



Roj: **STSJ PV 471/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:471**

Id Cendoj: **48020340012018100339**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2018**

Nº de Recurso: **133/2018**

Nº de Resolución: **357/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Recurso de suplicación 133/2018

**NIG PV 48.04.4-17/005652**

**NIG CGPJ 48020.44.4-2017/0005652**

**SENTENCIA Nº: 357/2018**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 14 de febrero de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Rafael contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Diez de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 22 de noviembre de 2017, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Rafael frente a **MENDIKO OKELA BIZKAIA S.L.**

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"1º.- El demandante D. Rafael, ha venido prestando sus servicios para la empresa MENDIKO OKELA BIZKAIA S.L. con una antigüedad de 8/06/2009, categoría profesional de profesional de 1ª y salario día con p/p de pagas extras de 1.532,11 euros.

2º.- El trabajador presta servicios con otro trabajador en la sección de envasado y prestando ambos servicios de la misma categoría profesional.

La empresa se dedica al sector de carnicería y, siendo de aplicación el Convenio Colectivo del Comercio de alimentación para Bizkaia.

3º.- El demandante con fecha 14/06/2017, recibió carta de extinción en la que literalmente se dice:

<< Muy Sr. Nuestro:



Por la presente le comunicamos que, en virtud del Artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, esta empresa ha adoptado la decisión de extinguir su contrato de trabajo por causas objetivas, fundamentándose esta decisión en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas económicas.

La causa que determina la extinción de su contrato de trabajo es de carácter económico, tomándose esta medida ante la situación económica negativa que sufre la empresa, y la constatación de lo irreversible de esta situación, teniendo un fundamento en lo siguiente:

Como bien sabe, la empresa MENDIKO OKELA BIZKAIA S.L. ha hecho una fuerte inversión en los dos últimos años con el fin de potenciar la sección de la empresa dedicada a la elaboración de productos cárnicos, mediante la creación de una nueva marca y packaging con el fin de aumentar nuestra cuota de mercado dirigiéndonos a grandes superficies y colectividades, motivo por el que usted fue contratado. A pesar de los notables esfuerzos realizados para la comercialización de esta nueva línea de negocio han sido baldíos, e incluso se han perdido clientes por lo que la nula rentabilidad de la planta de elaborado nos está llevando a la empresa a una situación de pérdidas, por ello nos vemos en la necesidad de tomar decisiones para garantizar la viabilidad de la empresa.

El coste de personal en el ejercicio 2016 ascendió a 304.911,87€ y el importe a 30 de abril de 2017 asciende a 95.819,64€, con la amortización de su puesto de trabajo se trata de adecuar la plantilla y los costes laborales a las necesidades reales de la empresa que han visto disminuida su actividad consiguiendo asimismo reducir los costes de personal que suponen un 63% de los gastos totales de la empresa.

La empresa se encuentra en una situación negativa, tal como se refleja en las pérdidas de la empresa en el ejercicio 2016 que ascendieron a 47.588,24€, y no mejoran en lo que va de ejercicio, ya que durante el primer trimestre de este año las pérdidas ascienden a 18.379,23€ y dado la situación en que se encuentra el sector nos hace ser pesimistas a la hora de valorar las perspectivas de futuro a corto plazo.

Por ello, y de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, la empresa MENDIKO OKELA BIZKAIA S.L., pone a su disposición la cantidad de 8.110,42 € en concepto de indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año que se pone desde este momento a su disposición a través de transferencia bancaria en su cuenta. Siendo su salario diario 50.57€ brutos y fecha de antigüedad de 08/06/2009.

El presente despido tendrá como fecha de efectos el 14 de Junio de 2017.

Se encuentra a su disposición en la empresa, los Balances de Pérdidas y Ganancias y Balances de situación del ejercicio 2016 y del 2017 a fecha 30 de Abril, que corroboran la situación negativa descrita.

Sírvase firmar el recibí del presente escrito, en el duplicado que se adjunta a efectos de notificación y constancia >

A la demandante se le remitió transferencia por el importe de la indemnización y que asciende a la suma de 8.110,40 euros.

