



Roj: **STS 3942/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3942**

Id Cendoj: **28079140012016100582**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2016**

Nº de Recurso: **2990/2014**

Nº de Resolución: **595/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 2789/2014,**  
**STS 3942/2016**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 30 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa IBERMAPEI, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Yvars Rodríguez, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 13 de mayo de 2014, en el recurso de suplicación nº 659/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 13 de mayo de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 11 de Valencia, en los autos nº 209/2013, seguidos a instancia de D. Romulo contra dicha recurrente y MAPEI, SPA y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido. Ha comparecido en concepto de recurrido D. Romulo, representado y defendido por el Letrado Sr. Cucarella Lozano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Con fecha 8 de octubre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 11 de Valencia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando la excepción de legitimación pasiva invocada por la empresa codemandada y desestimando la demanda formulada D. Romulo, frente a las empresas IBERMAPEI,S.A. y MAPEI SPA, declaro procedente el despido objetivo enjuiciado de fecha de efectos 24 de enero de 2013, declarando extinguido el contrato de trabajo entre las partes con esa fecha de efectos, sin derecho a mayor indemnización que la ya percibida».

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:

«Que el demandante, D. Romulo, con DNI NUM000, ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada IBERMAPEI,S.A. en virtud un contrato indefinido desde el 7-3-05, en el centro de trabajo sito en Avda. Valladolid n 24-3 de Valencia, ostentando la categoría profesional de agente de ventas (grupo profesional 7 y Grupo de Cotización 1) y postulando un salario mensual de 5.799,93€, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras, con abono mensual.

La empresa postula un salario de 5.075,02€

Que la empresa en el mes de marzo de cada año abonaba un "bonus objetivos" correspondiente al año anterior, así en el año 2011 y correspondiente al año anterior abono 3.216,12€.

En el mes de marzo de 2012 la empresa abono en concepto de "bonus objetivos" el importe 5.278,75€, correspondiente a 2011.



Que debido a las pérdidas de la empresa en el ejercicio 2012, en marzo de 2013, no se abono el bonus correspondiente a dicha anualidad.(Doc ng 6 actor 2 a 4, 6 empresa).

A la relación laboral resulta de aplicación el convenio colectivo de industrias químicas.

2º.- Que la empresa demandada, procedió a despedir al trabajador accionante, entregándole al efecto comunicación escrita de fecha y efectos 24-1-13, cuyo tenor es el siguiente:

"Como a Vd. le consta, desde hace más de dos años, el volumen de las ventas de la empresa ha ido disminuyendo de forma progresiva, lo que dio lugar a que el ejercicio finalizado a 31/12/11 ya se cerrara prácticamente sin ganancias (13.773 €). Dicha situación determinó que se redujeran al máximo todos los gastos, en la confianza que se pudieran recuperar las ventas, y así superar la situación creada.

Sin embargo, lamentablemente, en el pasado ejercicio finalizado el 31/12/12, las ventas no solo no se han recuperado, sino que la disminución de las mismas ha persistido, al punto de que durante los cuatro trimestres consecutivos al mismo, las ventas han sido inferiores a las registradas en los mismos períodos del año anterior, como resulta de los siguientes estados.

Ventas año 2011 1 tri: 9.090.445 2 tri:9.855.763 3 tri: 8.685.356 4 tri: 8.274.831

Ventas año 2012 1 tri-553.131 2 tri:9.491.340 3 tri: 7.636.717 4 tri: 5.834.629

-553.131 -364.423 -1.048.639 -2.440.202

A mayor abundamiento, lo anteriormente expuesto ha llevado consigo a que en el Ejercicio que ha terminado el 31/12/12 se hayan acreditado pérdidas del orden de los 800.000€, a pesar de que durante todo el ejercicio la empresa ha estado reduciendo gastos, tanto en cuestiones salariales, limitando los incrementos al máximo y suprimiendo los bonus de final de año que se daban cuando el ejercicio era positivo, Al mismo tiempo que se han tomado medidas en otros ámbitos de la Actividad, como unificación de gestiones, entre otras, todo lo cual no ha sido suficiente para evitar las indicadas pérdidas.

Las causas económicas, productivas y organizativas expuestas, determinan la necesidad de extinguir su contrato de trabajo como ÁREA MANAGER, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 52 c), en concordancia con el art. 51.1 de la vigente Ley del Estatuto de los Trabajadores , con efectos de esta misma fecha, 24/01/13. Asimismo, y do acuerdo con lo establecido en el art. 53.1 b) de dicha normativa, le ponemos a su disposición, en este acto, la indemnización de 26.791,45 € (158,37 días x 169,17 €), correspondientes a los 7 años y 11, meses-de antigüedad-de la empresa y retribución percibida, a razón de 20 días de salario por año y fracción mensual, mediante cheque nominativo n. 9.851.396-2 sobre el banco Santander, de esta misma fecha.

Al mismo tiempo, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.4 c), último párrafo, se le pone también a su disposición la cantidad de 2.537,51 € (Cantidad neta 1.827,01.-€), correspondiente a los 15 días de preaviso no concedido, así como el salario hasta esta fecha y la liquidación de partes proporcionales, según el detalle que figura en la misma.

Finalmente, le informarnos que, al tratarse de un despido objetivo, con la sola presentación de este escrito, así como con el certificado de cotización de los últimos 180 días, podrá solicitar directamente al INEM la prestación de desempleo que le corresponda por el tiempo cotizado, según las normativas aplicables.

