



Roj: **STS 3672/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3672**

Id Cendoj: **28079140012017100678**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2017**

Nº de Recurso: **2139/2015**

Nº de Resolución: **726/2017**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 7392/2014,**  
**STS 3672/2017,**  
**ATS 8694/2019,**  
**AATS 12114/2019**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 27 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Eulen SA representado y asistido por el letrado D. José Miguel Orantes Canales contra la sentencia dictada el 7 de octubre de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso de suplicación nº 2689/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de La Coruña , en autos nº. 530/2013, seguidos a instancias de D. Jon contra Eulen SA sobre despido. Ha comparecido como parte recurrida D. Jon representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Yolanda Ortiz Alfonso y bajo la dirección letrada de D. José Miguel López Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 5 de La Coruña dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º .- La parte demandante prestaba servicios para la empresa demandada desde el 1-8-1998 con categoría de conductor recaudador -hechos admitidos- y correspondiéndole un salario mensual de 2.114,60 euros con prorrateo de pagas extraordinarias -documental aportada por el actor, nóminas de los últimos doce meses antes del mes de despido-.

2º.- El día 26-3-2013 fue comunicado su despido con efectos de fecha de 31 de ese mismo mes por causas objetivas, organizativas y productivas del artículo 52 c) del ET , tal y como se recoge en la carta de despido que consta en actuaciones (doc. nº 1 aportado por la demandada y que aquí se da enteramente por reproducida, destacando que la carta es de fecha de 25-3-2013 pero los cheques acompañados son de fecha de 26-3-2013 por lo que en fecha de 25-3 no pudo ser comunicado el despido al actor). En el momento de comunicar dicho despido, la empresa puso a disposición del actor dos cheques por importe de 19.259,32 euros uno - indemnización por despido objetivo- y de 984,90 euros otro -por 15 días de preaviso reconocidos- que fueron rechazados por el trabajador -hechos no controvertidos, y documental aportada por la demandada, incluso las fotocopias de los cheques se contenían en el reverso de la última hoja de la carta de despido. Se trataba de dos cheques nominales a nombre del trabajador con la fecha de 26-3-2013-



**3º.-** 1.- El trabajador se dedicaba a la limpieza y mantenimiento de las cabinas telefónicas de la empresa Telefónica en la provincia de A Coruña, junto con la recogida de la recaudación de las mismas -hechos admitidos-. En ocasiones ha hecho sustituciones en la provincia de Lugo e incluso llegó a acudir allí a realizar el conteo, aunque en la actualidad, y por la disminución del servicio contratado y la demanda y por el hecho de que el conteo de las cabinas de Lugo ya se realiza en A Coruña, con el trabajador que la empresa tiene destinado en la provincia de Lugo es más que suficiente para realizar el trabajo existente -testifical de Sr. Jose Daniel , representante legal de Eulen, Sr. Antonio , trabajador de Eulen que gestiona la contrata con Telefónica, S.A.U.; Sr. Faustino , Jefe de Recursos Humanos de Eulen; y de Marcos , compañero de trabajo del actor que trabaja actualmente como único empleado para la provincia de Lugo, y los Sres. Jose Carlos y Anton , compañeros de trabajo del actor-. 2.- La contrata de Telefónica con Eulen se ha minorado como consecuencia de la disminución del número de cabinas existentes, y por ello, ser menos las cabinas respecto a las que hay que realizar mantenimiento y acudir a las mismas a recaudar. Se acredita casi un una disminución del 30% en el periodo de 2010 a 2012 La caída en la recaudación del dinero en efectivo -monedas- de las cabinas, que se realiza cuando el cajetín está lleno, ha disminuido en un 35% del año 2011 al 2012, y en un 45,99% del 2010 al 2012. La facturación en las cabinas se ha reducido desde el 2010 hasta el año 2012 en un 18,02%. Desde noviembre de 2010 hasta noviembre de 2012, la plantilla de la empresa Eulen que trabaja en la contrata que nos ocupa relativa al mantenimiento y recaudación de las cabinas telefónicas de Telefónica, se ha reducido en un 17% cuando la actividad ha caído casi un 30%. (informe emitido por la compañía Telefónica, S.A.U, doc. nº 2 aportado por la demandada; y testifical del Sr. Jose Daniel , representante legal de Eulen, Sr. Antonio , trabajador de Eulen que gestiona la contrata con Telefónica, S.A.U.; Sr. Faustino , Jefe de Recursos Humanos de Eulen; Sr. Gines de Oya, representante de Telefónica, S.A.U.)

