



Roj: **STS 1709/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1709**

Id Cendoj: **28079140012018100399**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2018**

Nº de Recurso: **1309/2016**

Nº de Resolución: **394/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2322/2015,**  
**STS 1709/2018**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1309/2016

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 394/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D.<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 12 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Pablo representado y asistido por el letrado D. Antonio Sarasua Serrano contra la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en recurso de suplicación nº 1956/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón, en autos nº 384/2013, seguidos a instancias de D. Pablo contra Televisión del Principado de Asturias, Telefónica Servicios Audiovisuales SAU, Tres Sistemas de Comunicación S.L., Unique Interim Empresa de Trabajo Temporal, Gestiona Servicios Audiovisuales S.L., UTE constituida por TV Siete Productora de Vídeo, S.L., Vitel S.A., Videoimagen TV Asturias S.L., B&S Broadcast Corporation S.L., y contra el Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

Han comparecido en concepto de recurridos:

UTE constituida por TV Siete Productora de Vídeo, S.L., Vitel S.A., Videoimagen TV Asturias S.L., B&S Broadcast Corporation S.L., representadas y asistidas por el letrado D. Juan Carlos Carril Rodríguez.

Radiotelevisión del Principado de Asturias, S.A.U. representada y asistida por la letrada D.<sup>a</sup>. María Cueto Álvarez.

Unique Interim ETT S.A.U. representada y asistida por el letrado D. Ruben Rivero Cano.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de enero de 2015, el Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Que DESESTIMO la demanda presentada por D. Pablo , representado por el Letrado D. Antonio Sarasua Serrano frente a UTE constituida por TV SIETE PRODUCTORIA DE VIDEO S.L., VITEL S.L.A, VIDEOIMAGEN TV ASTURIAS S.L., B&S BROADCAST CORPORATTION S.L., asistida del Letrado D. Juan Carlos Carril Rodríguez, Televisión del Principado de Asturias asistida de la letrada Dña. Eugenia Menéndez Blanco y Telefónica Servicios Audiovisuales SAU asistido del Letrado D. Alejandro Martín Crespo, Tres Sistemas de Comunicación S.L., Unique interim Empresa de Trabajo Temporal, representado por el letrado D. Rubén Rivero Cano, Gestiona Servicios Audiovisuales S.L y FOGASA. Absolviéndoles de todas las peticiones efectuadas en su contra.»

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«PRIMERO.- El demandante ha prestado servicios para la empresa codemandada TELEFONICA SERVICIOS AUDIOVISUALES S.A., desde el 1 de junio de 2009, con categoría profesional de OPERADOR NIVEL II. Percibía un salario mensual de 1856,65 euros/mes, con inclusión de prorrata de pagas, y por ello de 61,88 euros/días. Prestaba servicios a virtud de un contrato de trabajo temporal, por obro o servicio, para la realización del servicio de mantenimiento del ENTE PUBLICO DE COMUNICACIÓN DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS - TPA-. Realizaba por ello las labores de mantenimiento de los sistemas y de soporte al resto de los usuarios o trabajadores de dicho Organismo. Prestaba servicios a jornada completa, y percibía su salario de forma mensual y por transferencia bancaria.

SEGUNDO.- Con anterioridad a dicha prestación laboral, pero realizando la misma labor y para el mismo organismo, prestó servicios para las siguientes empresas:

UNIQUE INTERIM ETT del 7 de febrero de 2006 al 19 de mayo de 2006.

GESTIONA SERVICIOS AUDIOVISUALES del 22 de mayo de 2006 al 31 de diciembre de 2008.

TRES SISTEMAS DE COMUNICACIÓN S.L. del 1 de enero de 2009 a 31 de mayo de 2009.

El actor viene prestando servicios para la empresa UTE constituida por TV SIETE PRODUCTORIA DE VIDEO S.L., VITEL S.L.A, VIDEOIMAGEN TV ASTURIAS S.L., B&S BROADCAST CORPORATTION S.L., incluida en el sector audiovisual, desde el 1 DE ABRIL DE 2013, mediante contrato indefinido, a jornada completa, tras sucesión empresarial. El Convenio Colectivo aplicable es el de Industrias de la Producción Audiovisual.