Esperando que comprenda las razones expuestas, que nosotros somos los primeros en lamentar, atentamente le saludamos.(Doc n 1 actor y n 7 empresa).

3º.-Que la empresa IBERMAPEI, S.L. obtuvo unas ventas de:

2011 1TTE: 8.727.754,18

2 TTE: 9.930.368,37

3TTE: 8.748.536,86

4 TTE: 8.373.993,57

2012 1TTE: 8.237.219,83

2TTE: 9.620.532,09

3'ITE: 7.667.079,60

4TTE 6.203.237,87

Ventas totales:

2011:35.780.652,98



2012: 31.728.069,39

(Doc. n. 8 a 17 empresa).

4º.- Que la empresa presenta:2011:

2011 2012

Importe neto cifra

negocios/ventas 35.532.907 31.567.618

Perdidas/Beneficios 13.313 -871.711

(Doc n 19 y 20 y 22, 23 empresa).

5º.- Que la empresa IBERMAPEI, S.L. los siguientes despidos:

Benjamín 22/10/2012 despido disciplinario

Fermín 22/10/2012 despido disciplinario

Mariano 24/10/2012 despido disciplinario

Valeriano 26/10/2012 despido disciplinario

Daniela 16/11/2012 despido disciplinario

Romulo 24/01/2012 despido objetivo

Modesta 24/01/2013 despido objetivo

Aurelio 25/01/2013 despido objetivo

Fabio 19/02/2013 despido objetivo

Leovigildo 19/02/2013 despido objetivo

Teodoro 19/02/2013 despido objetivo

Alvaro 30/04/2013 despido objetivo

(Doc. n. 25 y 26 empresarial)

6º.- Que la empresa ha suscrito los siguientes contratos:

-En fecha 11-2-13 y con duración hasta el 10-8-13 un contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción, grupo 4 como programador informático.

-En fecha 4-2-13 un contrato indefinido en fecha 4-2-13, grupo 5 para agentes y representantes de comercio. (Doc nº 30 empresa).

Que la empresa en fecha 2-7-12 realizo un comunicado interno en el que informaba de que D. Eloy , hasta el momento Área manager de la zona centro pasaba a ser Product Manager de pavimento ligero y parque, en la zona centro, incorporándose adorna D. Leopoldo como nuevo área Manager en dicha zona y en fecha 2-9-13 se incorporo una persona en la posición de Key Account Manager.

(Doc nº 30 y 31 actor e interrogatorio empresa)

7º. - Que la plantilla de la empresa era la siguiente:

1-10-12: 146

24-10-12: 144

1-1-13: 139

24-1-13: 137

24-4-13: 134

1-6-13: 132

(Doc n 27 empresa)

8º. - Que el puesto de trabajo de Product Manager tiene como finalidad promover la presencia y participación de la compañía en el segmento de mercado que se le asigne, dándose por reproducido el doc nº 29 de la empresa.

Que el puesto de Area Manager tiene como finalidad promover la activación y crecimiento de las relaciones comerciales con clientes, proporcionando la información, colaboración y el asesoramiento adecuados a los agentes comerciales de su área, dándose por reproducido el doc n 19 actor.

Depende de la experiencia que tenga el trabajador que ocupa un puesto en Area Manager puede pasar a ser Product Manager. (Interrogatorio legal representante empresa).

9º.- Que la empresa MAPEI, S.P.A. es la sociedad dominante y su propietaria es una familia italiana.

La sociedad española actúa bajo la marca de Mapei.

Cuando la empresa en España, tiene unos resultados desfavorables se lo comunican a la empresa italiana, para que les indique que debe de hacerse para mejorarla. Se da por reproducido el doc n 33 a 43 de la parte actora consistente en una revista de MAPEI, donde indica que tiene fabricas en los 5 continentes y en 31 países. Que en los documentos de la empresa relativos al puesto de trabajo condiciones económicas, variables 2012, y comunicado interno figura el logotipo "MAPEI" (Doc n 19 a 29 actor)

(Interrogatorio legal representante empresa)

10º.- Que la empresa en la localidad de Onda cambio su domicilio para compartir el espacio con la empresa Cercol Iberia, S.L., filial del grupo.

La sede en Cataluña se traslado a Sta Perpetua para ahorrar costes, uniendo las oficinas y el almacén sito en Baracaldo. (Doc n 32 actor y interrogatorio empresa).

11º.- Que el demandante no es representante sindical o unitario de los trabajadores ni lo ha sido durante el año anterior al despido.

12º.- Que presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el 4-2-13, el acto se celebró el 16-4-13, con el resultado de intentado sin efecto, presentándose la demanda el 14-2-13.»

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia con fecha 13 de mayo de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D, Romulo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 11 de los de VALENCIA, de fecha 8 de octubre del 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos el despido del actor como IMPROCEDENTE, condenando a la empresa IBERMAPEI a su opción, bien a readmitirle en las condiciones anteriores a su despido, con abono en dicho caso de salarios de tramitación a razón de 169 euros/ día, o a indemnizarle en la cuantía de 63.175 euros. Sin costas».

**TERCERO** .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Yvars Rodríguez, en representación de la empresa IBERMAPEI, S.A., mediante escrito de 1 de agosto 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 Supremo de 21 de febrero de 2006. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 26.3 del ET.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 2 de julio 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 procedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 30 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos del debate casacional.

