



Roj: **STS 3969/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3969**

Id Cendoj: **28079140012015100548**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2015**

Nº de Recurso: **2393/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 3331/2014,**
STS 3969/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Salome , representada y defendida por el Letrado Sr. Martínez Delicado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de abril de 2014, en el recurso de suplicación nº 547/2014 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 25 de julio de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Granollers , en los autos nº 16/2013, seguidos a instancia de D^a Salome contra las empresas COMERCIAL SALGAR, S.A.U., SALGAR, MAMPARAS, S.L. y FIVENT, S.A., sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrida la empresa COMERCIAL SALGAR, S.A.U., representada y defendida por el Letrada Sra. Plaza Cacho.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro** , quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 25 de julio de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Granollers, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimo la demanda interpuesta por D^a Salome frente a las empresas COMERCIAL SALGAR, S.A.U, SALGAR, MAMPARAS, S.L. y FIVENT, S.A. a las que absuelvo de las pretensiones deducidas en su contra por la parte actora. Declaro procedente el despido acordado por la empresa demandada COMERCIAL SALGAR S.A.U en 21-11-2012, declarando convalidada la extinción del contrato que aquél produjo, con la indemnización abonada por ésta demandada".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- La parte demandante D^a Salome con DNI nº NUM000 ha venido prestando servicios para la empresa demandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U dedicada a la actividad de carpintería metálica, con antigüedad de 12-07- 2004, categoría profesional de oficial de 3ª, y salario mensual con prorrata de pagas extras de 1.602,06€.

2º.- Que la parte actora ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U. en el centro de trabajo sito en 08450 LLINARS DEL VALLÈS C/Porvenir, 94, Pol. Ind. Sur, Nave 14.

3º.- Que la actora ha prestado sus servicios para la demandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U, con contrato indefinido a tiempo completo y jornada de trabajo de 40 horas semanales, de lunes a viernes.

4º.- Que las relaciones laborales en la demandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U. se rigen por el Convenio Colectivo de trabajo de la Siderometalúrgica de la provincia de Barcelona para los años 2007-2012.



5º.- Que la codemandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U. acordó en diciembre de 2011 un Expediente de Regulación de Empleo (ERE) de suspensión de contratos de trabajo al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores , en el expediente número NUM001 .

6º.- Que la demandante inició relación laboral con la codemandada FIVENT, S.A. en fecha 21-11-2003 a través de la empresa UNIQUE INTERIM ETT, S.A.U. al suscribir un contrato eventual por circunstancias de la producción, para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, al amparo del art. 3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre .

Posteriormente a dicho contrato, se suscribieron 4 contratos más de mismas característica a través de la empresa UNIQUE INTERIM ETT, S.A.U, finalizando el último contrato en fecha 9-7-2004.

En fecha 12-7-2004 la actora fue contratada directamente por FIVENT, S.A. suscribiendo un contrato eventual por circunstancias de la producción.

En fecha 11-5-2007 se acordó la conversión del contrato temporal en contrato indefinido a partir de la misma fecha con la empresa FIVENT, S.A.

Con posterioridad, en fecha 3-9-2008 la actora pasó a prestar sus servicios por cuenta de la empresa codemandada SALGAR, MAMPARAS, S.L, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , al haberse comunicado una subrogación empresarial, produciéndose así un proceso de sucesión empresarial entre las empresas codemandadas.

Finalmente, en fecha 1-12-2011 la actora pasó a prestar sus servicios para la empresa codemandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U, habiéndosele comunicado en fecha 30-11-2011 la sucesión de empresas producida entre la empresa cedente SALGAR, MAMPARAS, S.L. y la empresa cesionaria fruto de la fusión acordada entre ambas empresas en fecha 23-9-2011.

7º.- Que COMERCIAL SALGAR, S.A.U. se constituyó el 27 de diciembre de 1978. Esta Sociedad está participada al 100% por SALGAR INVESTMENTS, S.L, que es una sociedad de mera tenencia de acciones que no realiza actividad alguna y su activo está formado únicamente por las acciones de COMERCIAL SALGAR, S.A.U.