TERCERO.- Durante la vigencia de la contrata con TSA se produjo un acuerdo para la modificación del objeto de la misma, de fecha 9 de febrero de 2012, con reducción del objeto del servicio, a consecuencia de las restricciones presupuestarias que la TPA sufría. A consecuencia del mismo se produjo un ERE de reducción temporal de contratos de 19 trabajadores, resultando finalmente una reducción durante 12 meses consecutivos, hasta la finalización el 31 de marzo de 2013 de la contrata de TSA. En la adjudicación a la última de las contratistas, la UTE, se mantiene la reducción del servicio anteriormente pactada, siendo el número de personas a prestarlo el de 5 operadores (en lugar de las 7 anteriores)

CUARTO.- Con fecha 17 de abril del año 2013 se le entregó carta de despido con el siguiente contenido:

*" Muy Sr. Nuestro: La Dirección de esta Empresa, en uso de las facultades que le reconocen los artículos 51.1 y 52 c) del estatuto de los Trabajadores , ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo fundada en causas organizativas y productivas, como consecuencia de las cuales, la Empresa se ve obligada a proceder a la amortización de su puesto de trabajo. A continuación y par dar cumplimiento a lo preceptuado por los artículos 52 c) t 53.1.a del Estatuto de los Trabajadores , hemos de exponerle que la amortización de su puesto y la consiguiente extinción de la relación laboral que le vincula a Vd Con la empresa, tiene como fundamento, motivos organizativos y productivos originados por la adjudicación, por parte del Ente Público de Comunicación del Pdo. De Asturias, del contrato de Servicios de Operación y Mantenimiento de Equipamiento Técnico y soporte de Sistemas de TPA (Exp: 78/12 TPA), que ha llevado a esta UTE a subrogarse en todos los contratos de trabajo, conforme al Artículo 35 de II Convenio Colectivo Estatal de la Industria de la Producción Audiovisual , que la anterior adjudicataria del servicio mantenía con los trabajadores que realizaban trabajos para este servicio, produciéndose una situación de descompensación entre los servicios a producir, o carga de trabajo, y el número de personal asignado a estos.*

Así, las razones que particularmente motivan la extinción de su contrato de trabajo son las siguientes:



*Causas de naturaleza organizativa y productiva: Reestructuración del departamento de mantenimiento de sistemas. Descompensación del número de trabajadores necesarios para prestar el servicio con la carga de trabajo existente. Adecuación de los servicios a prestar con lo exigido en pliego de condiciones técnicas.*

*Como le consta, el pasado día 6 de marzo de los corrientes la UTE formada por las empresas TV SIETE PRODUCTORA DE VIDEO S.L., VITEL S.L.A, VIDEOIMAGEN TV ASTURIAS S.L., B&S BROADCAST CORPORATTION S.L., resultó adjudicataria de la licitación pública presentada por TPA para el Servicio de Operación y Mantenimiento del Equipamiento Técnico y Soporte de Sistemas de TPA. La fecha de comienzo de prestación del mencionado servicio fue el día 1 de abril de 2013, misma fecha en la que la UTE se subrogó de los Contratos de Trabajo de los 26 trabajadores que prestaban servicios en esta contrata con la anterior adjudicataria del servicio, TSA.*

*El número de trabajadores que se encontraban adscritos a este servicio excedía ya a todas luces la cantidad de personal necesario para poder dar cobertura al servicio, como bien se puede deducir del hecho de que TSA haya mantenido un Expediente de reducción Temporal desde el 1 de marzo de 2012 hasta 31 de marzo de 2013, fecha en la que finalizó en su prestación de servicios. Este ERTE afectó a los departamentos de Control central y Mantenimiento, reduciendo el mismo en un 40% la jornada de trabajo y afectando a un total de 19 trabajadores de los 26 que se encontraba adscritos a la contrata.*