Asimismo, se efectuó la liquidación de las cantidades por un importe de 1.983,44 euros.

4º.- La empresa en el año 2016 obtuvo unas pérdidas antes de impuestos por un importe 42.852,69 euros; en lo que va del año 2017 unas pérdidas antes de impuestos de 46.608,53 euros.

La cifra de negocios en el año 2016 lo fue 3.802.061,78; y lo que va del 2017 (al 30/10/2017), 2.728.637,14.

5º. - El demandante está en situación de IT desde el 8/05/2017 y continua.

6º.- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical.

7º. - Con fecha 07/07/2017, se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia."

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando la demanda formulada por D. Rafael frente a MENDIKO OKELA BIZKAIA S.L., debo declarar y declaro la extinción del contrato de trabajo en virtud de causas objetivas acordada por la empresa respecto de la actora como procedente, y por tal declarando tal extinción del contrato debo absolver al demandado de lo interesado en la demanda, consolidando la indemnización abonada al demandante, si bien deberá abonar la empresa la diferencia de 32,69 euros."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte contraria.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Desestimada por la sentencia de instancia la demanda por despido presentada por D. Rafael frente a la empresa Mendiko Okela Bizkaia SL como consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas (económicas) que le fue comunicada con efectos al 14.6.2017, de tal forma que se declara su procedencia (si bien con el abono de 32,69 euros más sobre lo ya pagado por la empresa en concepto de indemnización), por la representación letrada del demandante se interpone recurso de suplicación dirigido a la revisión de los hechos declarados probados y al examen del derecho aplicado. El recurso es impugnado por la empresa demandada.

**SEGUNDO.-** Al amparo del art. 193 b) de la LRJS se postula triple revisión en el relato de hechos declarados probados.

Antes de pasar a su examen hemos de señalar que es criterio de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que la revisión de los hechos declarados probados exige la concurrencia de una serie de requisitos consistentes en que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis, citando concretamente la prueba documental o en su caso pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del Juzgador de una manera manifiesta, evidente y clara, precisando la influencia de la variación del signo del pronunciamiento pues ha de tener trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS de 14 de mayo 2013, rec. 285/2011 , y 17 de enero de 2011, rec. 75/2010 ). Además, no es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que le sirvieron de fundamento, pues no cabe sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada, y cuando se trate de documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba ( STC 24/1990, de 15 de febrero ).

Sentadas las reglas anteriores, para la prosperabilidad del recurso de suplicación por dicho cauce procesal se exige: a) que la equivocación que se imputa al juzgador en los hechos probados, resulte del todo patente y sin necesidad de realizar conjeturas o razonamientos, más o menos fundados, de documentos o pericias obrantes en autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; c) que los resultados postulados, aun deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del juzgador "a quo", a quien le está reservada la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; d) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar la revisión fáctica en el recurso de suplicación, de naturaleza extraordinaria, que a diferencia de la apelación civil, no faculta a la Sala para la revisión de todo lo actuado.

-En relación al hecho probado primero, atendiendo a la antigüedad, al convenio colectivo de aplicación (art.12) y a la fecha de efectos del despido que se han dado por probados, se pide que se sustituya el salario señalado (1.532,11 euros) por el de 1.589,23 euros, petición que debe ser acogida, puesto que a la fecha de efectos de la extinción comunicada el demandante ya tenía cumplido el segundo cuatrienio de antigüedad con derecho al 10% del salario base (art. 12 c del convenio).

-Respecto del hecho probado cuarto, en el que se dan por probadas las pérdidas y cifra de negocios en la empresa demandada correspondientes al año 2016 y al tiempo transcurrido del 2017, se pide se sustituya su contenido por la siguiente redacción: *"La carta cuyo contenido se reproduce en el hecho anterior no acompaña documento justificativo alguna que fundamente las afirmaciones vertidas en dicho documento. La documental presentada en la vista, que no ha sido ratificada, tampoco puede ser considerada como justificante de la situación patrimonial de la mercantil, dada la ausencia de total documentación fehaciente que lo sustente"*, lo que, en virtud de la doctrina jurisprudencial antes mencionada, no puede prosperar porque se busca una nueva valoración por esta Sala de los documentos nº 6, 7 y 8 aportados por la demandada que se separe de la efectuada sobre los mismos por el Juzgador a quo, dando para ello el recurrente un juicio valorativo personal y subjetivo de parte interesada y sin mención de ninguna otra prueba hábil que determine el error patente del Juzgador sin necesidad de conjeturas. Por otra parte, no debe ignorarse que en la carta de extinción que le fue entregada se le indicaba que "se encuentra a su disposición en la empresa los balances de pérdidas y ganancias y balances de situación del ejercicio 2016 y del 2017 a 30 de abril, que corroboran la situación negativa descrita".