8º.- Que la mercantil SALGAR, MAMPARAS, S.L.U. se constituyó el 3 de septiembre de 2008, contando con un centro de trabajo en la localidad de Llinars del Vallès. En este centro de trabajo se situaba la fábrica, cuya actividad era de producción y venta de mamparas de ducha y baño.

9º.- Que la sociedad SALGAR, MAMPARAS, S.L.U. adquirió la rama de actividad y fabricación y venta de mamparas a la mercantil FIVENT, S.A.

10º.- Que la empresa demandada COMERCIAL SALGAR S.A.U despidió a la demandante mediante comunicación escrita de fecha 21-11-2012 con efectos de dicha fecha, conforme a lo dispuesto en el art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores por causas económicas. Aquí damos íntegramente por reproducido el contenido de la misma, que obra unida a los folios 17 a 20 de autos.

11º.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

12º.- Que la empleadora le ha puesto a disposición de la actora el importe de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, así como de la correspondiente al preaviso.

13º.- Que en la fábrica de Llinars la producción ha disminuido en 2012 con respecto al año anterior en un 48%. En septiembre de 2012, la caída era del 51%, para cerrar el ejercicio con un 48% de descenso de producción. Esta situación ha derivado en pérdidas acumuladas en los ejercicios 2010, 2011 y 2012 de la planta de Llinars de 1.972.761€ y en los tres meses de 2013 se acumulan nuevas pérdidas por importe de 192.009€.

14º.- Que en 2011 COMERCIAL SALGAR, S.A.U. absorbió a SALGAR, MAMPARAS, S.L.U. y por tanto estas pérdidas se han incorporado al Balance de COMERCIAL SALGAR, S.A.U.

15º.- Que la evolución de las ventas de la empresa COMERCIAL SALGAR S.A.U de los años 2007 a 2012, ha sido la siguiente:

EVOLUCIÓN INTERANUAL EVOLUCIÓN ACUMULADA

CONCEPTO 2008 S/ 2007 2009 S/ 2008 2010 S/ 2009 2011 S/ 2010 2012 S/ 2011 2012 S/ 2007

VENTAS NETAS -17% -24% 14% -11% -16% -46%

RESULTADO -22% -69% 43% - 79% -44% -96%



16º.- Que la mercantil demandada, despidió a ocho trabajadores de la planta de Llinars en noviembre de 2012, por causas económicas y productivas y por la degradación de situación generalizada de COMERCIAL SALGAR, S.A.U.

17º.- No existen indicios de que el despido fuese discriminatorio.

18º.- Que la parte actora presentó papeleta de conciliación impugnando el despido el 10-12-2012 celebrándose el preceptivo acto de conciliación en 05-03-2013 que finalizó con el resultado de intentado sin efecto (Acta obrante al folio 36 de autos)".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 14 de abril de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando, en parte, el recurso de suplicación interpuesto por D^a Salome contra la sentencia de 25 de julio de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social 3 de Granollers en los autos 16/2013, seguidos a su instancia contra las empresas COMERCIAL SALGAR S.A.U., SALGAR MAMPARAS S.L., FIVENT S.A. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL.; debemos revocar y, en parte, revocamos la citada resolución a los limitados efectos de condenar a la primera de las citadas mercantiles al pago (en su caso) de la cantidad de 702 euros por la diferencia en el abono de la indemnización a satisfacer".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Martínez Delicado, en representación de D^a Salome, mediante escrito de 26 de junio de 2014, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de marzo de 2007. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 223.3 de la LRJS y del art. 53.4 del ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 4 de marzo de 2015 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 improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 16 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El debate casacional suscitado.

