

# I. SEGURIDAD SOCIAL

## A) INCAPACIDAD PERMANENTE, REVISIÓN Y DESPIDO

### § 49. Indemnización por despido objetivo sin cómputo del período de suspensión del contrato por incapacidad permanente sometida a revisión: un caso de error «excusable» poco convincente

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GLÓN MACHUCA  
Profesor Contratado Doctor. Universidad de Sevilla

Revista Aranzadi Social Doctrinal 7  
Noviembre - 2011  
págs. 35 a 43

#### **Sentencia comentada:**

🚩 STSJ Andalucía/Granada, de 1 diciembre 2010 (AS 2011, 915)\*

**Palabras clave:** Despido objetivo-causas económicas-indemnización-incapacidad permanente revisable-error excusable.

**Keywords:** Dismissal-economical causes-award-industrial disablement assessment-excusable error.

**Fecha recepción original:** 12 de septiembre de 2011

**Fecha aceptación:** 20 de septiembre de 2011

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. EL FALLO DE LA SENTENCIA

\* Véase la sentencia comentada en la revista Jurisprudencial de AS núm. 4, 2011.

- III. DISCREPANCIA DEL FALLO: CONSIDERACIÓN DEL ERROR COMO INEXCUSABLE
- IV. OTRA CUESTION DE INTERÉS: EL CRITERIO DE SELECCIÓN EMPLEADO
- V. CONCLUSIÓN

## I. INTRODUCCIÓN

Resuelve la sentencia el recurso de suplicación, interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Social de Jaén de fecha 22 de julio de 2010, por un trabajador de una empresa dedicada a la impresión en aluminio, que fue objeto de despido por circunstancias objetivas: en concreto, por causas económicas (art. 52.c) ET [RCL 1995, 997]). No le resulta de aplicación la reforma laboral realizada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (RCL 2010, 2502).

El actor alega la nulidad de dicho despido objetivo, con fundamento en los siguientes motivos, a los que acompaña la revisión de tres de los hechos probados:

- a) Nulidad del informe económico aportado por la empresa.
- b) Falta de comunicación de la decisión extintiva al comité de empresa.
- c) Comportamiento antisindical de la empresa como verdadero móvil del despido.
- d) Error inexcusable en el cálculo de la indemnización que a este despido acompaña.
- e) Falta de justificación del criterio de selección seguido por la empresa a la hora de elegirlo a él como trabajador a despedir.

Otras circunstancias que conviene tener presentes en el caso son:

a) El trabajador causó baja por incapacidad temporal en el año 2007, siendo declarado incapaz permanente, en grado de absoluta, mediante resolución del INSS de fecha 30 de septiembre de 2008, que retrotraía los efectos económicos de la pensión al 1 de enero de 2008. Con posterioridad, el INSS revisó dicha calificación y dictaminó la recuperación total del trabajador mediante resolución que comunicó al actor el 14 de abril de 2010. Al día siguiente, el trabajador se personó en la empresa solicitando la reincorporación a su puesto de trabajo. Ésta –la empresa– le concede a partir del 16 de abril de 2010 quince días de permiso retribuido para su reconocimiento por los servicios de prevención de riesgos laborales, en orden a ocuparle en un puesto adecuado a su capacidad laboral. La empresa, el 28 de abril de 2010, le comunica la extinción de su contrato por causas económicas, organizativas y de producción, haciéndole entrega de una indemnización de 25.221,84 €.

b) El trabajador había formado parte del comité de empresa, llegando a interponer denuncia por acoso laboral (de la empresa) ante la Inspección de Trabajo de Jaén el día 3 de febrero de 2006. En la actualidad, está afiliado al sindicato CC OO.

c) Su salario diario era de 77,84 €, que incluía la parte proporcional de las pagas extraordinarias y los restantes pluses correspondientes.

## II. EL FALLO DE LA SENTENCIA

La Sala va a rechazar los diversos motivos de nulidad alegados, salvo el relativo al error inexcusable en el cálculo de la indemnización, que la empresa viene obligada a poner a disposición del trabajador en este tipo de despidos, en el momento de la comunicación del mismo, salvo causa económica, en donde se permite el retraso en la entrega hasta el final del preaviso (art. 53.1.b) ET [RCL 1995, 997]). Dicho retraso no sucede en este caso, de modo que la empresa abona al trabajador la cantidad de 25.221,84 €, que, se entiende, debe ser el resultado de aplicar la previsión legal: «veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades».