-También se pide que al hecho probado quinto, en base a los documentos obrantes a los folios 55 a 63 y 100 a 102 de las actuaciones, se añada que el demandante es tratado de un cáncer testicular, adición que no va



a ser acogida por innecesaria, puesto que se trata de un extremo que no es desconocido por el Juzgador a la hora de emitir su resolución (FD VI in fine).

**TERCERO.-** Solicitándose en el recurso la declaración de que el despido objetivo del actor es nulo o subsidiariamente improcedente, daremos respuesta a las distintas infracciones denunciadas por el cauce procesal previsto en el art. 193 c) de la LRJS cambiando su orden para ajustarlo al examen de las pretensiones formuladas.

A) Con el objeto de que se declare que el despido es nulo se denuncia la infracción del art. 14 de la Constitución Española en relación con la Directiva 2000/78/CEE y de la doctrina reflejada por la sentencia del TJUE de 1.12.2016 (C-395/2015, caso **Daouidi** ), señalando el recurrente que la empresa tuvo conocimiento de su padecimiento y de la previsible larga situación de su incapacidad temporal (IT) desde un mes antes a proceder al despido, sin que las causas económicas que se señalan en la carta de despido sirvan de base a la decisión empresarial.

El fallo de la referida sentencia dispone que la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que: - El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009. - Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. - Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Como ya ha señalado esta Sala en sentencia de 30.5.2017 (rec 1094/2017 ), de la anterior sentencia del TJUE se extrae que si una situación de incapacidad temporal conlleva una limitación de larga duración, ya sea por dolencias físicas o psíquicas, que impida al trabajador participar en su vida profesional en las mismas condiciones que los otros, ésta limitación puede ser considerada discapacidad, siendo el juzgador nacional el que con sus pruebas directas, debe determinar si las limitaciones del trabajador tienen el carácter de duraderas, basándose incluso en indicios como puede ser el hecho de que en la fecha del despido la incapacidad no tenga una perspectiva de cura a corto plazo o que pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento pleno. Añadiendo también que, el mismo Tribunal europeo, en sentencia de 11.7.2006 (nº C-13/05 ), vino a señalar que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

Por otra parte, en sentencia de 8.3.2016 (rec. 345/2016) esta Sala confirmó la sentencia de instancia que analizó la jurisprudencia ordinaria y constitucional sobre esta materia concluyendo en relación con decisiones empresariales de extinción del contrato de trabajo por causa de enfermedad que ello no contraviene los preceptos constitucionales ( arts. 14 y 15 CE ), señalando, tras considerar que del relato de los hechos probados no podía desprenderse, ni siquiera indiciariamente, que el despido respondiera a la situación de IT del demandante, que "aunque se hubiera concluido que la situación de IT que le fue declarada al actor hubiera sido la causa del despido - lo que sólo se admite ahora a estos meros efectos dialécticos-, lo cierto es que la calificación que el despido merecería, como acertadamente ha decidido la instancia, no sería la de la nulidad pretendida, sino la de la improcedencia, incluso aunque la causa simulada ocultara la verdadera de enfermedad y baja. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 22 de noviembre de 2007 - Rjud. 3907/06, de 11 de diciembre de 2007 - Rjud. 4355/06 -, y de 18 de diciembre de 2007 - Rjud. 4194/06 - recreando la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto".