La cuestión suscitada en el presente recurso consiste en determinar si el deficiente cálculo de la indemnización abonada por despido objetivo debe calificarse como error excusable. La diferencia entre la cantidad debida deriva de que la empresa no tuvo en cuenta una previa prestación de servicios a través de una ETT. Antes de abordarla interesa recordar las características del marco procesal en que nos movemos y las consecuencias que de ello derivan para la referida materia, en especial la existencia de contradicción entre las sentencias contrastadas, que es cuestionada por la impugnación del recurso,

1. Los hechos litigiosos.

Sin necesidad ahora de reproducir el relato de hechos probados (inalterado en fase de suplicación) que se contiene en los antecedentes, a los efectos del presente recurso interesa resaltar lo siguiente:

- El 21 de noviembre de 2003 la demandante fue contratada por Unique Interim ETT (en la modalidad eventual) y cedida a la empresa Fivent.
- Esa inicial contratación eventual fue seguida por otras cuatro similares, a través de la misma ETT y hasta el 9 de julio de 2004.
- El 12 de julio de 2004 la recurrente fue contratada por Fivent.
- El 11 de mayo de 2007 el contrato con Fivent se transformó en uno de duración indefinida.
- El 3 de septiembre de 2008 se produce una transmisión de empresas y el nuevo empleador (subrogado) pasa a ser Salgar Mamparas SL.
- El 23 de septiembre de 2001, tras una fusión empresarial, el empleador de la Sra. Salome acaba siendo Comercial Salgar.
- El 21 de noviembre de 2012 se le notifica el despido objetivo por causas económicas.



El cálculo efectuado para el abono de la indemnización se hizo sobre una antigüedad desde el primer contrato indefinido con Fivent.

2. **La sentencia recurrida.**

La STSJ Cataluña 2898/2014, de 14 de abril, confirma la procedencia del despido objetivo que había decretado el Juzgado de lo Social. Al margen de otras cuestiones que han quedado al margen del recurso casacional, ante la Sala de suplicación se debatió sobre la insuficiencia de la indemnización puesta a disposición de la trabajadora.

La resolución, ahora recurrida ante nosotros, se apoya en numerosas sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y, por lo que ahora interesa, construye los siguientes núcleos argumentales,:

- La antigüedad que debe computarse para el cálculo de la indemnización por despido no debe ser la fecha de la contratación directa por la empresa Fivent sino aquella anterior en la que se produce la primera contratación de puesta a disposición para dicha empresa usuaria a través de la ETT.
- La diferencia asciende a 702 euros.
- La complejidad de las operaciones empresariales de subrogación y la escasa entidad de la diferencia abocan a la calificación del error padecido como excusable.

3. **La sentencia referencial.**

Al igual que se ha hecho en los asuntos similares que penden ante esta Sala y que se han deliberado en la misma fecha que el presente (rec.2219/2014 y 2366/2014) se invoca como sentencia de contraste la dictada por la propia Sala de lo Social del TSJ de Cataluña 2068/2007, de 15 de marzo. El supuesto es el siguiente:

- Dos trabajadores fueron contratados por una empresa de trabajo temporal, ADECCO ETT que los puso a disposición de la contratista URBASER, S.A., para prestar servicios como limpiador en SEAT.
- Posteriormente Urbaser los siguió contratando directamente para la realización de las mismas funciones, en la misma actividad y en idéntico puesto de trabajo, hasta que perdió la contrata que pasó a la empresa RAMEL
- Ramel se subrogó en los derechos y obligaciones de la anterior y acabó despidiéndolos por causas objetivas.

La sentencia tras confirmar el fraude en la contratación por la falta de justificación de la causalidad en la suscripción de los contratos temporales, considera que la sucesión contractual debe configurarse como una única relación y que debe computarse la antigüedad inicial de ambos trabajadores.

Se cuestiona si la diferencia en la indemnización resultante de haber obviado el cómputo de los trabajos temporales anteriores a la fijeza en la empresa, debe calificarse de error excusable. La sentencia estima que se trata de un error inexcusable puesto que la demandada al asumir la contrata tenía conocimientos más que suficientes de la situación laboral de los trabajadores, así como conocimientos jurídicos suficientes a través de sus asesores.

