforme al salario de la trabajadora sin tomar en consideración las pagas extra". Hecho probado que fue aclarado por auto de fecha 18 de octubre de 2012 (folio 390 de las actuaciones), en el sentido de que la cantidad que la empresa puso a disposición de la trabajadora fue la de 10.035,43€, y no la de 9.914,47 €, como por error se hizo constar. Por tanto, se cumplió con el requisito legalmente exigido de poner a disposición de la trabajadora la indemnización correspondiente. Y este requisito de la simultaneidad de la puesta a disposición ha sido exigida por la jurisprudencia sin matices o paliativos y su falta, que en el presente caso, insistimos, no se ha dado, provocaría la consecuencia prevista en el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores , según la redacción dada por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, esto es, la improcedencia del despido. Improcedencia que por este motivo no puede declararse dado que la trabajadora tuvo la posibilidad de disponer de la cantidad en el mismo momento en que se le entregó la comunicación escrita, pero se negó a recibir el cheque que se le adjuntaba a la comunicación extintiva. Y sabido es que la entrega del cheque surte efectos como medio válido de puesta a disposición de la indemnización al trabajador, cuestión pacífica admitida por la doctrina jurisprudencial, entre otras, en la STS/IV 22-abril-2010 (RJ 2010, 2603) (rcud 3449/2009), afirmándose en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia recurrida, "...así se infiere de la espontaneidad en el interrogatorio



de la demandante que ha reconocido la presencia del cheque en el momento de la entrega de la carta", es decir, que la no percepción de la indemnización es imputable única y exclusivamente a la voluntad de la trabajadora, quien rechazó la recepción del cheque, por lo que también desestimamos ambos motivos de recurso.

QUINTO.- Finalmente, también con el mismo amparo en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se articula otro motivo de censura jurídica en el que se denuncia la infracción del artículo 53.1.b del Estatuto de los Trabajadores, y 122.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, sobre la determinación del importe exacto a indemnizar, y añade que está acreditado la incorrección de la determinación de dicho importe tratándose de un error inexcusable, pues afirma que la diferencia entre lo que se le venía abonando a la trabajadora, unos 1.299,55 brutos mensuales, y lo que realmente debería cobrar, 2.086,05 euros brutos mensuales, recogido como hecho declarado probado, hace una diferencia en la indemnización por despido de unos 5.000 euros, (de 10.035,43 recogidos en la carta de despido a unos 16.000 que le corresponde tomando para el cálculo el salario correcto), por lo que dicha diferencia es del todo relevante, no debiéndose a un simple error de cálculo, señalando que para la base del cálculo indemnizatorio han de incluirse las horas extras por ser habituales (Sentencias de TSJ Navarra 17/4/2007, TSJ Madrid 21/11/2006, TSJ Granada 10/5/1994, TSJ La Rioja 31/12/1992).

Esta censura jurídica resulta acogible. En principio conviene significar que, como señala la sentencia de la Sala de lo Social del TS de fecha 12 de julio de 2006, con alusión expresa a la reiterada doctrina de la misma Sala a partir de la sentencia de 25 febrero 1993, esta sentencia recordaba que la doctrina de la Sala (sentencias de 7 diciembre 1990 y 3 enero-1991) ha establecido que «el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido», pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es «en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley ...una reclamación inadecuada». En consecuencia, no es acción distinta de la propia del despido -o extinción como es el caso- la fijación de los datos sobre los que deben determinarse las indemnizaciones que han de reconocerse en ese proceso, porque el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido.

Esto sentado, la sentencia recurrida entiende que hay error en el cálculo de la indemnización, pero pese a ello declara procedente la extinción de la relación laboral de la actora, calificando dicho error de excusable y, sin fijar la indemnización que debe corresponderle a la trabajadora, simplemente condena a la empresa a satisfacer a la demandante la diferencia con la que se puso a su disposición (10.035,43 euros), pero no fija la cuantía de las diferencias. Sin embargo, para determinar si el error es o no excusable lo que debe hacerse, primeramente, es calcular la indemnización que le correspondía percibir a la trabajadora teniendo en cuenta la retribución mensual de 2.086,05 euros -que se fija en el hecho probado primero-, por inclusión del prorrateo de las pagas extraordinarias y de las horas extras.