La Sala –decía– estima, parcialmente, este motivo del recurso, en el que el trabajador exponía que el despido debía ser declarado nulo, al haber incumplido la empresa el requisito formal del abono de la indemnización, pues ésta era inferior a la cuantía que le correspondía, ya que se había dejado de computar, como antigüedad en la empresa, el período de tiempo que el trabajador había tenido su contrato de trabajo en suspenso, al encontrarse en situación de incapacidad permanente sometida a próxima revisión (art. 48.2 ET). Se indicaba por parte del actor que la cuantía de dicha indemnización debía haber sido de 28.414,15 €.

Esa estimación parcial va a consistir en la corrección de la cuantía de la indemnización al alza, tal como pedía el trabajador, pero denegando la nulidad del despido, al considerar el Tribunal que el error no era inexcusable sino excusable, por lo que debía aplicarse el art. 122.3 LPL (RCL 1995, 1144, 1563), que decía –siempre en la versión anterior a la reforma de la Ley 35/2010 (RCL 2010, 2502)–: «No procederá la declaración de nulidad por haberse omitido el plazo de preaviso, o por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador».

## III. DISCREPANCIA DEL FALLO: CONSIDERACIÓN DEL ERROR COMO INEXCUSABLE

La correcta interpretación de lo que debe entenderse por error excusable o inexcusable, a los efectos del art. 122.3 LPL (RCL 1995, 1144, 1563), se contiene en la STS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6573), que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que la empresa había dejado de computar, a los efectos del cálculo de la indemnización de un despido objetivo, el período del contrato de trabajo en prácticas de dos trabajadores de una empresa propiedad del Ayuntamiento de Barcelona. En la misma se hacen los pronunciamientos siguientes:

a) «... la doctrina unificada dictada hasta la fecha únicamente ofrece criterios de orientación general. Así, en concreta interpretación del art. 53.1.b) ET, esta Sala afirma que ha de atribuirse cualidad decisiva a la entidad de la diferen-

cia 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...» (Fº. Dº. 3º.2).

b) «... con mayor aproximación casuística... 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, 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» (Fº. Dº. 3º.2).

c) «En la práctica, (se) evidencia el acierto de la doctrina de la Sala mantenida hasta la fecha, pivotando la razonabilidad –excusabilidad– del error en factores tan significativos como la entidad cuantitativa del mismo (por mero error de cálculo o por divergencia en los parámetros indemnizatorios, singularmente salario y antigüedad) y la complejidad jurídica del supuesto, que en todo caso han de contemplarse desde la prevalente perspectiva de la buena fe» (Fº. Dº. 3º.3).

El TS, analizando el supuesto concreto que se le planteaba, da la razón a los trabajadores: a) la minoración de la indemnización es sustancial: la ofrecida era de 5.918,95 € y la que correspondía a la real antigüedad, computando el contrato de trabajo en prácticas, ascendía a 10.687,14 €; b) el cómputo del período de servicios en prácticas a los efectos indemnizatorios no ofrece duda razonable alguna, a partir del art. 11.1.f) ET; y c) a los efectos de excusación es inargumentable cualquier dato relativo al primer contrato (formativo) que no conste en el relato de los hechos declarados probados, y en él se afirma (ordinal tercero) que la relación de servicios principió para la demandada «Barcelona Activa, SA» con el contrato en prácticas de 06/09/06 (v. Fº. Dº. 4º).

La STSJ Andalucía, objeto de este comentario, tras un análisis bastante exhaustivo del art. 48.2 ET y de la jurisprudencia existente en torno al mismo, descarta, en su Fundamento de Derecho 4º, la inexcusabilidad del error, en base a tres argumentos principales:

a) El error es de escasa cuantía: «... la cantidad consignada como indemnización era inferior en un porcentaje que apenas supera el 10% sobre la debida...».

b) No ha habido mala fe por parte de la empresa, «pues es compleja jurídicamente la conclusión a la que se ha llegado por este Tribunal para hacer el cómputo de la que dimanaban las diferencias...».

c) No existe doctrina unificadora sobre la cuestión tratada.

A nuestro juicio, la conclusión a la que llega la Sala andaluza no es acertada. En primer lugar, parece fácilmente descartable el tercer argumento señalado: no puede fundamentarse un fallo en la falta de un recurso para la unificación de doctrina que trate un supuesto exactamente idéntico al planteado a la Sala. Además, la STS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6573) es suficiente y se dicta en unificación de doctrina.