4. **La contradicción del artículo 219.1 LRJS .**

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan 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", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

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, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).



Por otra parte, la Sala ha señalado reiteradamente que la valoración casuística de circunstancias individualizadas y variables en cada supuesto no es materia propia de la unificación de doctrina y ello no sucede sólo en materia de calificación de incapacidades, sino también en las apreciaciones sobre la existencia de fraude que se fundan en una valoración de intenciones - SSTS 20/12/2007 (R. 3656/2006), 22/01/2009 (R. 4610/2007), 10/02/2009 (R. 600/2008), 24/02/2009 (R. 1995/2008), 02/03/2009 (R. 994/2008), 25/03/2009 (R. 1201/2008), 01/04/2009 (R. 4198/2007), 08/05/2009 (R. 1733/2008), 04/05/2010 (R. 2407/2008), y AATS 08/09/2011 (R. 2977/2010), 29/03/2012 (R. 1678/2011), y 11/09/2014 (R. 613/2014)--.

5. Examen de la contradicción.

De manera extensa y razonada, el escrito de impugnación cuestiona que estemos ante sentencias contradictorias en los términos que, según acabamos de recordar, exige la legislación procesal.

A) Ciertamente, la cadena contractual no es enteramente coincidente pero se estima que en lo relevante si hay identidad.

En ambos casos los demandantes fueron inicialmente contratados y cedidos por una ETT; posteriormente la empresa usuaria incorpora a esos trabajadores; en una tercera fase se produce una transmisión de empresas; finalmente el cuarto empleador (años después de la primera contratación) procede a los despidos objetivos.

B) La calificación de los despidos y el Derecho aplicado son diversos.

El tiempo transcurrido entre los hechos de la sentencia referencial y la recurrida ha comportado que la regulación del despido objetivo aplicada a cada supuesto sea diversa. Así, de la nulidad se pasó a la improcedencia por cuanto respecta a la calificación del despido objetivo con deficiencias formales.

Como regla general, la contradicción del artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no podrá apreciarse cuando las pretensiones formuladas en los correspondientes procesos que han dado lugar a las sentencias comparadas se fundan en normas distintas, porque en estos casos no cabe apreciar la identidad de las controversias, ya que se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción; y es así, porque la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo. En definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones, con el alcance precisado [SSTS 25/02/2013 (R. 3309/2012), 25/10/2013 (R. 198/2013), 12/12/2013 (R. 167/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013)].

Justamente, lo que sucede en este caso es que el debate planteado se ciñe a una cuestión en la que nada ha cambiado entre la LPL y la LRJS: la determinación de cuándo se está ante un cálculo indemnizatorio.

C) Insiste la empleadora impugnante en que la sentencia de contraste se centra en la comparación entre los dos trabajadores despedidos y en este caso solo hay uno.

Sin embargo, lo cierto es que la cuestión debatida no se ve directamente afectada por ella. La sentencia referencial entiende que el deficiente cálculo de la indemnización, al margen de su cuantía, comporta un error jurídico inexcusable; la recurrida da entrada directa a la ponderación de la cuantía (mayor o menor) en que se traduce el erróneo cómputo del tiempo de servicios.

D) No estamos ante doctrinas abstractas contradictorias, sino ante resoluciones que cumplen los requisitos del art. 219.1 LRJS :

- Se trata de trabajadores que fueron inicialmente contratados por una ETT para prestar servicios para la usuaria y posteriormente fueron directamente contratados por la empresa usuaria.
- Posteriormente, y en virtud de subrogación o sucesión empresarial, pasaron a prestar servicios para otras empresas.
- A lo largo de toda la relación laboral han prestado sus servicios desarrollando siempre la misma actividad. Asimismo, fueron despedidos por causas objetivas
- Se debate si el error en la indemnización, consecuencia de no haberse computado como antigüedad la inicial con la ETT, debe considerarse error excusable o no.
- Las empresas han calculado el tiempo de servicios a partir del momento en que hubo contratación directa, dato que es el que en los recibos de salarios viene constando como fecha a efectos de antigüedad.



