



Roj: **STS 4433/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4433**

Id Cendoj: **28079140012020101062**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/12/2020**

Nº de Recurso: **1228/2018**

Nº de Resolución: **1090/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3917/2017,**
STS 4433/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1228/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1090/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 9 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jokin Txapartegi Zendoia, en nombre y representación de la empresa Marmolería Javier Plaza SL., contra la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 2280, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Bilbao, de fecha 5 de julio de 2017, recaída en autos núm. 343/2017, seguidos a instancia de D. Justino contra Marmolería Javier Plaza S.L., sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D. Justino, representado por el letrado D. Jaime Marín Marín.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de julio de 2017, el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Bilbao, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



"Primero. D. Justino ha venido prestando servicios para MARMOLERIA JAVIER PLAZA S.L., con una antigüedad de 6-5-2003, categoría profesional de oficial de 2ª, nivel IX y salario bruto mensual de 2425,62 euros (79,75 euros/día).- Segundo: La empresa se ocupa de fabricar encimeras o trabajos de marmolería para cementerio. A tales efectos contaba con 3 operativos: D. Ruperto ., que caería de baja debida a IT el 28-11-2016 y será declarado afecto de IPT el 17-4-2017. D. Patricio ., que ostenta categoría de Oficial de 1ª, y el actor.- D. Patricio . realizaba tareas administrativas, participada en el taller realizando las tareas más cualificadas e incluso acudía a realizar colocaciones de las piezas in situ cuando a la empresa se le solicitaban esos servicios (normalmente en trabajos de cementerio).- D. Ruperto . también realizaba tareas de taller así como de colocación de las piezas in situ.

Tercero: El actor realizaba tareas de elaboración de piezas en el taller y eventualmente participaba en la colocación de piezas in situ.- Cuarto: Las cuentas anuales de la misma entidad para 2014, 2015 y 2016 reportan estos datos (miles de euros): 2014.- Ingresos. - -Ventas 284.- - Gastos.- -Aprovisionamientos 64.- - Personal 142.- -Otros 39.- -Financieros 5,9.- Amortización 29

Resultado 0,9.- 2015.- Ingresos.- -Ventas 259.- Gastos.- -Aprovisionamientos 68.- -Personal 141.- -Otros 33.- -Financieros 5,1.- Amortización 24.- Resultado -6,3.- 2016.- Ingresos.- -Ventas 227.- Gastos.- - -Aprovisionamientos 48.- - -Personal 127.- - -Otros 27.- - -Financieros 3,8.- Amortización 25.- Resultado -4,5.- Quinto: La empresa habría emitido 44 facturas en el primer trimestre de 2017. De estas facturas, en 19 casos se realizaron tareas de colocación in situ de la pieza, siendo sub contratados servicios de instaladores a esos efectos en 3 ocasiones. De las 3 ocasiones, una de ellas se produjo en tanto estuvo trabajando el actor y las otras tuvieron lugar en marzo de 2017. En el segundo trimestre, las subcontrataciones para colocación de piezas ascendieron a 4. En 2 de estas 7 ocasiones habría acudido el Sr. Patricio . a supervisar la instalación realizada por los autónomos subcontratados. Sexto: A fecha de 28-2-2017 se le comunica al actor decisión extintiva con esos mismos efectos, sostenida en causas económicas con arreglo a la carta que se da por reproducida a este ordinal. Se le hace entrega de 21.386,64 euros en concepto de indemnización, así como 1100,69 euros en concepto de preaviso. Séptimo: El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical. Octavo: Con fecha 5-4-2017 se celebró el preceptivo acto de conciliación con resultado sin avenencia (papeleta de 17-3-2017)".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que, estimando la demanda interpuesta por D. Justino frente a MARMOLERIA JAVIER PLAZA SL, en procedimiento por despido 343/2017 en los que fue parte el FGS, debo declarar el producido el 28-2-2017 mismo como improcedente, condenando a MARMOLERIA JAVIER PLAZA SL a manifestar opción por la readmisión con abono de los salarios de tramitación a razón de 79,75 euros/día o, en su caso, la extinción de la relación laboral, contra el abono de una indemnización de 45.078,68 euros, de la que podrá deducirse la cifra ya satisfecha de 21.386,64 euros, debiendo el FGS estar y pasar por esta declaración".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de la empresa Marmolería Javier Plaza SL., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 28 de noviembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Marmolería Javier Plaza SL frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Bilbao, dictada el 5 de julio de 2017 en los autos nº 343/2017 sobre despido, seguidos a instancia de D. Justino contra la ahora recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, confirmamos la sentencia recurrida.- Procede imponer a la recurrente las costas, incluidos los honorarios del letrado impugnante en la cantidad de 400 euros, con pérdida del depósito y de las consignaciones efectuadas para recurrir, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme".