*Las causas organizativas que justifican la reorganización del departamento de mantenimiento de sistemas se deben a que, como le hemos indicado, el personal que se encuentra en este Departamento es en número mayor del que se necesita para dar soporte al cliente. El número de Trabajadores que hay en la actualidad se corresponde con el necesario para realizar los trabajos exigidos con anterioridad a la fecha de 1 de marzo de 2012, tal y como se desprende de la propuesta de modificación del servicio mantenimiento técnico y de los servicios de operación de control central, continuidad y de enlaces móviles de fecha de 2 de febrero de 2012, que realizó TPA a la empresa TSA, en la cual se establecía una nueva cobertura del servicio a prestar para el servicio de mantenimiento técnico y de los servicios de operación de control central, continuidad y de enlaces móviles. Esta propuesta fue corroborada por ambas empresas mediante acuerdo de fecha de 9 de febrero de 2012.*

*Pasamos a detallarle las exigencias de servicio en su departamento que ha mantenido TPA para las diferentes situaciones:*

*Con anterioridad a 1 de marzo de 2012.*

*En el pliego de condiciones técnicas se pedía que el servicio de mantenimiento de sistemas estuviera cubierto las 24 horas durante los 365 días del año como mínimo por una personal. Además, de lunes a viernes, salvo festivos, debía contar con una persona de apoyo de 12:30 a 21:30. Por último, contaría también con un responsable del área de sistemas que estará presente de lunes a viernes, salvo festivos, en un horario orientativo de 9:00 18:00.*

*En la oferta de TSA se concretó que este servicio se prestaría con 7 técnicos en turnos rotatorios, mas un coordinador fuera de turno.*

*Extraído de la propuesta de modificación del servicio de mantenimiento técnico y de los servicios de operación de control central, continuidad y de enlaces móviles de fecha de 2-2- 2012.*

*Desde 1 de marzo de 2012 hasta 31 de marzo de 2013.*

*Se propone modificar el servicio para que se preste de lunes a viernes, salvo festivos, con un técnico las 24 horas del día los sábados y los días festivos, el servicio se prestará con un técnico de 8:00 a 24:00. Por último, los domingos el servicio se prestará con un turno de 12 h. entre las 10:00 y las 22:00.*

*La distribución de los horarios a cubrir podrá ser modificada debido a necesidades del servicio notificándolo con 15 días de antelación, siempre que dicha modificación no suponga un incremento en el personal necesario.*

*Se mantiene la figura de un coordinador de mantenimiento de sistemas, pero dicho coordinador no estará fuera de los turnos, sino que efectuará sus labores dentro de los turnos anteriormente descritos. El servicio se prestará con un total de 5 técnicos.*

*No se realiza ninguna modificación respecto a lo especificado en el pliego de condiciones técnicas en lo referente a los contratos de soporte firmados con los fabricantes de algunos de los equipos técnicos.*

*Extraído de la propuesta de modificación del servicio de mantenimiento técnico y de los servicios de operación de control central, continuidad y de enlaces móviles de fecha de 2-2- 2012. Lo recogido en el pliego de condiciones técnicas para la contratación del servicio.*

*Cobertura del servicio:*



*El servicio de mantenimiento de sistemas deberá estar cubierto presencialmente las 24 horas de lunes a domingo.*

*En el supuesto de que se origine un incremento en el volumen de trabajo (debido, por ejemplo, a una actualización de software o a la producción de algún programa de particular complejidad), la empresa adjudicataria tendrá obligación de reforzar el servicio siempre que RTPA lo solicite con un mínimo de 24 horas de antelación, de acuerdo con los precios detallados en la memoria presentada con su oferta. Lo estipulado en la oferta realizada por la UTE y por la que resulto adjudicataria.*

**2.4.2.3. Medios personales y técnicos adscritos al servicio.**

*El número de personas que realizarán este servicio sería de 5 operadores. Este servicio se puede incrementar según solicitud de la TPA bien con contratación puntual al coste descrito o bien con uso de la bolsa de 200 horas ofertadas por parte de la UTE como mejora en este pliego.*

*Para la realización del Servicio de Mantenimiento de Sistemas los turnos a realizar serían los siguientes:*

**Mantenimien- to Sistemas LUNES DE AMARTES DE AMIERCOLES DE AJUEVES DE AVIERNES DE ASABADO DE ADOMINGO DE APAX POR TURNO**