En el seno de un procedimiento impugnatorio de despido por causas objetivas, se debate si la empresa calculó bien la indemnización entregada (extinción procedente) o si omitió computar el importe del bonus (salario variable) abonado el año anterior pero correspondiente al penúltimo (despido improcedente).

### 1.Los hechos litigiosos.

El demandante, D. Romulo, prestó sus servicios como agente de ventas para la empresa Ibermapei desde el 7 de marzo de 2005 hasta el 24 de enero de 2013, fecha en que fue despedido por causas objetivas.



A efectos de este recurso resulta especialmente relevante dejar constancia de que, además de la remuneración fija, cada mes de marzo venía percibiendo un "bonus objetivos" correspondiente al año anterior. Así, cobró 3.216,12 € correspondientes a 2010 y 5.278,75 € por el ejercicio de 2011. Respecto del bonus de 2012 consta que no se abonó cuantía alguna "debido a las pérdidas de la empresa en el ejercicio 2012" (HP Primero).

Con motivo del despido la empresa puso a disposición del trabajador la indemnización de 26.791,45 € (158,37 días x 169,17 €) correspondientes a los 7 años y 11 meses de antigüedad en la empresa y retribución percibida (5.075,02 € mensuales). También puso a su disposición la cantidad correspondiente a la falta de preaviso.

## 2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Frente al despido en cuestión, el Sr. Romulo interpuso demanda, que dio lugar a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Valencia, fechada el 8 de octubre de 2013, desestimatoria de la pretensión de que se declarase la improcedencia de aquél.

La resolución de instancia desestima la demanda presentada contra las mercantiles Ibermapei y Mapei, declarando procedente el despido objetivo de referencia y extinguido el contrato de trabajo con esa fecha, sin derecho a mayor indemnización que la ya percibida.

B) Disconforme con esa resolución, el trabajador formaliza recurso de suplicación que da lugar a la STSJ Comunidad Valenciana 1168/2014, de 13 mayo, ahora recurrida. Esta resolución desestima dos de los tres motivos del recurso:

Descarta que haya grupo de empresas con relevancia laboral entre Mapei e Ibermapei, de modo que solo cabe entender como verdadero empresario a la mercantil Ibermapei, filial española de la empresa multinacional.

Rechaza la infracción del artículo 52.c) sobre causa del despido económico pues "existen datos suficientes para valorar la existencia de problemas" de suficiente entidad para justificarlo.

Sin embargo, sí estima la Sala de segundo grado el motivo (primero) de recurso referido al deficiente cálculo de la indemnización entregada, lo que aboca a la improcedencia del despido. Su razonamiento puede resumirse así:

El devengo del bonus era anual y la empresa cada mes de marzo abonaba el bonus correspondiente al año anterior, por lo que estimaba devengado tal bonus a 31 de diciembre de cada anualidad.

Habiéndose cobrado en el año 2012 el bonus de 5.278,75 €, éste formaba parte del salario de dicha anualidad.

El bonus de 2011, pagado en 2012, debe computarse en el salario anual, a efectos del despido efectuado el 24 de enero de 2013.

Tal omisión no puede considerarse como error excusable.

"Es más que razonable que en los supuestos de despido producidos al año siguiente, el salario regulador del despido quede integrado por la parte fija que se perciba en ese año y los incentivos correspondientes al año anterior -cualquiera que sea el momento en que fueron conocidos por la actora (sic) - pues los correspondientes al año del despido todavía no se han devengado y, por tanto, no se conocen".

En apoyo de su posición, invoca la STS 26 enero 2006 (rec. 3813/2004).

## 3. Recurso de casación interpuesto y actuaciones concordantes.

A) Disconforme con el cambio que la calificación del despido experimenta como consecuencia del recurso de suplicación, la empresa condenada (Ibermapei S.A.), previa su preparación, formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina con fecha 1 de agosto de 2014.

En él se plantea una única cuestión: determinar si el salario variable del año 2011 (percibido en 2012) debía haberse tomado en cuenta para el despido y si, aun siendo afirmativa la respuesta, cabe aplicar la doctrina del error excusable. En sus propias palabras, discute solo "la fijación del salario regulador de la indemnización reconocida en los procedimientos de despidos, ya fueran objetivos o improcedentes".

B) Con fecha 23 de julio de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de impugnación presentado por el Abogado del Sr. Romulo. Considera que no concurre la contradicción legalmente exigida porque la STS referencial versa sobre detención de salarios de tramitación.

Respecto del tema de fondo invoca el criterio de la STS 25 septiembre 2008 (rec. 4387/2008), de donde deriva que cuando se produce el despido (enero de 2013) no se había perfeccionado el bonus del año 2012, que se abonaba en marzo de 2013, debiendo tenerse en cuenta el propio del año 2011 (abonado en el 2012).





C) Con fecha 17 de septiembre de 2015 el Ministerio Fiscal emite el preceptivo Informe a que alude el art. 226.3 LRJS, considerando que existe contradicción entre las sentencias opuestas, que la sentencia recurrida se aparta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que el recurso debe prosperar. Considera que "teniendo en cuenta la complejidad en la determinación de si debía incluirse o no este concepto salarial al haber existido pérdidas en el año 2012 y que el cómputo total de inclusión de aquel en la cuantía total no era de excesiva cuantía, se considera que el error debe considerarse excusable".