Sobre la inclusión de las horas extras para el cálculo de la indemnización, basta con recordar la Sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de 9 de marzo de 2007 (AS 2007, 1871), en la que se establece que "las horas extraordinarias tienen naturaleza salarial y al ser habituales, como en el caso de autos, pasan a formar parte del salario regulador del despido. Y por tanto, aún cuando, como criterio general el salario a tener en cuenta a efectos de la indemnización por despido y salarios de tramitación, debe ser el último percibido por el trabajador en la fecha del despido, sin embargo, conforme a unánime doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia plasmada entre otras en sentencias de 11-11-2002 (AS 2002, 3535) Murcia, 30-06-2003 Madrid, 19-12-2002 (JUR 2003, 54142), Andalucía con sede en Sevilla, 13-03 - 2002 (AS 2002, 3308) Galicia, 2-10-2001 Castilla y León sede en Valladolid y en las de Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1-10- 2002 y 10-05-2005 (JUR 2005, 192419) (rec. 741/05), como excepción a tal regla general, cuando las percepciones no son uniformes mensualmente para evitar los beneficios o perjuicios que para ambos contratantes pueda acarrear el tomar como salario regulador sólo las retribuciones salariales del mes inmediatamente anterior a la fecha del despido, se debe tomar en consideración la media de lo percibido por tales conceptos en la anualidad anterior, o en el período de vigencia de la relación laboral, si el mismo es inferior al anual. Y no cabe duda que, si a los efectos del módulo salarial computable han de incluirse todas las partidas de naturaleza salarial que lo integran, excluyendo los conceptos extrasalariales, según los criterios establecidos por el art. 26, habrán de tenerse en cuenta las cantidades devengadas por horas extraordinarias, cuando las mismas se realicen de forma habitual tal y como han señalado también la Sentencia del TSJ de Extremadura de 18-06-2001 (JUR 2001, 248688), de las Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia Andalucía Málaga de 19-07-2002 (AS 2002, 4022) y Madrid de 13-07- 2001 (AS 2001, 3683) y la de de 24-09-2002 (JUR 2003, 132599) (rec. 1686/02)". Y la misma doctrina se sigue en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de mayo de 2007, de Baleares, de 12 de julio de 2004 y de Castilla-La Mancha, de 27 de enero de 2004 (AS 2004, 806) y del TSJ de Extremadura 14 de octubre de 2011 (AS 2011/486).



Así pues, siendo el salario que le correspondía percibir a la actora el de 2086,05 euros brutos/mes, equivalente a un salario diario de 69,53 euros brutos, y partiendo de una antigüedad de 20 de noviembre de 2000 y de la fecha de cese de 19 de mayo de 2012, la indemnización que le correspondía percibir a la trabajadora, s.e.u.o. asciende a 15.991,9 euros. De hecho el mandamiento de pago que obra al folio 439 de los autos, cantidad ingresada por la empresa tras las sentencia de instancia que reconoce el abono de las diferencias, asciende a 16.108,94 euros. Por tanto, la diferencia entre la cantidad puesta a disposición de la actora en el momento de la comunicación extintiva de 10.035,43 euros, y la que realmente le correspondía según los cálculos que hace la Sala (y que la sentencia recurrida omitió) de 15.991,9€, asciende a 5.956,57 euros - más de un 37% de diferencia-, por lo que no puede calificarse de error excusable.

En la determinación del significado que corresponde a este concepto jurídico indeterminado de "excusabilidad" o "inescusabilidad", la doctrina unificada dictada hasta la fecha únicamente ofrece criterios de orientación general. Así, en concreta interpretación del art. 53.1.b) ET, la Sala IV afirma que ha de atribuirse cualidad decisiva a la entidad de la diferencia entre lo ofrecido y lo debido, distinguiendo entre supuestos de escasa cuantía y aquellos otros en que el diferencial es relevante; e igualmente ha de valorarse si se trata de un simple error de cálculo o si obedece a la voluntad consciente de incumplir el mandato legal (STS 26/07/05 -rec. 760/04 [RJ 2005, 7046] -, relativa al art. 53.1.b ET); (STS 26/07/05 -rec. 760/04 -).

También es orientativa -media identidad de razón- la doctrina sentada a propósito «error inexcusable», pues una interpretación «excesivamente rigorista y cerrada» del precepto, «en el sentido de que sólo sería efectiva una consignación de total equivalencia con el importe de la indemnización [...], supondría la inaplicación de la norma en la mayoría de las ocasiones», de forma que el «criterio de la buena fe debe presidir el entendimiento y la aplicación del precepto», y «cuando el empresario cometa un error de cálculo que pueda calificarse como excusable, deben aceptarse las consecuencias que el Estatuto de los Trabajadores hace derivar del ofrecimiento y la consignación» (SSTS 24/04/00 (RJ 2000, 4795) y 19/06/03 (RJ 2003, 5408)). Con este mismo carácter general sostiene el Alto Tribunal que la existencia de error excusable en la cantidad depositada [por indemnización y salarios de trámite] exige ponderar cuantas circunstancias hayan concurrido, como la incidencia de una nueva tabla retributiva (SSTS 15/11/96 (RJ 1996, 8624), 11/11/98 (RJ 1998, 9627), 19/06/03 y 25/05/06 (RJ 2006, 3792)), y -con mayor aproximación casuística- hemos precisado que son indicios de error excusable la escasa cuantía de la diferencia y la coincidencia en el cálculo por parte de la empresa y el Juzgado en la sentencia de instancia [STS 24/04/00], y la dificultad «jurídica» del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una «discrepancia razonable» (STS 11/11/98, SSTS 19/06/03 y 25/05/06)" ... "Apurando más el concepto se ha de indicar -en su delimitación negativa- que el «error excusable» de que trata el Art.122.3 de la LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) no puede identificarse con el «simple error de cuenta» que «sólo dará lugar a su corrección», conforme al Art.1266 del CC (LEG 1889, 27), si así fuese sería palmariamente innecesaria la precisión de la LPL [por establecer tal consecuencia el mandato del Código Civil] y -sobre todo- estaría de más toda referencia a la excusabilidad del error, pues el de cuenta ya lo es [excusable y corregible] por propia naturaleza y por la previsión civil referida; y en esta misma línea de delimitación negativa hemos de precisar el concepto de «inexcusabilidad», respecto del que se mantiene por la doctrina laboralista que concurre cuando la divergencia se produce maliciosamente o pudo haberse evitado con una mayor diligencia", y, se añade en la Resolución aquí parcialmente transcrita, "«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".