Op. Mantenimien- to de Sistemas

16:00 0:00 0:00 8:00 8:00 16:00

16:00 0:00 0:00 8:00 8:00 16:00

16:00 0:00 0:00 8:00 8:00 16:00

16:00 0:00 0:00 8:00 8:00 16:00

16:00 0:00 0:00 8:00 8:00 16:00

8:00 16:00 16:00 0:00 0:00 8:00

8:00 16:00 16:00 0:00 0:00 8:00

1 1 1 1 1

*Así esto, como bien se puede desprender de la información detallada referente a la organización del Departamento, tras las sucesivas exigencias del servicio, se hace, patente que en la actualidad este servicio se puede prestar con un total de 5 trabajadores, tal y como se indica en la propuesta técnica presentada por esta UTE. En la actualidad hay 8 trabajadores integrados en el departamento, por lo que la empresa se ve en la tesitura de tener que adecuar la carga de trabajo exigida con el número de trabajadores asignados a este servicio tiene cabida con la organización del trabajo y la producción anterior a la fecha de 1-3-2012.*

*Todo lo expuesto hasta ahora, enlaza con las causas productivas, dado que la UTE, recientemente constituida en exclusiva para este servicio, no posee más clientes a los que puedan prestar el mismo servicio del que realiza por medio de la licitación pública, prestando en la actualidad servicios en exclusiva para TPA, y sin que ahora mismo tenga demanda de servicio relacionado para el que ha sido adjudicatario.*

*La UTE tiene que prestar el servicio a TPA bajo las especificaciones que detalló en la propuesta técnica por la que resultó adjudicataria y en la que se planteaba la organización de trabajo en base a una demanda de servicio que ya venía dada en los pliegos de la licitación pública. Demanda que no se corresponde con el número de trabajadores precisos para cubrirla, si no que como le hemos recalado, este número es mayor al necesario. Hay que tener en cuenta que esta organización para cubrir la producción de los servicios a prestar ha sido plenamente validada y aceptada por el Ente Público en el momento que la propuesta presentada ha resultado adjudicataria de la licitación pública, por lo que se deduce que es idónea, adecuada y suficiente para la cobertura del servicio a prestar.*

*En tanto que la UTE actualmente no presta servicios para otros clientes y esta debe reestructurar los propios departamentos por medio de los cuales va a realizar la prestación de servicios a TPA, la misma se ve obligada a encarar la descompensación entre carga de trabajo y personal, por medio de las extinciones de contrato de los Trabajadores adscritos a este servicio, ya que también se encuentra privada de la posibilidad de poder adoptar medidas alternativas como podría ser la recolocación de estos en otras áreas o para otros clientes, o incluso la movilidad geográfica, de la que no puede hacer uso debido a que en la actualidad la UTE presta servicios en Asturias en exclusiva, siendo, como le hemos indicado, su único cliente TPA.*

*En efecto, según lo consignado en la propuesta técnica presentada la UTE presentaría el servicio con un total de 17 trabajadores más un coordinador. Como bien sabe, en estos procesos es habitual que se produzcan este tipo de situaciones, donde se acude a reestructuraciones de plantilla, para evitar la descompensación entre carga y*



*fuerza de trabajo, habiendo entendido la jurisprudencia dictada en la materia, que la amortización de un puesto de trabajo al amparo de cuanto antecede, atiende a una medida racional existiendo en consecuencia, una necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo.*

*Por último, le comunicamos que dicha extinción contractual surtirá efectos desde el día 17 de abril de 2013. Por esto mismo la empresa le abonará conforme al artículo 53.1 c del Estatuto de los Trabajadores, un importe equivalente a quince días de salario correspondientes al plazo de preaviso que se detalla en el citado artículo.*

*Asimismo, se le comunica que, y a tenor de lo establecido en el artículo 53.1 b del Estatuto de los Trabajadores, esta medida le dará derecho al percibo de una indemnización de 3.297,30 euros, equivalente a veinte días de salario por año de servicio con el límite de doce meses, que se ha procedido a transferir al número de cuenta donde usted percibe habitualmente su nómina.*

*Le rogamos que, en prueba de notificación., se sirva estampar su firma en el presente escrito documento y en las copias que lo acompañan."*

CUARTO.- El actor prestaba sus servicios en el mismo centro de trabajo que la entidad TPA, recibía incidencias vía telefónica o informática directamente de los usuarios de los equipos. Existía un mando intermedio o coordinador durante ambas contrataciones, la actual y la de Telefónica y empleado de cada una, que ejercía funciones propias de mando. Organizaban las contratistas su trabajo, con poder disciplinario. Todo ello sin perjuicio de la supervisión que la propia TPA efectuaba del servicio. Por prescripción del pliego de condiciones, los materiales de repuesto eran adquiridos directamente por la TPA.