Pues bien, en el presente caso, nos encontramos con los siguientes extremos que se han dado por acreditados por la sentencia recurrida: a) que el demandante pasó a situación de IT el 8.5.2017 ; b) que el 14.6.2017 fue despedido con efectos desde ese mismo día por causas objetivas económicas; c) que la empresa tuvo pérdidas (antes de impuestos) de 42.852,69 euros en el año 2016 y de 46.608,53 euros en lo que iba de 2017, siendo la cifra de beneficios de 3.802.061,78 euros en el año 2016 y de 2.728.637,14 euros a fecha 30.10.2017; y d) que la empresa no era conocedora de la enfermedad/diagnóstico del demandante ni de su evolución y temporalidad (este extremo, recogido con valor fáctico al final del FD VI, no ha sido desvirtuado por la parte actora a través de la vía revisoria prevista en el art. 193-b de la LRJS ).



Así, sobre los datos anteriores, no cabe declarar que la decisión adoptada por la empresa constituya un despido nulo por causa discriminatoria en virtud de lo dispuesto en el art. 53.4 de la LRJS ni por las reglas que en materia probatoria están previstas en el art. 181.2 de la LRJS .

B) Por lo que hace a la declaración de la improcedencia del despido:

1.- Nada que decir sobre la infracción del art. 26.1 del ET que se denuncia en relación a la fijación del salario del demandante, puesto que ya se ha acogido la revisión del hecho probado primero en tal aspecto.

2.- Invocada la infracción del art. 53.1 del ET para denunciar que el contenido de la carta notificadora del despido carece de justificación y que la empresa no llega a acreditar las circunstancias económicas alegadas para justificar la decisión extintiva, teniendo en cuenta que el art. 51.1 del ET (al que se remite el art. 52.c del mismo texto legal ) dispone que " *Se entiende que concurren 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 ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior* ", partiendo de los datos sobre pérdidas y cifra de negocios correspondientes a los ejercicios 2016 y 2017 que se han dado por acreditados en el hecho probado cuarto, sin que puedan atenderse por falta de sustento probatorio válido las alegaciones del recurrente dirigidas a combatir que los resultados empresariales no han quedado acreditados ni responden a una situación irreversible (la actual regulación suaviza el requisito que anteriormente se exigía de que la medida contribuyera a la superación de situaciones económicas negativas, bastando con que la misma sea adecuada o proporcionada para alcanzar el saneamiento de la empresa), debemos rechazar la pretensión de la declaración de improcedencia por este cauce.

3.- Queda por determinar si procede declarar la improcedencia del despido como consecuencia de un déficit en el abono de la indemnización realizado por la empresa, que el recurrente considera responde a un error inexcusable.

De forma previa diremos que, si bien la empresa en su escrito de impugnación al recurso se opone al análisis de esta denuncia diciendo que se trata de una alegación ex novo que no debe ser tratada en esta sede, debe entenderse que no es así si atendemos al hecho cuarto de la demanda, en la que se dice que al trabajador no le ha sido abonado el finiquito correspondiente a la extinción de la relación efectuada por la parte empleadora en los términos que le hubiera correspondido conforme a su categoría laboral correcta y a las percepciones económicas a que hubiera habido lugar por su reconocimiento, entendiéndose que incluye en dicha queja a la indemnización derivada de la extinción comunicada.

Como ha señalado el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 28.9.2017 (rcud 3460/2015 ):

< < Son muchas las ocasiones en que esta Sala ha debido ocuparse de identificar si las circunstancias que inducen a calcular erróneamente la indemnización por despido objetivo propician que el error se considere excusable. Mientras estuvo vigente la regulación del despido improcedente que permitía detener (o abortar) el devengo de salarios de tramitación depositando la indemnización correcta también se generó una jurisprudencia que, por clara analogía, resulta aplicable a los casos de despidos objetivos, como ya dijera la STS 11 octubre 2006 (rec. 2858/2005 ).

Compendiando los criterios contenidos en resoluciones, además de la mencionada, como las de 19 junio 2005, 16 abril 2013 (rec. 2437/2012), 17 de diciembre de 2009 (rec. 64/10), 27 noviembre 2013 (rec. 75/2013) o 595/2016 de 30 junio (rec. 2990/2014) puede recordarse lo siguiente:

Poca ayuda puede obtenerse del DRAE, para el que es «excusable» lo que «admite excusa o es digno de ella», y es «excusa» el «motivo o pretexto que se invoca para eludir una obligación o disculpar una omisión». En la práctica, una tautología que 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.