TERCERO.- Por la representación de la empresa Marmolería Javier Plaza SL., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en fecha 13 de mayo de 2005 (RSU 135/2005).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 13 de diciembre de 2018, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

SEXTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de diciembre de 2020, fecha en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la diferencia entre la indemnización ofrecida al trabajador y la que, finalmente, le correspondía por extinción del contrato por causas objetivas, puede calificarse de error excusable.

La parte demandada ha formulado el citado recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 28 de noviembre de 2017, rec. 2280/2017, en la que se ha desestimado el recurso de suplicación que interpuso dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao, el 5 de julio de 2017, en los autos núm. 343/2017 que declaró la improcedencia del despido, con las consecuencias legales que tal calificación lleva aparejadas.

En dicho recurso de unificación de doctrina se invoca como sentencia de contraste por selección la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 13 de mayo de 2005, rec. 135/2005, y, bajo la rúbrica de la determinación de la doctrina correcta, se invoca la jurisprudencia de esta Sala, de 22 de junio de 2015, rcud 2393/2014, 26 de noviembre de 2012, rcud 4355/2011 y 28 de noviembre de 2011, rcud 4348/2011 formulándose un motivo de casación en el que cita el art. 53.4 del ET.

2.- Impugnación del recurso.

La parte actora ha impugnado el recurso dando a entender que entre los supuestos contrastados no existe identidad porque en el momento de dictarse la sentencia de contraste no estaba en funcionamiento la herramienta que el CGPJ tiene en su página web sobre el cálculo de las indemnizaciones, insistiendo en que la conducta del demandado ha sido contumaz en relación con el error en el importe indemnizatorio que ya le fue advertido en conciliación.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso debe ser estimado porque, con cita de la STS de 31 de mayo de 2018, rcud 2785/2016, considera que la jurisprudencia de esta Sala permite calificar el error de excusable al ser meramente aritmético y no constar ninguna conducta maliciosa de la empresa al respecto. Advierte que, aunque los parámetros de cálculo no eran complejos ni cuestionados, la cuantía objeto del error es escasa -677,79 euros-, equivalente al 3,07% del total. y recuerda que en la instancia el trabajador argumentaba el error inexcusable en la fecha tomada como antigüedad (7 de enero de 2004) cuando era la de 6 de mayo de 2003 la que figuraba en la nómina, no siendo esa circunstancia la que podría haber motivado el menor importe cuando el abonado por la empresa era superior al que hubiera correspondido de seguir el criterio de la parte actora.

SEGUNDO. -Sentencia recurrida.

1.- Hechos probados de los que se debe partir

La demanda de la que trae causa el presente recurso fue presentada por el demandante en reclamación de la improcedencia de la extinción del contrato por causas objetivas que adoptó la empresa.

Según los hechos probados y en lo que aquí interesa, el demandante, que percibía un salario de 2.425,62 euros mensuales, recibió comunicación de la empresa, en la que se acordaba la extinción del contrato por causas objetivas, haciéndole entrega de la indemnización de 21.386,64 euros mas el importe por preaviso.

La sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda, declarando la improcedencia del despido por error inexcusable en el importe de la indemnización.

2.- Debate en la suplicación.

La parte demandada interpone recurso de suplicación que es desestimado por la Sala de lo Social del TSJ.

La Sala de suplicación, partiendo de que no se cuestionan los parámetros sobre los que se debe cuantificar la indemnización por extinción del contrato por causas objetivas, ni que exista complejidad en su cálculo, niega que exista buena fe en la conducta de la empresa al no ser adecuados los argumentos que a tal efecto esgrime, como que " pudo haberle reconocido al trabajador una antigüedad inferior por una laguna en la contratación que hubiera determinado una indemnización inferior a la calculada, que ha tenido en cuenta todos los conceptos retributivos de la nómina o que ha abonado correctamente los quince días de falta de preaviso". Y añade que "la diferencia de 677,79 euros supera con creces el importe de algunas de las diferencias que han llevado al Tribunal Supremo a declarar la existencia de un error excusable, siendo también significativo que en más de

una ocasión haya llegado a declarar la inexcusabilidad del error el hecho de que la empresa en el cálculo no haya computado como un mes completo los días del último mes trabajado".

TERCERO. -Examen de la contradicción

1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2.- Sentencias de contraste

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 13 de mayo de 2005, rec. 135/2005, resuelve otro proceso de despido en el que, al igual que ahora, se cuestionaba el alcance del error en las indemnizaciones puestas a disposición de las allí demandantes.

Dicha sentencia referencial, en relación con el referido extremo, partiendo de que la empresa ofreció a una de las dos demandantes la cantidad de 10.808'15 euros en concepto de la indemnización prevista en el artículo 53.1 b) ET y que la que le correspondía era de 11.270,17 euros, considera que existe error excusable porque esa diferencia "obedece a un mero error de cuenta o cálculo que, por su naturaleza, no se puede asimilar al incumplimiento de la obligación de puesta a disposición de la indemnización y, en definitiva, carece de entidad para calificar la decisión empresarial de nula".