QUINTO.- Presentó preceptiva papeleta de conciliación con fecha 16 de mayo de 2013, resultando esta sin avenencia.»

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación de D. Pablo formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia en fecha 13 de noviembre de 2015, en la que consta el siguiente fallo:

«Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Pablo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón, dictada en los autos seguidos a su instancia contra TELEVISION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS SA, UNIQUE INTERIM ETT, UTE VITEL SA, TV SIETE PRODUCTORAS DE VIDEO SLU, VIDEOIMAGEN TV ASTURIAS SL, B&S, TELEFONICA SERVICIOS AUDIOVISUALES SAU, TRES SISTEMAS DE COMUNICACION SL, GESTIONA SERVICIOS AUDIOVISUALES SL, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre Despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.»

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la representación letrada de D. Pablo interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 7 de mayo de 2010, rec. suplicación 775/2010 y con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 23 de julio de 2015, rcud. 2219/2014.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, presentando escritos de impugnación los letrados D. Juan Carlos Carril Rodríguez y D<sup>a</sup> María Cueto Álvarez en nombre de sus representados. Se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que se declare la procedencia del recurso y se case y anule la sentencia del TSJ del Principado de Asturias. Se señaló para la votación y fallo el día 12 de abril de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La cuestión litigiosa se centra en determinar si en el caso de despido objetivo, el pago de la diferencia indemnizatoria debe ser solicitada expresamente por el trabajador o si, por el contrario, su condena resulta automática cuando, solicitada la improcedencia de dicho acto extintivo, se declara su procedencia por considerar excusable el error cometido en el cálculo de la indemnización.

El trabajador fue despedido por causas objetivas el 17/04/2013, por la empresa para la que venía prestando servicios (TPA), con antigüedad reconocida de 01/06/2009, y con la categoría de operador, realizando labores de mantenimiento. Con anterioridad había realizado la misma labor para el mismo organismo, desde el 07/02/2006 contratado primero por una ETT hasta el 19/05/2006; desde el 22/05/2006 al 1/12/2008 contratado por Gestiona Servicios Audiovisuales, y desde el 01/01/2009 a 31/05/2009 contratado por Tres Sistemas de Comunicación SL.



2.- La sentencia de instancia declaró procedente el despido y no reconoció al actor la antigüedad solicitada desde el 01/06/2009, al no existir cesión ilegal y no deducirse de la mera prestación temporal de servicios para varias empresas que "la modalidad sucesivamente utilizada sea ilícita y sancionada con el cómputo de la mentada antigüedad".

3.- El trabajador recurrió en suplicación solicitando la improcedencia del despido por error inexcusable en el cálculo de la indemnización, al considerar que debió tenerse en cuenta la antigüedad reclamada.

La sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 13 de noviembre de 2015 (rec. 1956/2015), desestima el recurso del trabajador por considerar que no hubo error inexcusable en el cálculo de la indemnización porque fue debido a "fenómenos interempresariales anteriores" sin que por otra parte el actor realizara nunca reclamación alguna. Y a pesar de reconocer que "efectivamente la antigüedad es en realidad la que señala el recurrente" no le reconoce la diferencia indemnizatoria, derivada del cálculo de la indemnización incluyendo todo el periodo de prestación de servicios, por no haber sido solicitada expresamente.

El actor solicitó la subsanación de la sentencia alegando que la condena al abono de la diferencia en la indemnización es intrínseca a la apreciación de la existencia de error en el cálculo de la misma, aún siendo éste excusable, cuando se solicita la declaración de improcedencia del despido. Pero el auto de 09/02/2016 desestimó la solicitud señalando que, contrariamente a lo alegado por la parte recurrente, no había reconocido la antigüedad solicitada, sino que sólo analizaba la cuestión partiendo de esa hipótesis, y que era necesaria la petición expresa del pago de la cuantía indemnizatoria.