Por todo ello, de conformidad con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, debe entenderse que concurre la preceptiva contradicción.

SEGUNDO.- El error en el cálculo de la indemnización por despido objetivo.

El recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto considera que la sentencia recurrida contiene doctrina errónea respecto de la de contraste, e incurre en interpretación errónea de lo dispuesto en el artículo 122.3 de la LRJS y 53.4 del Estatuto de los Trabajadores .

1. Las normas aplicables.

Con arreglo al artículo 53.1.b) ET vigente en el momento de producirse la adopción del acuerdo de extinción por causas objetivas, la empresa debe " *poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades*".

Por su lado, el artículo 122.3 LRJS prescribe que la decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores . " *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*".

2. Criterios generales para la determinación del carácter excusable del error.

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 (rec.), 16 abril 2013 (rec. Rec. 2437/2012), 17 de diciembre de 2009 (rec. 64/10), 27 noviembre 2013 (rec. 75/2013) 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

3. Elenco de supuestos.

Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de qué supuestos pueden ser calificados de error inexcusable y cuáles de excusable, cuando la cantidad que el empresario pone a disposición del trabajador es inferior a la que legalmente corresponde. Si bien la mayoría de las sentencias se han dictado examinando el importe de la consignación de la indemnización en despidos reconocidos como improcedentes por el



empresario, dada la identidad de razón, la doctrina establecida es aplicable a los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas.

Como han recordado las SSTs 17 diciembre 2009 (rec. 957/2009), 16 abril 2013 (rec. 1437/2012), 27 noviembre 2013 (rec. 75/2013) o 25 mayo 2015 (rec. 1936/2014), las sentencias dictadas por la Sala reconociendo el carácter excusable del error son las siguientes:

- STS de 24-04-00, CUD 308/99 , a pesar de la diferencia entre lo consignado y lo que debió consignar la empresa, entendió que se trataba de error excusable pues el juzgado de instancia consideró correcto el cálculo efectuado por la empresa y fue la sentencia de suplicación la que elevó dicha cantidad.
- STS de 26-12-05, CUD 239/05 , entendió que la escasa cuantía de la diferencia -157,90 euros - unido a que el salario de la demandante era de cálculo especialmente complejo, lo discutible de los conceptos y la presencia de factores ajenos a la mala fe en la consignación efectuada, hacen que el error haya de calificarse de excusable.
- STS de 26-01-06, CUD 3813/04 , entendió que se trataba de un error excusable el no haber incluido como salario, a efectos del cálculo del depósito, el importe atribuido a las stock options. Razona la sentencia que el estudio individualizado del carácter salarial o no de las opciones de compra de acciones suscritas no es sencillo y la complejidad del mismo aumenta con los problemas de conflicto de leyes planteados por los acuerdos de suscripción. Continúa razonando que de las opciones de compra de acciones pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas, y sólo una de ellas puede, en su caso, ser considerada como salario e incluida, por tanto, en el cálculo de la indemnización de despido. La primera utilidad, que es la que cabe considerar salario, si se asigna en contraprestación del trabajo realizado, es la constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición y el precio del ejercicio del derecho pactado. La segunda utilidad, que se produce ya fuera del marco de la relación de trabajo, y que carece en consecuencia de la condición de salario, es la obtenida por el trabajador mediante un posible posterior negocio jurídico mercantil con un tercero, consistente en "la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción". Concluye que concurre una dificultad jurídica para fijar el salario, por lo que considera el error excusable.
- STS de 7-02-06, CUD 3850/04 , entendió que era error excusable el no haber incluido en el cálculo de la indemnización la partida correspondiente al salario en especie, consistente en el valor de utilización del coche.
- STS de 28-02-06, CUD 121/05 , entendió que era "error excusable" no incluir el "bonus" en el cálculo de la indemnización. La sentencia justificó su decisión en que existía cierta dificultad jurídica en la fijación del "bonus" teniendo en cuenta el período de vencimiento de este concepto retributivo y la diversidad de regulaciones del mismo.
- STS de 13-11-06, rec. 3110/2005 , entendió que era error excusable el no tener en cuenta la antigüedad reconocida a la trabajadora en el momento de su contratación -la empresa la reconoció la antigüedad de los servicios prestados en otra empresa anterior " a todos los efectos"- a efectos de calcular la indemnización.
- STS 27-06-07, CUD 1008/06 , entendió que era error excusable el depositar 54,45 euros menos, dada su escasa cuantía.
- STS de 19-10-07, CUD 4128/06 , entendió que era error excusable la insuficiente consignación pues la misma obedecía al salario que venía percibiendo el trabajador en el momento del despido, conforme a la categoría profesional fijada en el contrato, sin que proceda privar de efectos a dicha consignación porque en el propio juicio de despido se haya fijado una categoría superior, por realizar las funciones de dicha categoría, a la que corresponde un salario superior.
- STS de 16-05-08, CUD 523/07 , entendió que era error excusable al no haber incluido en el cálculo de la indemnización por despido los beneficios del ejercicio de las opciones sobre acciones, dadas las especiales circunstancias concurrentes, ya que la orden de venta se produjo por el actor el sábado 18 de febrero de 2006, cuando conocía desde el miércoles 15 la decisión empresarial de despedirle, aunque no se le entregó carta de despido hasta el lunes 20, y se materializó la venta -por estar cerrado el lunes el mercado de valores en EEUU - el 21 de febrero, martes, habiéndose efectuado la consignación por la empresa el día 22, miércoles.
- STS de 17-12-09, CUD 957/09 , entendió que era error excusable la diferente consignación, dado que fue en el proceso por despido donde la actora planteó por primera vez que su categoría no era la que tenía reconocida en el contrato.
- STS de 20-12-11, CUD 1882/11 , calificó como excusable el error en la consignación, dada la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, y que además la trabajadora había venido prestando servicios a tiempo parcial y no a tiempo completo hasta menos de dos semanas antes del acto de despido.