#### **4. Alcance de la controversia en su fase actual.**

Para una mejor tutela judicial de las partes litigantes y explicación de nuestra resolución interesa recalcar lo siguiente:

No está en discusión si hay grupo laboral o pluralidad de empresas responsables, a lo que se ha dado respuesta negativa en suplicación, sin que haya reacción procesal frente a ello.

Queda fuera del debate la concurrencia de la causa del despido objetivo, apreciada tanto en instancia cuanto en suplicación, sin que se haya cuestionado ante esta Sala.

Tampoco se cuestiona la suficiencia de la carta de despido o la simultaneidad de la puesta a disposición del importe indemnizatorio o la entrega de una copia de aquélla a la representación legal de los trabajadores.

Lo único que debemos examinar, por tanto, es si la indemnización calculada por la empresa es correcta, si no lo es pero resulta excusable su error, o si estamos ante una compensación económica del cese que se ha calculado de modo deficiente y con error inexcusable.

Recordemos que, como se ha visto, el Juzgado de lo Social declaró procedente el despido "sin derecho a mayor indemnización que la ya percibida", por considerar que el bonus litigioso queda al margen de su correcto cálculo. Por el contrario, la STSJ de suplicación concluye que "no puede considerarse discutible ni dudoso el cómputo" por lo que lo incluye en el cálculo al tiempo que califica el despido como improcedente.

#### **SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.**

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha sido cuestionada por el escrito de impugnación. Así pues, debe examinarse de inmediato antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

Si siempre ha de prestarse detenida atención al examen de su concurrencia, cuando (como en el presente caso) se identifica como referencial una sentencia dictada por la Sala Cuarta todavía ha de reforzarse ese cuidado pues lo más probable (y lógico) es que si se estima concurrente la contradicción haya de casarse la sentencia recurrida.

#### **1.Exigencia legal y jurisprudencial.**

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).

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, 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).

#### **2.La sentencia referencial.**



A efectos de contraste se ha seleccionado la STS 28 febrero 2006 (rec. 121/2005 ). En ella se estudia si procede flexibilizar la norma que establece que, para interrumpir el devengo de los salarios de tramitación, debe consignarse la indemnización correspondiente al despido improcedente.

La actora percibía una retribución variable en concepto de bonus anual "por la consecución de objetivos". En la nómina de marzo de 2002, percibió en concepto de retribución variable 6.930.62 € por el ejercicio de 2001. Mediante carta de 10-12-2003, la empresa comunica a la trabajadora la extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario, poniendo a su disposición la indemnización legal por despido improcedente, en la que no incluyó la parte variable de la retribución.

Esta sentencia señala que la duda sobre la procedencia del cómputo del bonus en la indemnización básica de despido no radica en la procedencia o causa del mismo, sino en el cómputo del bonus de un año anterior, que es en realidad el del ejercicio cerrado anteúltimo y que para el caso de existir error, este sería desde luego excusable.

Reiterando jurisprudencia anterior, entiende que ha de considerarse error excusable esta conducta, en la medida en que lo que debía computarse era el variable abonado en el año anterior, que correspondía en realidad al del anteúltimo ejercicio. Lo cual pone de manifiesto que existía una duda sobre el cómputo del bonus en la indemnización básica por despido que hacía el error excusable. Error que, por lo demás, ha de valorarse conforme a los datos existentes en cada caso concreto.

### **3.Consideraciones del Tribunal.**

A) Sobre la naturaleza del bonus.- Pese a lo insinuado por el escrito de impugnación, en la sentencia recurrida en modo alguno se cuestiona o se resuelve el debate sobre la naturaleza salarial del "bonus por objetivos". Lo único dirimido es si el incentivo pagado en marzo de 2012 (correspondiente al ejercicio de 2011) debe formar parte del salario que ha de servir de parámetro para el cálculo de la indemnización por despido acaecido en 2013.

B) El objeto debatido.- Pese a lo expuesto en el escrito de impugnación, tampoco el núcleo de la decisión de la sentencia de contraste pivota sobre la interrupción o no del devengo de los salarios de tramitación, consecuencia legal de una consignación insuficiente, con arreglo a la versión legal del art. 56.2 ET de aplicación en aquel caso. El debate gira sobre la corrección de la indemnización puesta a disposición del trabajador de lo que depende la interrupción de los citados salarios, al no computar la empresa el bonus pagado en el año 2002 y correspondiente al ejercicio 2001, pese a producirse el despido a finales del año 2003.

C) La diversidad de normas.- Admitiendo, como abiertamente la sentencia referencial destaca, la dificultad jurídica que suele concurrir con el sistema de retribución variable, teniendo en cuenta el período de vencimiento de este concepto retributivo y la diversidad de regulaciones del mismo, en el recurso que ahora nos ocupa, nada de ello se debate, quedando ceñido el tema de la contradicción a la calificación de un error en el cálculo de la indemnización.

Resulta irrelevante que en un caso sea para calificar el despido como improcedente y en otro para que opere la interrupción en el devengo de los salarios de tramitación. En numerosas ocasiones, a las que luego se aludirá, hemos admitido el contraste entre sentencias de despido objetivo y de despido disciplinario cuando se trata de determinar si el deficiente cálculo de la indemnización está realizado con equivocación excusable o no, al margen de las diversas consecuencias que ello comporta (despido nulo o improcedente, según la legislación coetánea; salarios de tramitación detenidos o no, al amparo de la regulación coetánea).