**SEGUNDO.-** Recurre ahora el trabajador en casación para la unificación de doctrina planteando dos puntos de contradicción, el primero referido a la antigüedad reclamada, aportando como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 7 de mayo de 2010 (R. 775/2010); y el segundo ordenado a defender que no es necesaria la petición expresa, con sentencia de contraste del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2015 (R. 2219/2014).

1.- En lo tocante al primer punto contradictorio, la referida sentencia de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 7 de mayo de 2010 (R. 775/2010), declara la improcedencia del despido impugnado por un trabajador, que había sido contratado el 10/05/2006 por una empresa subcontratista (Gestiona Servicios Audiovisuales SL) en la contrata de servicio de mantenimiento de la TPA concertada entre Telefónica Servicios Audiovisuales y la Consejería del Principado de Asturias. El contrato de trabajo del actor fue prorrogado hasta que, finalizada la subcontrata el 01/01/2009, el actor fue asumido junto con los demás trabajadores de Gestiona, por la nueva adjudicataria Tres Sistemas de Comunicación. Finalizada esta segunda subcontrata el 31/05/2009, el actor fue cesado por conclusión del contrato, haciéndose cargo la contratista Telefónica Servicios Audiovisuales a partir del 01/06/2009 de 5 de los 7 trabajadores de Gestiona.

La sentencia aprecia la existencia de sucesión de empresa por sucesión de plantilla al asumir la contratista Telefónica Servicios Audiovisuales la mayoría de los trabajadores de la subcontrata, debiendo por eso esta empresa responder de las consecuencias del despido, calculando la indemnización computando todo el tiempo trabajado durante la relación laboral.

De la comparación de ambas sentencias, ha de concluirse que no existe contradicción porque en la sentencia de contraste se declara la improcedencia del despido al considerar que el trabajador estuvo sujeto a una misma relación laboral desde el primer contrato celebrado, por apreciar la existencia de sucesión de empresa entre todas las empresas para las que prestó servicios el actor, incluida la última que rechazó la subrogación, mientras que en la sentencia recurrida no se aprecia la transmisión de empresa entre las diversas empleadoras que fueron sucesivamente contratando al trabajador.

2.- La apreciación de la falta de contradicción referida dejaría sin contenido el segundo punto contradictorio, por cuanto carecería de relevancia determinar si es o no necesario pedir expresamente la diferencia indemnizatoria para tener derecho a ella, cuando ésta deriva de una antigüedad que no puede ser apreciada.

Ahora bien, en el presente caso, la antigüedad reclamada se constata acreditada (hecho probado 2º), teniendo en cuenta la doctrina unificada según la cual a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido son computables los servicios prestados en virtud de un contrato de puesta a disposición de la empresa usuaria con una ETT, debiendo por ello tales servicios computarse para el cálculo de la indemnización por despido, 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 [ SSTS, entre otras, 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)], procede a analizar si concurre la contradicción exigida en relación con la sentencia aportada de contraste para este segundo punto, dictada por el Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2015 (rcud. 2219/2014).



Dicha sentencia referencial resuelve un supuesto similar de un trabajador que inicialmente había prestado servicios a través de una ETT, pasando luego a ser contratado directamente por la empresa usuaria. Desde ese momento fue objeto de sucesivas subrogaciones por cambio de empresario en la misma actividad, hasta que finalmente fue despedido por causas objetivas. La empresa puso a su disposición la indemnización legal correspondiente, sin incluir en el cálculo del tiempo de servicios aquel periodo inicial en que éstos se prestaron a través de una ETT. Suscitada la misma cuestión, sobre si el error en la indemnización -que debió incluir también dicho periodo inicial- había de considerarse excusable o no, la sentencia llega a la misma conclusión de que el error es excusable, confirmando así la sentencia de suplicación en ese caso impugnada que había a su vez confirmado la dictada en la instancia.

Sin embargo, la Sala advierte que tanto la sentencia de instancia como la de suplicación omitieron el adecuado pronunciamiento a la situación creada por la apreciación de un error en la indemnización, pues como señala el art. 122.3 LRJS, 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 "*.