- STS de 26-11-12, CUD 4355/11 entendió que se trataban de un error excusable al no ser la diferencia relevante, 145'91 euros en lugar de 43 euros.
 - STS de 28-11-11, CUD 4348/11 , calificó de excusable el error, dada la escasa diferencia de la cuantía en términos absolutos, en total 102'91 euros.
 - STS 11-12-12, CUD 3538/11 , calificó el error de excusable, por tratarse de una discrepancia razonable en el cálculo efectuado por el empresario, dado su convencimiento de que el concepto de dietas y locomoción tenía carácter extrasalarial y por ello no fueron reconocidas a efectos indemnizatorios.
 - STS de 18-06-2013, RUD 1302/12 , califica de error excusable el no reconocer al trabajador antigüedad desde el 19 de enero de 1994, por haberse producido subrogación, consignando la empresa cedente en el anexo entregado a la nueva empresa que la antigüedad del trabajador era de 1 de mayo de 2004, comunicándole posteriormente que la antigüedad era de 16 de septiembre de 1997.
 - STS de 13-03-2013, RUD 2002/11 , califica de error excusable el no tener en cuenta el incremento salarial del Convenio Colectivo del Sector, a efectos de fijar la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta la escasa diferencia de la cuantía y que la empresa a los pocos días completó la indemnización.
 - STS 27-11-2013 (rec. 75/2013) considera excusable el error padecido por la empresa que despide y aplica la antigüedad que le había comunicado la empresa transmitente.
 - STS de 16-02-2015, RUD 3056/13 , entendió que era error excusable el no incluir las dietas por manutención y alojamiento en el cálculo de la indemnización ya que, aunque en realidad eran salario, dada la dificultad jurídica en su calificación como tal, el error había de calificarse de excusable.
- Por otro lado, en diversas ocasiones hemos relacionado también los supuestos en que la Sala ha considerado el error como inexcusable:
- STS 4-10-06, CUD 2858/05 , entendió que era un error inexcusable que la empresa calculara la indemnización sin tener en cuenta la real antigüedad del trabajador, en la que había que completar el periodo de trabajo en prácticas.
 - STS de 11-10-2006, RUD 2858/05 , calificó de error inexcusable el no incluir en el cálculo de la indemnización el periodo en el que el trabajador había prestado servicios en prácticas.
 - STS de 1-10-07, RUD 3794/06 , entendió que era error inexcusable que la empresa calculara la indemnización atendiendo al salario neto percibido por el trabajador, en lugar del salario bruto.
 - STS de 15-11-2007 RUD calificó de error inexcusable el no tener en cuenta, para el cálculo de la indemnización, los periodos en los que el trabajador había estado prestando servicios a la empresa en virtud de sucesivos contratos temporales, celebrados con la empresa de trabajo temporal, habiendo pasado posteriormente a prestar servicios contratado por la empresa usuaria.
 - STS 14-9-10, CUD 3199/09 en un supuesto en el que se había realizado la consignación transcurridas más de 48 horas desde el despido, entendió que era error inexcusable no haber consignado el importe correspondiente a salarios de tramitación.
 - STS de 15-04-2011, RUD 3726/10 , calificó de error inexcusable el que la empresa no tuviera en cuenta, a efectos del cálculo de la indemnización, la antigüedad real de la trabajadora ya que, al haberse subrogado en el contrato de una empresa anterior, debió de computar el periodo de servicios prestado a dicha empresa.
 - STS 16-5-11, CUD 3526/10 entendió que era error inexcusable el no calcular la indemnización conforme al salario de la categoría reconocida a la actora y no conforme al salario que le correspondía por las funciones de superior categoría que efectivamente realizaba.
 - STS de 23-12-2011 RUD 1334/11 , calificó de error inexcusable el que la empresa no tuviera en cuenta, a efectos del cálculo de la indemnización, la antigüedad real de la trabajadora ya que, al haberse subrogado en el contrato de una empresa anterior, hubo de tener presente el periodo de servicios prestado a dicha empresa.
 - STS de 20-06-2012, RUD 2931/13 , calificó de error inexcusable el calcular la indemnización no computando como un mes completo los días del último mes trabajado.
 - STS 9 de abril de 2013 (rec.1437/2012), entiende que si bien la cuestión acerca del alcance de la responsabilidad del FOGASA en supuestos de indemnización por despido de empresas que tengan menos de 25 trabajadores reviste cierta complejidad, un examen pormenorizado de su regulación permite determinar con exactitud la misma y no excusa la errónea actuación desarrollada.