D) Contradicción.- En ambos casos se trata de bonus por objetivos (no de beneficios), y en los dos supuestos se decide si procede computar para el cálculo de la pertinente indemnización por despido el satisfecho en el año anterior al despido o el correspondiente al ejercicio cerrado anteúltimo, llegando las respectivas Salas a soluciones divergentes.

Por ello, como entiende el Informe del Ministerio Fiscal, entre ambas sentencias existe la contradicción requerida por el artículo 219 de la LRSS, pues si bien la referencial analiza el carácter interruptivo del devengo de salarios de tramitación cuando la consignación de la indemnización es insuficiente, examina como núcleo contradictorio la procedencia del cómputo del bonus en la indemnización básica de despido respecto del bonus de un año anterior, que es el punto controvertido en la sentencia recurrida.

### **TERCERO.- 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 26.3 del Estatuto de los Trabajadores , que debiera entenderse en el mismo sentido en que lo hace la STS 28 febrero 2006 (rec. 3540/2006 ).



### 1. Las normas aplicables.

El artículo 26.3 ET viene prescribiendo que *Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa* .

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 ), 25 mayo 2015 (rec. 1936/2014 ), 22 julio 2015 (rec. 2393/2014 ) o 23 julio 2015 (rec. 2219/2014 ), las sentencias dictadas por la Sala reconociendo el carácter excusable del error son las siguientes:

STS de 24 abril 2000 (rec. 308/1999 ), 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 diciembre 2005 (rec. 239/2005 ), 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 enero 2006 (rec. 3813/2004 ), 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 febrero 2006 (rec. 3850/2004 ), 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 febrero 2006 (rec. 121/2005 ), 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 noviembre 2006 (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 junio 2007 (rec. 1008/2006 ), entendió que era error excusable el depositar 54,45 euros menos, dada su escasa cuantía.

STS de 19 octubre 2007 (rec. 4128/2006 ), 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 mayo 2008 (rec. 523/2007 ), 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 diciembre 2009 (rec. 957/2009 ), 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 diciembre 2011 (rec. 1882/2011 ), 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 noviembre 2012 (rec. 4355/2011 ) 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 noviembre 2011 (rec. 4348/2011 ), calificó de excusable el error, dada la escasa diferencia de la cuantía en términos absolutos, en total 102'91 euros.

STS 11 diciembre 2012 (rec. 3538/2011 ), 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 junio 2013 (rec. 1302/2012 ), 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 marzo 2013 (rec. 2002/2011 ), 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 noviembre 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 febrero 2015 (rec. 3056/2013 ), 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.

SSTS de 22 julio 2015 (rec. 2393/2014 y 23 julio 2015 rec. 2219/2014 ): es excusable tomar la errónea antigüedad que aparece en nómina (nunca cuestionada) si ha mediado cesión a través de ETT y ulterior contratación directa, con tres subrogaciones empresariales.

Por otro lado, en diversas ocasiones hemos relacionado también los supuestos en que la Sala ha considerado el error como inexcusable:

STS 4 octubre 2006 (rec. 2858/2005 ), 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 octubre 2006 (rec. 2858/2005 ), 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 octubre 2007 (rec. 3794/2006 ), 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 noviembre 2007 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 septiembre 2010 (rec. 3199/2009 ) 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 abril 2011 (rec. 3726/2010 ), 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 mayo 2011 (rec. 3526/2010 ) 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 diciembre 2011 (rec. 1334/2011 ), 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 junio 2012 (rec. 2931/2013 ), 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 (rec. 1136/2013 ), 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 6 junio 2014 (rec. 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.

#### **CUARTO.- Resolución del recurso.**

Conviene recordar que no está en cuestión la solución al interrogante de fondo: la remuneración variable forma parte del salario que ha de tomarse en consideración a efectos del cálculo de la indemnización por despido.

##### **1. El presupuesto salarial.**

Como acaba de indicarse, la resolución del recurso se aborda sobre la incontrovertible naturaleza salarial de la retribución variable en función de objetivos, al margen de su denominación y presupuestos. Ese carácter es asumido por nuestra doctrina al abordar múltiples cuestiones sobre el particular; por ejemplo:

La retribución variable por objetivos se devenga por alcanzar colectivamente un objetivo global, de modo que todos los trabajadores computados para calcular la consecución del objetivo, con independencia del tiempo de trabajo realizado efectivamente, tienen derecho a percibirlo íntegramente ( STS 6 noviembre 2012, rec. 3940/2011 ).

Si se acuerda un complemento salarial por objetivos, pero su concreción final queda a la exclusiva voluntad del empresario y, además, el acuerdo que lo estableció está ambiguamente redactado hasta el punto no es posible determinar las condiciones para su devengo, la empresa debe abonar el complemento en todo caso ( STS 9 julio 2013, rec. 1219/2012 ).

Procede el abono de los objetivos establecidos exclusivamente en función de los cumplimentados, con independencia del sistema general de incentivos de la empresa ( STS 23 noviembre 2006 (rec. 2519/2005 ).