En consecuencia, la sentencia de contraste procede a casar y anular en parte la sentencia recurrida en el sentido de revocar también en parte la sentencia de instancia y, manteniendo la declaración de procedencia del despido, condena a la empresa al pago de la suma de 404,82 € en concepto de diferencias en la indemnización.

Las sentencias comparadas ha de estimarse que son contradictorias. Es verdad que no consta en la de contraste que la actora hubiera omitido solicitar expresamente el pago de la diferencia indemnizatoria, lo que podría abonar la falta de contradicción. Pero dicha circunstancia parece deducirse de la forma en que resuelve la sentencia de esta Sala, amparándose en el carácter automático de la condena en los términos de los preceptos señalados, aparte de que si la condena a la diferencia indemnizatoria es automática, resulta irrelevante que fuera o no solicitada expresamente y, por esa razón, irrelevante también la duda sobre la coincidencia o no en ese aspecto entre las sentencias comparadas.

**TERCERO.- 1.-** Entrando en el examen de la censura jurídica del recurso en relación al punto concreto respecto al que se aprecia la existencia de contradicción, denuncia el recurrente la infracción del art. 56.1.a) en relación con el art. 53.1.b) ambos del ET .y arts. 122.3 ° y 123.1 de la LRJS, interesando la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de contraste.

Interesa el recurrente el abono de las diferencias económicas producidas en el cálculo de la indemnización percibida teniendo en cuenta la antigüedad real del mismo acreditada, con base a la existencia de un error que entiende inexcusable.

Como señala al respecto la sentencia referencial, dictada por esta Sala IV/TS de 23 de julio de 2015 (rcud. 219/2014):

"1. En relación con el cómputo de la prestación de servicios efectuada a través de una ETT, hemos reiterado que los periodos de trabajo en situación de puesta a disposición son computables a los efectos del sumatorio de servicios prestados para la usuaria, cuando el trabajador acaba por ser incorporado a la plantilla de ésta (así, entre otras, STS/4ª de 17 enero 2008 - rcud. 1176/2007 -, 15 enero y 11 mayo 2009 - rcud. 2302/2007 y 3632/2007 -, y 25 julio 2014 -rcud. 1405/2013 -).

Por consiguiente, ninguna duda cabe sobre la necesidad de que la indemnización por despido objetivo incluyera todo el tiempo en que el trabajador prestó servicios para la empresa, bien como usuaria, bien de modo directo.

2. Sentado que, como hemos dicho, efectivamente la empresa calculó mal la misma omitiendo el periodo inicial (que arranca en 27 de septiembre de 1999, momento en que comenzó a prestar servicios en calidad de trabajador puesto a disposición por una ETT), conviene a continuación señalar cuál ha sido la doctrina mantenida por este Tribunal respecto del alcance del error en la fijación del importe de la indemnización que debía ponerse a disposición del trabajador, partiendo de que, a tenor de los arts. 53.1 b) del Estatuto de los trabajadores (ET) y 122.3 LRJS, el error excusable en la puesta disposición simultánea de la indemnización de 20 días por años de servicios determina la improcedencia del despido.

La jurisprudencia sobre la cuestión se había venido elaborando tanto en relación con el despido objetivo, como con la posibilidad que, hasta la reforma de 2012, ofrecía el art. 56 ET de paralizar los salarios de tramitación por el reconocimiento de la improcedencia del despido. En nuestra STS/4ª de 25 mayo 2015 (rcud.