Apurando más el concepto se ha de indicar -en su delimitación negativa- que el «error excusable» no puede identificarse con el «simple error de cuenta» que «sólo dará lugar a su corrección», conforme al art. 1266 CC .

Es inexcusable cuando la divergencia se produce maliciosamente o pudo haberse evitado con una mayor diligencia.

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.

Los datos que permiten calificar un error como excusable o no, pueden variar de un supuesto a otro y habrán de ser ponderados en cada caso.

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.

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.

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 este caso, nos encontramos con que por el Juzgado se ha entendido que la indemnización abonada por la empresa -debido a que el salario que le correspondía al trabajador era mayor por su realización de funciones correspondientes a una categoría profesional superior a la que tenía reconocida- no era la ajustada, si bien, como la diferencia con la que le debió ser abonada atendiendo a dicha circunstancia era muy reducida (32,69 euros), sin considerar que ello determinara una improcedencia por error inexcusable, declara la procedencia de la decisión extintiva comunicada con el abono de esa cantidad por la empresa. Y es ahora, en sede de suplicación, cuando se vuelve a rectificar el salario aplicable al actor, añadiendo al reconocimiento efectuado en la instancia el porcentaje derivado del cumplimiento del segundo cuatrienio de tiempo de servicio en la empresa de conformidad con el art. 12 del Convenio, circunstancia que, no observada ni por la empresa ni por el Juzgador a quo, determina que la indemnización alcance un montante de 8.446,86 euros, es decir, 336,46 euros más que lo abonado por la empresa y 303,77 euros más de lo calculado en la instancia.

Pues bien, los anteriores extremos nos llevan a considerar que, sin perjuicio de que la empresa sea condenada al abono de la diferencia de 336,46 euros en lugar de la indicada por la sentencia recurrida (último párrafo del art. 53.4 del ET), no cabe declarar la existencia de un error inexcusable y la improcedencia del despido con sus efectos subsiguientes, puesto que la discrepancia salarial derivada de la categoría profesional que nunca había sido cuestionada por el trabajador esta la presente demanda (las SSTs de 19.10.2007/rec. 4128/2006 y 17.12.2009/rec. 957/2009 entendieron que era error excusable la diferente consignación dado que fue en el proceso por despido donde la parte actora planteó por primera vez que su categoría no era la que tenía reconocida en el contrato), resultando por otra parte muy escasa la diferencia reconocida por el Juzgado sobre lo ya abonado por la empresa (la escasa entidad del importe diferencial constituye, aunque no el único, un operador indiciario relevante de que el error es poco trascendente y disculpable). Es cierto que la cuantía se ha visto ampliada en esta sede, pero la proximidad entre el cumplimiento del segundo cuatrienio de prestación de servicios (el 8.6.2017) a la fecha en que se hizo efectiva la extinción (el 14.6.2017) nos lleva a entender que no medió malicia empresarial al errar en el cálculo indemnizatorio.

En consecuencia, sin que proceda declarar el despido de nulo o improcedente, confirmamos la sentencia recurrida condenando a la empresa a abonar una diferencia de 336,46 euros.

CUARTO.- No cabe pronunciamiento alguno en materia de costas ( art. 235-1 LRJS ), al ser parte vencida en el recurso, a los efectos de la imposición de las costas, el recurrente, que no gozando del beneficio de justicia gratuita, ve desestimada su pretensión impugnatoria ( Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993 ).

## FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Rafael frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, dictada el 22 de noviembre de 2017 en los autos nº 562/2017 sobre despido, seguidos a instancia del ahora recurrente contra Mendiko Okela Bizkaia SL, **confirmamos** la sentencia recurrida en sus declaraciones pero condenando a la empresa demandada a abonar al trabajador una diferencia de 336,46 euros en concepto de indemnización. Sin condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.



Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilustre Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

**ADVERTENCIAS LEGALES.-**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital- coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0133-18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0133-18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.