Aunque el pago de los incentivos se haya fraccionado de mutuo acuerdo, la exigencia de que el trabajador permanezca en la empresa al final de cada ejercicio no opera cuando el cese se debió a despido improcedente ( STS 15 febrero 2006, rec. 4568/2004 ).

La prima pactada en contrato que se extingue anticipadamente debe abonarse en proporción al tiempo efectivamente trabajado, una vez cumplido el objetivo comprometido ( STS 9 diciembre 2010, rec. 600/2010 ).

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

##### **2. La imposibilidad de confirmar en sus términos la sentencia de instancia.**

A) En el Fundamento Segundo ha quedado expuesto nuestro criterio favorable a la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas. Eso ha permitido, tras sustanciar el trámite de inadmisión previsto en el artículo 225.3 LRJS , que el recurso acceda a la fase de deliberación y dictar sentencia.

Pues bien: el recurso de casación formalizado por la empresa abandona la cuestión que aparece resuelta de modo diverso por las sentencias contrastadas (si estamos ante error excusable) y arrastra su razonamiento hacia el tema capital (si el bonus por objetivos satisfecho en 2012 ha de computarse para calcular la indemnización por despido en enero de 2013).



B) Elementales exigencias derivadas del principio dispositivo y, sobre todo, de la preceptiva tutela judicial a la contraparte impiden que entremos a examinar ahora si el referido incentivo salarial ha de contabilizarse o no. Nuestro examen se ciñe, por tanto, al carácter padecido por el error empresarial de no contabilizarlo.

Nótese que tanto la sentencia recurrida cuanto la de contraste abocan al cómputo del bonus litigioso. La recurrida considera que entra en las operaciones matemáticas y que lo contrario constituye una equivocación sin posible excusa. La referencial entiende que, dada la complejidad para el cálculo y para saber si computa o no, su exclusión constituye un error (ergo procede tenerlo en cuenta) pero de carácter excusable.

C) La doctrina que se nos propone como correcta (sentencia contradictoria) reseña la dificultad que suele ocurrir en el caso del bonus, teniendo en cuenta el periodo de vencimiento de este concepto retributivo y la diversidad de regulaciones del mismo, que empieza en la propia causa de atribución (o bien los beneficios de la empresa, o los objetivos de rendimiento del trabajador). Añade que la duda sobre la procedencia del cómputo del bonus en la indemnización básica del despido no radica en la procedencia o causa del mismo, sino en el cómputo del bonus de un año anterior.

### 3. Examen de las circunstancias relevantes.

A) Ateniéndonos, como es obligado, a los hechos probados sobre los que se pronuncia la recurrida sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana (ante el que no se cuestionaron), interesa recordar:

La empresa en el mes de marzo de cada año abonaba un "bonus objetivos" correspondiente al año anterior.

En el año 2011, y correspondiente al año anterior, abonó 3.216,12 €.

En el mes de marzo de 2012 la empresa satisfizo en concepto de "bonus objetivos" el importe 5.278,75 €, correspondiente a 2011.

Debido a las pérdidas de la empresa en el ejercicio 2012, en marzo de 2013, no se abonó el bonus correspondiente a dicha anualidad.

B) Resulta así que el incentivo salarial se devenga por años vencidos; que el 24 de enero de 2013 (fecha del despido) ya está vencido el año 2012, siendo probable que se conozca si se ha generado o no el bonus en cuestión.

Sabemos también que el bonus de 2012 no se llegó a generar "debido a las pérdidas de la empresa".

C) A la vista de cuanto antecede no parece (desde luego, en modo alguno se ha demostrado) que la empleadora haya querido ignorar derechos económicos del Sr. Romulo sino calcular la indemnización con arreglo a los datos reales del momento en que despide.

El ejercicio de 2012 fue negativo para Ibermapei; recordemos que la sentencia recurrida, al igual que la del Juzgado de lo Social, considera existente la causa económica del cese. En enero de 2013, por tanto, la empresa ya puede haber realizado una estimación seria sobre su escenario financiero, incluyendo la ausencia del presupuesto para abonar el bonus anual.

Que exista relativa distancia entre el periodo de devengo (de enero a diciembre) y el momento de abono (marzo del año siguiente) comporta cierta complejidad a la hora de determinar qué retribución variable es la que ha de tomarse en cuenta: la devengada el año antepenúltimo (2011) y que se abonó en el anterior (2012) o la del ejercicio previo (2012), que no llegó a nacer.

D) Es comprensible la posición empresarial de no integrar en el salario/día a efectos de indemnización lo abonado como bonus en 2012 y que se había devengado durante 2011. Cuando comunica el despido ya han transcurrido 24 días del año 2013, evalúa la situación económica del ejercicio anterior y prevé que durante el mismo no habrá abono de incentivos. En suma: no está excluyendo el bonus del cálculo de la indemnización sino aplicando el "importe cero" que atribuye al mismo.

### 3. Concordancia con nuestra doctrina.

A) La conclusión a la que vamos apuntando, que la sentencia recurrida ha errado en su razonamiento, es también la que concuerda no solo con las directrices de las muy numerosas resoluciones antes reseñadas sino también, muy en particular, con las que han sido invocadas a lo largo de este procedimiento.

B) La STS 26 enero 2006 (rec. 3813/2004 ) aparece invocada por la ahora recurrida para justificar su pronunciamiento.