3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios

En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS.

En efecto, en ambos casos existe una diferencia muy parecida en la cuantía indemnizatoria que el empleador puso a disposición de los demandantes y, sin embargo, los pronunciamientos de uno y otro Tribunal difieren al otorgarle a ese actuar un efecto muy diferente que provoca que una califique el despido como improcedente -sentencia recurrida- y en el otro como procedente -sentencia de contraste-.

La existencia de contradicción no se desvanece porque al momento de dictarse la sentencia de contraste no estuviera la herramienta que el órgano de gobierno de los jueces ha dotado en su página web para el cálculo de las indemnización por extinciones de contraste. Tal dato es ajeno al contenido de las dos resoluciones que aquí se están contrastando y, en todo de todo punto irrelevante porque ni constituye un hecho fáctico que configure la Litis.

CUARTO. - Motivo de infracción de norma y la jurisprudencia.

1.- Denuncia de la jurisprudencia infringida.

Como ya se ha adelantado, la parte recurrente formula un motivo de infracción de norma en el que tan solo cita el art. 53.4 del ET, indicando que la diferencia del 3,07% en el importe indemnizatorio constituye error excusable, citando previamente la jurisprudencia de esta Sala, recogida en las sentencias de 22 de junio de 2015, rcud 2393, 26 de noviembre de 2012, rcud 4355/2011, 28 de noviembre de 2011, rcud 4348/2011 y 27 de septiembre de 2017, rcud 2139/2015.

Según la parte recurrente, para calificar de excusable o no el error en la determinación del importe indemnizatorio, ha de estarse a la relevancia de la diferencia que se produce entre la ofrecida y la que le pudiera corresponder, cuando no existen dificultades jurídicas o de cálculo en la indemnización, tomando este criterio de la doctrina que se recoge en las sentencias que invoca.

2.- Doctrina de la Sala en la materia.

Dado que en el presente recurso el motivo se formula realmente sobre la infracción de la jurisprudencia, no es preciso hacer mención de las normas legales que serían aplicables al caso al estar ante un debate que se centra en el alcance que esta Sala ha dado a lo que disponen los arts. 53.4 del ET y . 122.3. de la LRJS al



decir que "No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan"

Pues bien, la sentencia recurrida hace una extensa referencia a la doctrina de esta Sala sobre el concepto de error excusable, con lo cual, realmente, no se hace necesario hacer mayor precisión que la de su actualización.

Como recoge la STS de 30 de junio de 2020, rcud 838/2017, al recopilar nuestra doctrina, es inexcusable una conducta que puede calificarse de maliciosa o que pudo evitarse con una mayor diligencia. Y recuerda que, respecto de la escasa cuantía en la diferencia, se ha dicho que constituye indicio muy relevante de que el error es poco trascendente y disculpable, pudiéndose invocar cuando se esté en operaciones de cálculo sin especial dificultad jurídica. Y resume esa doctrina diciendo que " 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". En esta sentencia se califica de error excusable porque la diferencia resultante no es relevante y no se aprecia que la conducta del empleador -tomó la categoría formal y no la que debía ostentar- haya sido maliciosa, por las razones que recoge, referidas a las circunstancias que rodeaban el caso.

Y respecto de las sentencias que se identifican en el motivo, debemos destacar que la de 22 de junio de 2015, rcud 2393/2014, pronunciada en un supuesto del art. 53 del ET, recoge la doctrina precedente, por cierto que es la que refiere la aquí recurrida, y respecto de una diferencia de 702 euros expresa la siguiente " No parece (desde luego, en modo alguno se ha demostrado) que la empleadora haya querido ignorar derechos de la trabajadora sino calcular la indemnización con arreglo a los datos que ha venido manejando durante todo el tiempo que discurrió la prestación de servicios entre ambas. Durante más de ocho años la trabajadora ha comprobado que la antigüedad reconocida por su empleadora arrancaba en julio de 2004, sin que manifestase oposición a ello. Los ocho meses durante los cuales, con carácter inmediatamente anterior, prestó servicios a través de una ETT debieran haber sido incorporados a su carrera profesional en el seno de la empresa y, desde luego, como la propia sentencia recurrida reconoce, la pasividad no comporta imposibilidad alguna de reclamar que así sea en el momento de calcular la indemnización por despido" Esto es, justifica el error en el importe indemnizatorio porque la empresa tomó un concepto -antigüedad- que creía sólido y no cuestionable pero no era el real.