Sentado cuanto antecede, en el presente caso el error cometido por la empresa al poner a disposición de la actora la indemnización derivada de la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, no puede calificarse como excusable. En efecto, siguiendo los criterios de la jurisprudencia expuesta, en el supuesto enjuiciado concurre una diferencia entre la indemnización cifrada por la empresa de 10.035,43 euros, y la que verdaderamente corresponde lucrar a la demandante en atención a su salario regulador, de 15.991,9 supone una diferencia de 5.956,57 euros. En consecuencia, no medió un mero error excusable o de cuenta por parte de la demandada a la hora de calcular la indemnización puesta a disposición de la trabajadora, con ocasión de la extinción por causas objetivas de su contrato de trabajo, sino que aquel cálculo se hizo sin incluir verdaderos derechos salariales de la trabajadora, como eran las horas extras que habitualmente venía realizando. Por todas estas razones se ha de tener por no cumplida la formalidad de la puesta a disposición de la trabajadora de la indemnización por despido objetivo, lo que determina indefectiblemente que la extinción llevada a cabo por la empleadora haya de ser declarada improcedente con las consecuencias legales previstas en el art. 123.2 de la LRJS, que ordena condenar al empresario "en los términos previstos para el despido disciplinario".



Y conforme a la Disposición transitoria quinta. Indemnizaciones por despido improcedente, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la indemnización por despido prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada por la referida Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012, de modo que la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Teniendo en cuenta esta nueva regulación en la fijación de la indemnización resulta que a la trabajadora, teniendo en cuenta el salario mensual de 2086,05 euros, antigüedad (20 de noviembre de 2000) y fecha de despido (19 de mayo de 2012), le corresponde una indemnización por despido improcedente, s.e.u.o. por importe de 35.199,5 euros hasta el 12 de febrero de 2012, y de 573,6 a partir de la referida fecha hasta la de su cese, ascendiendo la suma total indemnizatoria a 35.773,10 euros. Debiendo acordarse la compensación entre la indemnización percibida y la que fija esta sentencia, conforme determina el art. 123.4 LJS, de modo que si la actora ha percibido la cantidad ingresada por la empresa por importe de 16.108,94 euros, esta cantidad debe deducirse de aquel importe. Y, claro está, si la empresa opta por la readmisión, la trabajadora deberá reintegrar a la empresa la indemnización recibida una vez sea firme esta sentencia (art. 123.3 LJS), si bien en este caso tendría derecho a los salarios de tramitación desde la fecha de efectos de la extinción del contrato (19 de mayo de 2012), hasta la fecha de notificación de esta sentencia, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta resolución, o se hubiera dado de alta como trabajadora autónoma, circunstancias que se deberán acreditar en ejecución de sentencia. Además, todas las cantidades referidas son brutas, por lo que, de dichos importes se pueden deducir las cantidades que procedan en concepto de IRPF y de cuotas de la Seguridad Social.

En consecuencia, acogiendo la censura jurídica que se dirige contra la sentencia recurrida en este concreto motivo de recurso, declaramos improcedente el cese de la trabajadora con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración en los términos que se dejan expuestas, con revocación de la sentencia recurrida y estimación parcial de la demanda. Y en función de todo ello:

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la trabajadora demandante DOÑA María, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Vigo, de fecha 9 de octubre de 2.012, en los presentes autos 558/2012, seguidos sobre extinción de contrato por causas objetivas, a instancia de la referida recurrente, frente a la empresa demandada "ALISOL, S.L.", y con revocación de la misma y estimación en parte de la demanda, declaramos la improcedencia del despido de la trabajadora recurrente y, en consecuencia, condenamos a la referida demandada, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte: entre readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a que le indemnice en la cantidad de TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y TRES EUROS, CON DIEZ CENTIMOS (35.773,10€), procediendo la compensación en los términos expuestos entre esta indemnización y la que ya hubiese percibido la trabajadora, previniendo a la empresa que en caso de no optar por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera, con abono, **tan solo en el caso de que proceda la readmisión**, de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la extinción hasta la notificación de esta sentencia, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta resolución, y a razón de 69,53 euros brutos/día.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala en el Banco Banesto, nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 600 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 37 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).



Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