Allí se examina, entre otros problemas, el referido "al cómputo en la indemnización básica de despido del bonus, entendido como retribución anual variable en función de los resultados de la empresa y/o del



cumplimiento de los objetivos fijados al trabajador o al grupo de trabajadores". Y se descarta la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas:

*La diferencia es relevante a efectos del salario a considerar para el cálculo de la indemnización de despido, que ha de ser, según nuestra jurisprudencia, el salario «último» o actual en el momento de la extinción del contrato de trabajo, salvo circunstancias especiales que cabe apreciar en la sentencia recurrida, donde la referencia genérica al mérito designa una trayectoria profesional que no consta interrumpida en el momento del cese declarado improcedente, y no en la sentencia de contraste, donde los objetivos y resultados para el cálculo del bonus son propios y específicos de cada ejercicio, no habiéndose cumplido en el caso en el año de referencia.*

Por otro lado, también se examina si los salarios de tramitación fueron detenidos por la consignación efectuada por la empresa, concluyéndose del siguiente modo:

*El estudio individualizado del carácter salarial o no de las opciones de compra de acción suscritas no es sencillo; y la complejidad del mismo aumenta con los problemas de conflicto de Leyes planteados por los acuerdos de suscripción.*

De este modo, la invocación de la doctrina sentada en este precedente solo podría servir para avalar la misma solución que ahora acogeremos: dado lo vidrioso de la regulación y lo discutible de que proceda integrar el importe del bonus en el salario indemnizatorio, debe considerarse que estamos ante un error justificable. La STS en cuestión acaba estimando el recurso de la empresa pues "procede en el caso la interrupción del devengo de los salarios de tramitación del demandante como consecuencia de la consignación empresarial de la indemnización básica de despido".

C) La STS 28 febrero 2006 (rec. 121/2005 ) es la utilizada para el contraste por el recurso y ya ha sido objeto de análisis. Recordemos la similitud del problema abordado con el actual:

*En el presente supuesto, la duda sobre la procedencia del cómputo del bonus en la indemnización básica de despido no radica en la procedencia o causa del mismo, que la propia sentencia recurrida estima inexistente, sino en el cómputo del bonus de un año anterior, que es en realidad el del ejercicio cerrado anteúltimo.*

La solución que se acoge es la misma que la apropiada para el presente caso: " supuesto que se haya producido error, lo que no es objeto de consideración en este proceso de unificación de doctrina, el error sería desde luego excusable ".

C) La STSJ Comunidad Valenciana impugnada también afirma apoyarse en la STS 25 septiembre 2008 (rec. 4387/2007 ). Se debate en ella cómo ha de computarse el incentivo anual de ventas de la empleada despedida en septiembre de 2006, cuando el incentivo anual se devenga de enero a diciembre y se abona en febrero del año posterior.

El supuesto es bien diverso al debatido en nuestro caso, pues aquí el despido se produce cuando ha finalizado el periodo de devengo y en la STS de 2008 cuando aún quedan varios meses para que ello suceda. Nuevamente hay que decir que la sentencia desemboca en un fallo contrario a los intereses de la trabajadora, esta vez por falta de contradicción.

Con todo, para fundamentar su decisión, la STS reseñada realiza el siguiente razonamiento:

*En lo que concierne al bonus, o retribución anual variable en función de los resultados de la empresa y/o del cumplimiento de los objetivos fijados al trabajador o al grupo de trabajadores ( STS 26-1-2006 , citada), es requisito para su consideración el que se haya devengado, es decir, que haya surgido ya como obligación líquida en el momento del despido, momento a partir del cual, aunque no se trate de obligación vencida, puede hablarse del mismo como un "salario" o "complemento salarial" propiamente dicho. **Es lógico en estos casos de bonus de devengo anual pendientes de perfeccionamiento utilizar para el cálculo del salario regulador de la indemnización de despido el incentivo anual por ventas devengado el año anterior ; así lo ha hecho en el presente litigio la sentencia recurrida.***

En enero de 2013 la situación es bien diversa a la existente en septiembre de 2012; en el segundo caso ha transcurrido todo el periodo de devengo y en el primero queda un trimestre entero. Adicionalmente, en nuestro caso ha existido una situación económica desfavorable durante el ejercicio inmediatamente anterior (2012). Nada de ello aparece en el otro supuesto.

## **QUINTO.- Resolución del recurso.**

### **1.Carácter subsanable del error.**





Dados los términos en que se ha formalizado el presente recurso de casación unificadora, lo que habíamos de resolver era exclusivamente si existía un error de cálculo que pueda considerarse excusable. La respuesta, por todo lo razonado, es afirmativa.

La sentencia de suplicación acoge una doctrina errónea, opuesta a la que esta Sala Cuarta viene manteniendo en orden a la determinación de si la equivocación patronal al calcular la indemnización por despido puede justificarse.

En el presente caso, en suma, nos encontramos ante un 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 jurídica derivada del modo en que se devenga y abona el incentivo; en especial, por el momento en que se lleva a cabo el despido: ya vencida holgadamente la anualidad de devengo, pero sin que llegue todavía el momento del pago; también, por la diferente marcha económica de la empresa durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores al despido (los de 2011 y 2012).

## 2. Alcance de nuestro fallo.

A) De conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, entendemos que la sentencia recurrida ha quebrantado la unidad de doctrina. Conforme establece la sentencia de contraste, la duda sobre la procedencia del cómputo del bonus en la indemnización de despido (sobre si ha de atenderse al de un año anterior, que es en realidad el del ejercicio cerrado anteúltimo), "supuesto que se haya producido error, lo que no es objeto de consideración en este proceso de unificación de doctrina, el error sería desde luego excusable".