- STS de 5 de febrero de 2014, RUD 1136/13 , calificó de error inexcusable el no incluir en el cálculo de la indemnización el importe de la vivienda que, como retribución reflejada en la nómina, venía abonando la empresa.
- STS de 06-06-2014, RUD 562/2013 , calificó de error inexcusable el calcular la indemnización no computando como un mes completo los días del último mes trabajado.
- STS 25 mayo 2015 (rec. 1936/2014), entiende que no hay ninguna especial complejidad jurídica o complejidad de cálculo que permita entender que el inferior importe abonado de indemnización obedece a un error excusable cuando se ha omitido computar el tiempo de servicios desarrollados al amparo de contrato temporal inmediatamente anterior al indefinido.

TERCERO.- Resolución del recurso.

Conviene recordar que no está en cuestión la solución al interrogante de fondo. Los servicios prestados en virtud de un contrato de puesta a disposición de la empresa usuaria con una Empresa de Trabajo Temporal, a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido son computables. La antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido debe comprender todo el tiempo de servicios prestados para la empresa, y no sólo el último contrato, cuando a éste le han precedido uno o varios contratos de puesta a disposición consecutivos con el mismo objeto. En estos términos puede verse, por ejemplo, las SSTS de 17 octubre 2006 , 15 noviembre 2007 (rec. 2426/2005); 17 enero 2008 (rec. 1176/2007), 15 enero 2009 (rec. 2302/2007), 11 mayo 2009 (rec. 3632/2007) o 25 julio 2014 (rec. 1405/2013).