- 1936/2014 ) hacíamos un estudio sobre los pronunciamientos previos, señalando que habíamos considerado que se trataba de un error excusable, entre otros, en los siguientes asuntos:
- "- STS de 24-4-00, 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 26-4-00, 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 26-1-06, 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 atribuible 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 del 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 de 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", concluyendo que concurre una dificultad jurídica para fijar el salario, por lo que considera el error excusable.
  - STS de 7-2-06, 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 28-2-06, 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 periodo de vencimiento de este concepto retributivo y la diversidad de regulaciones del mismo.
  - STS de 24-11-06, CUD 2154/05 , consideró error excusable la insuficiente consignación efectuada por el empresario, que calculó la misma atendiendo al salario que percibía la trabajadora en el momento del despido, que correspondía a la jornada reducida realizada, por guarda legal de un menor.
  - STS de 13-11-06, CUD 3110/05 , 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 de 27-6-07, RUD 1008/06 , entendió que era error excusable el depositar 54,45 euros menos, dada su escasa cuantía.
  - STS de 16-5-08, RUD 523/07 , entendió que era error excusable el 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 la carta de despido hasta el lunes 20, y se materializó la cuenta -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 17-12-2009, RUD 957/09 , calificó de error excusable el consignar indemnización inferior, atendiendo a la categoría que ostentaba el trabajador en el momento del despido, no a la categoría superior -y correspondiente salario- que se le reconoce en la propia sentencia del despido.
  - STS de 20-12-2011, RUD 1882/11 , calificó de error excusable el cálculo de la indemnización efectuado, atendiendo al salario de 30 horas semanales -era la jornada que había desempeñado el trabajador durante el contrato de trabajo- en lugar del correspondiente a 40 horas semanales, que era el horario fijado trece días antes de que se extinguiera el contrato.
  - STS de 28-11-2012, RUD 4348/11 , y STS de 26-11-2012, RUD 4355/11 califican de error excusable la inferior consignación efectuada, dada la escasa diferencia en la cuantía, tanto absoluta como porcentual.
  - 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 , califican 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 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 " .

Y recordábamos que, " por contra, la Sala ha entendido que constituye error inexcusable:

- 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 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 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 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 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".

3. Ante la necesidad de ponderar en cada caso concreta las particulares circunstancias concurrentes, destacan en este caso dos elementos que han de llevarnos a compartir el criterio adoptado por la sentencia recurrida.

De un lado, la diferencia entre la indemnización debida y la puesta a disposición resulta de poca relevancia, debido a que los periodos de prestación de servicios omitidos en el cálculo no alcanzan los cuatro meses (desde el 27 de septiembre de 1999 al 18 de enero de 2000).

De otra parte, la fecha tomada como inicio de la prestación de servicios por parte de la empresa, en el momento de poner a disposición la indemnización, es precisamente la que venía figurando en la hoja de salario del trabajador (la citada de 18 de enero de 2000), sin controversia al respecto. Dicha fecha se viene arrastrando, además, de contrataciones anteriores, llevadas a cabo por las empresas que precedieron a la demandada en una cadena de subrogaciones.

De ahí que hayamos de concluir que en tales circunstancias no resulta plausible deducir una intención evasiva por parte de la empresa, sino, por el contrario, resulta apropiado presumir que al efectuar el cálculo de la indemnización correspondiente al despido objetivo actuó de modo automático, acudiendo a la fecha consignada de manera constante en las citadas nóminas del trabajador, sin reparar en aquella condición inicial y previa del mismo, que, por otra parte, como se ha indicado, no se había producido respecto de la empresa que ahora efectúa el despido, sino de la que en su día asumía la actividad. " .

2.- Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, que nos lleva a rechazar la declaración de improcedencia del despido por las razones expuestas, pero sí a aceptar la pretensión de mayor indemnización con base en la mayor antigüedad acreditada, por cuanto tanto la sentencia de instancia como la de suplicación han omitido el adecuado pronunciamiento a la situación creada por la apreciación de un error en la indemnización, al no haber tenido en cuenta la antigüedad real acreditada del actor.



Conforme al art. 122.3 LRJS , 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".

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 la declaración de procedencia del despido, condenar a la empresa al pago de la cantidad reclamada de 4.021, 53 euros, cantidad que no ha sido cuestionada por los impugnantes del recurso para el supuesto de estimación de la pretensión, en concepto de diferencias en la indemnización.

**CUARTO.-** Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235 LRJS no procede la imposición de costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y 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 representación de D. Pablo frente a la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 1956/15 .

2º.- Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida en el sentido de revocar también en parte la sentencia de instancia y, manteniendo la declaración de procedencia del despido, condenar a la empresa UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (UTE) formada por TV SIETE PRODUCTORA DE VIDEO S.L., VITEL SA, B & S BROADCAST CORPORATION SL, al pago al recurrente de la suma de 4.021,53 euros en concepto de diferencias en la indemnización.

3º.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.