La sentencia de 28 de noviembre de 2011, rcud 4348/2011, al igual que las dos siguientes, se pronuncia sobre la exclusión o no de salarios de tramitación (supuesto del que arrancó la doctrina del error excusable). En ella se aplicó el criterio de la escasa diferencia en la cuantía en términos absolutos para calificar el error de irrelevante, ponderando las consecuencias que pudiera conllevar, en aquel caso, de exclusión de los salarios de tramitación. También atiende a la conducta de la empresa en la fase previa al proceso y en el proceso mismo.

La sentencia de 26 de noviembre de 2012, rcud 4355/2011, claramente refiere que uno de los criterios para ponderar la existencia del error excusable es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo que se debió consignar, que por sí misma revela el carácter no relevante del error, haciéndose eco de sentencia que manejaban cuantías inferiores a 200 euros, ponderando, al igual que la anterior, la incidencia jurídica de tal error. En aquel caso, la indemnización procedente era de 145,91 euros, siendo ofrecida por el empleador la cuantía de 43 euros.

Finalmente, la sentencia de 27 de septiembre de 2017, rcud 2139/2015, ciertamente califica de excusable el error pero no solo porque la diferencia supone menos del 6% sino, también porque era dudosa la naturaleza convencional del concepto retributivo que provocaba esa diferencia.

3.- Doctrina aplicable al caso que nos ocupa.

En el presente supuesto, la diferencia en la indemnización legal y la que se puso a disposición del trabajador era del 3,07%, respecto de un importe de 22.064,43 euros.

Junto a ello, no se cuestionan los elementos sobre los que se obtiene el cálculo de la indemnización al no ser controvertidos.

El juzgador de instancia declaró inexcusable el error porque la diferencia no es insignificante, partiendo de un criterio doctrina que, además atendía a otro elemento cual era la falta de actualización del salario en la que incurrió la empresa. Esto es, tan solo valoró el importe de la diferencia. Debemos reseñar que también se cuestionaban las causas.

La confirmación de este pronunciamiento por la Sala cuya sentencia es objeto de este recurso niega alcance alguno a lo manifestado en el recurso por la empresa, y respecto del único criterio al que ha atendido la sentencia de instancia para obtener el carácter inexcusable del error -relevancia de la diferencia- la Sala ratifica dicha calificación con base en que los 677.79 euros que aquí concurren superan con creces las cuantías



valoradas por esta Sala. Además, ante la evidencia del error niega que esté acreditada buena fe en ese actuar empresarial.

A la vista de todo ello, debemos desestimar el motivo porque, aunque sobre el monto total pueda entenderse insignificante un 3,07 %, es lo cierto que una cuantía de casi 700 euros puede tener relevancia para un trabajador que percibía un salario de un poco más de 2000 euros. Existe un error de cálculo en una situación en la que no había elementos complejos en la configuración de la indemnización sino que, por el contrario, se partía de conceptos salariales claros y cuantías salariales que no requerían de operaciones en su determinación de forma que, perfectamente, podría haberse obtenido fácilmente el importe legal, máxime conociendo el alcance que al error en el importe de la indemnización puede acarrear. Junto a ello, no hay justificación alguna de la empresa que salve ese error ni siquiera que conste una conducta de la empresa tendente a subsanarlo, como una manifestación de voluntad de cumplir exactamente con el abono y, en definitiva, respetar los derechos del trabajador y que, en caso de desconocerlo, al menos, podría haberlo corregido, como dice la parte recurrida, en el acto de conciliación.

Es cierto que la sentencia de instancia no alcanza la improcedencia del despido sobre la conducta del demandado sino, solamente, sobre la diferencia de cuantía, pero la Sala de suplicación, ante lo manifestado en el recurso por la aquí recurrente, si que viene a razonar sobre la conducta empresarial, a la vista de que los elementos de cálculo no eran complejos ni cuestionados.

Finalmente, señalar que los supuestos contemplados en las sentencias de esta Sala que invoca el escrito de interposición del recurso no podrían equipararse al del presente caso en el que, como se ha indicado anteriormente, no hay circunstancia alguna que permita entender y justificar el incumplimiento de la puesta a disposición del trabajador del exacto importe de la indemnización legal por extinción del contrato por causas objetivas.

QUINTO.- Conforme a lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente, a tenor del art. 235 de la LRJS, que se cuantifican en 1.500 euros y decretar la pérdida de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir (art. 228.3 de la LRJS).

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jokin Txapartegi Zendoia, en nombre y representación de la empresa Marmolería Javier Plaza SL.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida, dictada el 28 de noviembre de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 2280/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Bilbao, de fecha 5 de julio de 2017, recaída en autos núm. 343/2017, seguidos a instancia de D. Justino frente a Marmolería Javier Plaza S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

3º.- Condenar a la recurrente al pago de las costas, que se fija en la cantidad de 1.500 euros y decretar la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir, dando a las cantidades consignadas el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.