Esa doctrina unificada asienta el error excusable sobre dos elementos fundamentales: la escasa cuantía del monto que falte a la indemnización abonada o la dificultad jurídica que entrañe el precepto legal que deba considerarse. Pues bien, la sentencia sólo utiliza el primero de los criterios, considerando que, como el importe que falta no alcanza el 11% de la cantidad debida, el error es excusable. Ahora bien –me pregunto yo–, la cantidad que falta son 3.192,31 €. ¿Se puede considerar para un trabajador asalariado de cuantía menor? Si no me equivoco, para el del caso que analizamos, supone un mes y diez días de trabajo. No creo que a él le resulte indiferente. Además, si seguimos con mayor precisión la doctrina de unificación, la cantidad que debe valorarse no es lo que supone lo no percibido respecto del total debido, sino la cuantía resultante de la diferencia entre lo debido y lo abonado. Por tanto, en mi opinión, la cuantía sí es relevante.

Vayamos al segundo de los elementos que –decía– debía considerarse: la oscuridad del precepto jurídico aplicable. En este caso, el art. 48.2 ET, que dice:

«En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente».

A mí el precepto me resulta claro. Es del Estatuto de los Trabajadores y no de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825), cuyo tratamiento del tránsito entre la prestación de incapacidad temporal y la permanente sí es bastante más complejo. Además, existe la obligación, para la Dirección Provincial del INSS, de remitir al empresario la resolución de reconocimiento de la incapacidad permanente con revisión futura; precisamente, para que se produzca la suspensión del contrato de trabajo y no la extinción (que, en una incapacidad permanente absoluta, es la regla general *ex* art. 49.1.e) ET). Pero, es más, en el caso de que pudiera calificarse de oscuro el precepto legal –que, insisto, no me lo parece–, la empresa actúa aceptando la reincorporación del trabajador, una vez que por el INSS se le declara apto para el trabajo y se anula la pensión. Así se desprende, claramente, del hecho probado tercero, en donde se dice que la empresa, sin plantear objeción alguna, concede al trabajador un permiso retribuido por 15 días «para que fuera reconocido por los servicios de prevención de riesgos laborales, para ocuparle en un puesto adecuado a su capacidad laboral».

Por lo tanto, la empresa no duda de la suspensión del contrato del trabajador; luego no debe dudar en el cómputo de la antigüedad de ese tiempo de suspensión. ¿Ha habido mala fe? Siempre es un elemento difícil de achacar... Pero, desde luego, cabe sostener que ha habido negligencia culpable, lo que

–como señala la ya mencionada STS (ud) 11-10-2006 (RJ 2006, 6573)– es indicio de «inexcusabilidad» (si el error «pudo haberse evitado con una mayor diligencia»: Fº. Dº.3º.3).

La conclusión no se cierra aquí. Y ello porque no es sólo la empresa la que con su actuación «desmonta» la teoría del error excusable. La propia sentencia se contradice. Tras afirmar, en el Fº. Dº. 4º, en referencia al art. 48.2 ET, que la «suspensión de la relación laboral ante el supuesto de probable mejoría se establece expresamente por la norma por un plazo de “dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente”, en una expresión completamente clara que no puede inaplicarse mediante una interpretación que no recoja lo que con toda claridad dispone, que es que para la empresa la obligación de reserva del puesto de trabajo...», y remachar esto mismo cuando, al inicio del último párrafo de dicho Fundamento de Derecho, comienza diciendo: «Sentado cuanto precede y visto que el tiempo de permanencia en situación de invalidez absoluta del recurrente ha de ser calificado tras el complemento del hecho probado segundo como período durante el cual estuvo suspendido su contrato de trabajo, se deduce que deberá computarse para el cálculo de la indemnización...»; concluye excusando a la empresa del error porque a la propia Sala el cálculo de la indemnización le ha resultado complicado (?). Tan complicado, que no ha llegado a una cuantía concreta: llega a decir que «el importe de la indemnización hay que fijarlo en 28-4-2010 *al menos* en la suma señalada por el recurrente, esto es 28.414,15 €».

Pues bien, y recapitulando, el error de cálculo de la indemnización debía haber sido calificado por la Sala andaluza, a partir de la doctrina unificada contenida en la STS 11-10-2006, de error inexcusable. Y haber calificado el despido de nulo *ex* art. 53.4 ET. De ahí que hubiera considerado oportuno la interposición de un recurso para la unificación de doctrina e, incluso, de amparo, por la inseguridad jurídica y la falta de tutela judicial efectiva que produce el fallo (art. 24.1 CE), que no llega a una cuantía clara y convincente y, ni siquiera, expone la operación aritmética realizada para conceder lo concedido.