El artículo 228.2 LRJS dispone que si la sentencia del Tribunal Supremo declara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada.

B) En consecuencia, resolviendo el debate suscitado en suplicación, hemos de estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. Romulo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Valencia, de 8 de octubre de 2013, en sus autos 209/2013, seguidos a instancia del trabajador frente a Ibermapei y Mapei. Su despido debe declararse procedente, pero con derecho al cobro de la diferencia indemnizatoria derivada de incluir en el montante de la indemnización el bonus abonado al interesado en marzo de 2012.

C) La determinación de un importe indemnizatorio diverso del interesado por el recurrente no debe generar dudas.

Primero porque la solicitud contenida en el recurso de casación se satisface en parte, lo que conjura cualquier riesgo de incongruencia extra petita.

Segundo, porque en el recurso de suplicación, que estamos ahora resolviendo, el trabajador solicita que se considere improcedente el despido, con el consiguiente aumento indemnizatorio, y ahora estamos rechazando su recurso en cuanto a la calificación del despido, pero declarando su derecho a una mayor indemnización.

Tercero, porque no estamos sujetos a un rígido sistema de alternativas en la identificación de cuál sea la solución legalmente aplicable.

Cuarto, porque la cuantía en cuestión, al cabo, no deja de ser el resultado matemático de interpretar las normas y de aplicar los parámetros legales para el cálculo de la indemnización por despido.

Quinto, porque el error excusable no deja sin efecto la obligación empresarial de pagar la indemnización en cuantía correcta. De ahí que el art. 123.1 LRJS disponga que "Si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, *condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso*, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido".

D) La determinación del importe indemnizatorio ha de sujetarse a los términos en que viene dado el litigio: ha sido pacífico que se realice tomando como módulo de prestación de servicios siete años y once meses de antigüedad, 158,37 días indemnizatorios.

La discusión se ha centrado en el monto de la retribución diaria; la empresa ha aplicado el de 169,17 €, que no ha sido cuestionado salvo en el tema del bonus. La indemnización puesta a disposición del trabajador ascendía, por tanto, a 26.791,45 €, como consta en el hecho probado segundo de la sentencia del Juzgado de lo Social.



Al repercutir el importe del bonus de 2012 (5,278,75 €) en el importe del salario/día a efectos indemnizatorios ( $5.278,75 : 365 = 14,46$  €), el mismo se eleva a 183,63 € ( $169,17$  € + 14,46 €).

A su vez, la indemnización que debía haber percibido, calculada con los reiterados condicionantes de este recurso, asciende a ( $183,63$  € x 158,37 días =) un total de 29.081,48 €.

Eso arroja un diferencial ( $29.081,48 - 26,791,45$  € =) de 2,290 € y tres céntimos, a favor del trabajador.

E) Respecto del periodo de preaviso, cumpliendo con el mandato del citado artículo 123.1 LRJS, hemos de advertir que también se ha producido un abono inferior al que, dados los términos en que se ha desenvuelto este recurso, procede.

La empresa puso a disposición del trabajador el resultante de quince días del salario ( $15 \times 169,17$  =), es decir, 2537,55 €.

Puesto que el módulo diario se ha elevado a 183,63 €, el importe correspondiente es el de ( $15 \times 183,63$  € =) 2.754,45 €.

Eso comporta la obligación de abonar una diferencia de ( $2754,45 - 2537,55$  =) 216 euros y noventa céntimos.

F) En consecuencia, procede casar y anular en parte la sentencia recurrida en el sentido de revocar también en parte la sentencia de instancia y, manteniendo su declaración de procedencia del despido, condenar a la empresa al pago de la suma de 2,290,03 € en concepto de diferencias en la indemnización y 216,90 € en concepto de diferencia en la compensación económica del preaviso.

G) Los términos en que está redactado el artículo 235 LRJS (" *La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social* ") comportan que no proceda la imposición de costas respecto de la casación unificadora, pero tampoco de la suplicación.

## FALLO

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

1º) Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa IBERMAPEI, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Yvars Rodríguez, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 13 de mayo de 2014, en el recurso de suplicación nº 659/2014. 2º) Casar y anular la citada sentencia 659/2014, de 13 de mayo, dictada resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador D. Romulo. 3º) Resolver el debate suscitado por el recurso de suplicación presentado por D. Romulo frente a la sentencia dictada el 13 de mayo de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 11 de Valencia, en los autos nº 209/2013, seguidos a instancia del mismo contra dicha recurrente y Ibermapei SA, Mapei SA y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido. 4º) Revocar en parte la citada sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Valencia 32 de Madrid, autos núm. 209/2013, en el sentido de incluir la condena a Ibermapei al abono de 2,290,03 € en concepto de diferencias en la indemnización y 216,90 € en concepto de diferencia en la compensación económica del preaviso, quedando inalterada en el resto de pronunciamientos. De este modo, la compensación total por el preaviso no disfrutado asciende a 2.754,45 € y la indemnización por el despido objetivo a 29.081,48 €. 5º) No realizar imposición de costas por ninguno de los recursos interpuestos a lo largo del presente procedimiento.

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

Así se acuerda y firma.

**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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.