Ahora se trata de determinar si, aplicando los criterios que venimos invocando, estamos ante una indemnización mal calculada de manera excusable o inexcusable.

1. Examen de las circunstancias relevantes.

Como se ha visto, las dos sentencias enfrentadas polarizan sus decisiones (opuestas) sobre la base de aplicar la inexcusabilidad del error jurídico (la referencial) o lo contrario respecto de los yerros de escasa cuantía (la recurrida).

Por más que pueda resultar paradójico, hemos de comenzar advirtiendo que ambas opciones están algo alejadas del sentido que hemos querido conferir a nuestras sentencias. Lo que se desprende de su doctrina es lo siguiente:

- 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.

Entre los casos enumerados, recordados a modo de pista pero también de precedente, hay algunos que abordan supuestos en que han mediado fenómenos interempresariales anteriores al despido. Así, cuando se ha considerado excusable el error padecido por la empresa que despide y calcula la indemnización sin tener en cuenta la antigüedad real del trabajador sino la reconocida en la anterior empresa (SSTS 15-4-11, rec. 3726/10 #; 18-06-2013, RUD 1302/12; 27-11-2013, rec. 75/2013). Igualmente merece destacarse el supuesto en que solo es en el proceso por despido cuando la trabajadora manifiesta su discrepancia con la categoría profesional que le viene reconocida en nómina (STS 27-11-2013, rec. 75/2013).

Adicionalmente, la sentencia recurrida subraya que está en juego una cantidad moderada de 702 euros (resultado de adicionar a la indemnización final la superior antigüedad correspondiente a los ocho meses que discurren entre noviembre de 2003 y julio de 2004).

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.



Ahora bien, todo eso sí que abona la justificación que posee el que la empresa actúa, a la hora de despedir, aplicando los datos que, de forma pacífica, ha venido manejando precedentemente. Máxime si se repara en que quien despide es el tercer empleador que accede a esa condición desde que finalizara la etapa de cesión a cargo de la ETT.

2. **Carácter subsanable del error.**

La trabajadora tiene derecho al cálculo de la indemnización por despido incluyendo como periodo de prestación de servicios los ocho meses durante los que estuvo cedida por una ETT a su primera empleadora directa.

Pero el erróneo cálculo de la indemnización, por las circunstancias expresadas, ha de considerarse como un error excusable, en línea con cuanto hemos mantenido en supuestos análogos.

En el presente caso, en suma, nos encontramos ante un caso de error excusable. No tanto porque la diferencia de la cuantía entre la indemnización entregada por la empresa y la que corresponde sea de escasa cuantía, sino por la complejidad de los fenómenos interempresariales habidos y la actuación empresarial con arreglo a lo que durante años se vino considerando correcto (tomar como fecha inicial de antigüedad la de contratación directa).

3. **Desestimación.**

Con los importantes matices expuestos en el Fundamento precedente, la solución correcta se encuentra en la sentencia recurrida. Recordemos que, dando cumplimiento al mandato del art. 122.3 LRJS, se consideró excusable el error padecido por la empresa y también se la condenó al abono de la cuantía diferencial.

El recurso debe desestimarse, siendo confirmada la resolución combatida y sin que proceda la imposición de costas, habida cuenta de la condición personal de la trabajadora (art. 235.1 LRJS).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1) Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Salome, representada y defendida por el Letrado Sr. Martínez Delicado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de abril de 2014.

2) Confirmamos la sentencia 2898/2014, de 14 de abril, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada en el recurso de suplicación nº 547/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 25 de julio de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Granollers, en los autos nº 16/2013, seguidos a instancia de D^a Salome contra las empresas COMERCIAL SALGAR, S.A.U., SALGAR, MAMPARAS, S.L. y FIVENT, S.A., sobre despido.

3) No ha lugar a la imposición de costas, ni a la adopción de medidas especiales en materia de depósitos, avales o consignaciones.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.