#### IV. OTRA CUESTION DE INTERÉS: EL CRITERIO DE SELECCIÓN EMPLEADO

Lo cuestiona el actor en dos momentos distintos de su recurso. En primer lugar, alega que la empresa le despide por desavenencias ocurridas durante el período en que formó parte del comité de empresa, estando afiliado ya por entonces a CC OO; es decir, se acusa a la empresa de discriminación sindical, lo que justificaría, de nuevo, la calificación de nulidad del despido objetivo. Al final del recurso, vuelve a pedir esta misma calificación, al no seguirse por la empresa el criterio de la antigüedad en el despido, lo que hubiera supuesto su permanencia en la plantilla. Reflexionaré brevemente sobre ambas objeciones.

Ciertamente, en el caso de despido objetivo por causas económicas, el único criterio que la ley establece, a la hora de la selección del trabajador/es afectado/s, es el de dar prioridad de permanencia a quienes sean representantes legales de los trabajadores (art. 52.c), pfo. 2º ET). Así fue sostenido, en su momento, por la STS (ud) de 19 de enero de 1998 (RJ 1998, 996). Ni siquiera para los minusválidos se ha reconocido dicha prioridad de permanencia, por

falta de previsión legal expresa, como puede verse en la STS, S. 3ª, 11 de junio de 2001 (RJ 2001, 4399), en un supuesto de despido colectivo. De modo que el criterio de la antigüedad no resulta invocable.

Respecto a la discriminación sindical alegada por el trabajador, considero que debiera haber sido objeto de un análisis más detenido por parte de la Sala. Esta, si bien reconoce que en su día –el 3 de febrero de 2006– el actor denunció a la empresa ante la Inspección Provincial de Trabajo de Jaén por acoso laboral, descarta que el despido pueda tener por verdadero móvil una represalia por dicha denuncia. A su entender, no hay indicios suficientes: no consta que, a resultas de la denuncia, la Inspección levantara acta o informe, tampoco que dicho acoso fuera la causa de la incapacidad temporal que el actor inició en enero de 2007 y, sobre todo, porque han pasado ya cuatro años desde la denuncia y se dan las causas económicas alegadas por la empresa.

Tengo ciertas dudas de que tales indicios no se den; y ello, básicamente, por dos razones:

La primera, porque el hecho de que las causas económicas estén acreditadas –que no discuto que lo están–, no puede emplearse como elemento único, ni principal, a la hora de afirmar la inexistencia de indicios de discriminación sindical. Precisamente por tratarse de un despido objetivo del art. 52.c) ET y no, por ejemplo, de un despido disciplinario, debe procederse con mayor cautela, porque puede ser más fácil de encubrir la conducta antisindical, al haber, habitualmente, una cierta desconexión entre la causa económica y el trabajador *concreto* que padece el despido.

En segundo lugar, porque, si bien es cierto que han transcurrido cuatro años desde la denuncia, lo cierto es que el trabajador deja de ser problemático para la empresa en enero de 2007 –pasados once meses desde la denuncia–, al iniciar una IT por depresión, que le mantiene alejado del trabajo hasta el 15 de abril de 2010. Luego, si bien es cierto lo que afirma la Sala –han transcurrido cuatro años desde la denuncia por acoso laboral–, la situación del trabajador ha sido peculiar. Además, no comparto que esa IT tuviera que tener por causa, necesariamente, un accidente laboral para que tuviera relación con el acoso que el trabajador aduce. Un acoso laboral se puede traducir en una depresión y considero que no es exigible al trabajador que proceda, en el momento de la baja, a demostrar que la causa de la misma ha sido el trato recibido por su empresario.

## V. CONCLUSIÓN

Nos encontramos ante un caso peculiar en el que un trabajador, que, en su momento, había sido miembro del comité de empresa y había denunciado a ésta por acoso laboral, es despedido por causas económicas, que la empresa acredita. Además, a la hora de proceder al cálculo de la indemnización por el despido objetivo, que preceptúa el art. 53.1.b) ET (RCL 1995, 997), la empresa deja de computar el período de tiempo correspondiente a la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad permanente sometida a revisión (art. 48.2 ET), lo que supone una minoración de su cuantía en tres mil euros. El TSJA

entiende que estamos ante un caso de error excusable, de manera que sólo procede la corrección de la cantidad. A mi juicio, el fallo, de por sí impreciso en la indemnización exacta debida, yerra al no calificar el error de inexcusable, que hubiera sido lo adecuado, conforme a la STS (ud) 11 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6573).

Por último, debe tenerse en cuenta que el caso se enjuicia a la luz de la regulación del despido objetivo anterior a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (RCL 2010, 2502), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Conforme a ésta, el error inexcusable hace que la calificación del despido sea la improcedencia y no la nulidad (nueva redacción de los arts. 53.4 ET y 122.3 LPL), como sucedía hasta entonces.