**4º.-** Se celebró acto conciliatorio previo sin efecto ante el SMAC el 3-5-13.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «1º.- ESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada por D. Jon frente a la empresa Eulen, S.A., y, en consecuencia, declaro la IMPROCEDENCIA del despido y condeno a la demandada a que abone al demandante las cantidades detalladas en el número segundo de este fallo. 2º.- En concepto de indemnización por su despido, la cantidad de 45.800,88 euros; y en concepto de plazo de preaviso de 15 días la suma de 1.057,35 euros. 3º.- Se acuerda la compensación entre la suma indemnizatoria que ya pudiera haber percibido el trabajador por razón del despido objetivo y la que pudo recibir por el periodo de 15 días de preaviso y las sumas fijadas en esta sentencia como indemnización por el despido improcedente y por el periodo de preaviso.».

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Eulen SA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 7 de octubre de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Que con desestimación del recurso interpuesto por la empresa «EULEN, SA», confirmamos la sentencia que con fecha 13/12/13 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cinco de los de La Coruña, a instancia de Don Jon y por la que se acogió la demanda formulada. Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 600 € al Sr. Letrado de la parte recurrida. E igualmente acordamos, en su caso, la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación efectuada (aval presentado).».

Con fecha 20 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se dictó auto, en el que aparece la siguiente parte dispositiva: «Que ha lugar a corregir nuestra Sentencia de fecha 07/10/14, dictada en el Recurso 2689/14 , en el sentido de sustituir la cifra «16,99%» recogida en el Fundamento Jurídico Tercero, número 4, por la correcta de «5,56%».».

**TERCERO.-** Por la representación de Eulen SA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 21 de enero de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en fecha 4 de mayo de 2010 (RS 42/2010), por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, en fecha 7 de noviembre de 2013 (RS 1428/2013) y por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en fecha 23 de abril de 2014 (RS 183/2014 ).

**CUARTO.-** Con fecha 7 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.- 1.** En el presente recurso de casación unificadora se cuestiona la improcedencia del despido objetivo del actor por la diferencia producida en el cálculo de la indemnización, dado que, al no computarse como salario el plus de transporte se fijó una indemnización por cuantía inferior en un 5'56 por 100 de la que habría resultado de tenerse en cuenta ese complemento, lo que plantea la cuestión de si el error de ser tal era excusable o no.

La sentencia recurrida contempla el caso del despido de un empleado de la demandada, empleado en la contrata de mantenimiento y recaudación de los ingresos de las cabinas telefónicas, por causas económicas consistentes, sustancialmente, en una disminución de la recaudación del 45'99 por 100 durante los dos años anteriores al despido efectuado el 26 de marzo de 2013, lo que había supuesto una disminución de la contrata y de la actividad del 30 por 100 y una minoración de la plantilla de la empresa empleada en ella del 17 por 100. El despido se declaró improcedente en la instancia porque dado que en el año anterior al cese el salario percibido ascendía, según las nóminas, a 25.375'26 euros al año, lo que daba un salario mensual de 2.114'60 euros al mes y de 70'49 al día, salario (diferente del alegado por el actor (2.175'95 al mes) y por la empresa (65'66 euros en la carta despido y 66'57 en el juicio) que comportaba una indemnización de 20.677'05 euros, superior a la ofertada inicialmente, 19.259'32 euros, esto es 1.417'74 euros menos de lo que correspondía (un 5'56 por 100 inferior), lo que conllevaba la condena al pago de una indemnización de 45.800'88 euros más otros 1.057'35 por el preaviso. Debe resaltarse que esta decisión se tomó con base a lo que constaba en las nóminas y sin abordarse el tema de si el plus de transporte era o no salarial. La sentencia de suplicación entendió que no se había probado que el plus de transporte recogido en el art. 16 del Convenio Colectivo no fuese salarial, ni que correspondiese a un gasto, sin que pudiese considerarse escasa e irrelevante la cuantía económica imputable a un error del 5'56 por ciento, por lo que no era un excusable, razón por la que confirmó la sentencia de instancia, al gravitar sobre la empresa la carga de la prueba. Debe señalarse que en el art. 16 del Convenio Colectivo de empresa al que se remite la sentencia recurrida se dice que del plus de transporte o locomoción de 113'76 euros mes, se descontaran 3'27 euros por día de ausencia al trabajo.

Contra la anterior sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación unificadora que se articuló en torno a cuatro motivos.

**2.** El primer motivo del recurso pretende que se declare que el plus de transporte percibido por el actor no tenía carácter salarial y su no cómputo carecía de relevancia.

Para justificar su admisión se propone como sentencia de contraste, a los efectos art. 219 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), la dictada por el TSJ de Cataluña el 4 de mayo de 2010 (RS 42/2010 ). Se contempla en ella el caso de un trabajador de otra empresa que lo empleaba en la misma actividad, que el hoy actor, mantenimiento y recaudación de cabinas telefónicas y que fue objeto de un despido objetivo por la empresa que le ofertó una indemnización de 41.550'79 euros. Formulada demanda contra esa decisión, recayó en la instancia sentencia declarando improcedente el despido y condenando a la empresa al pago de una indemnización de 46.598 euros más los salarios de trámite, pronunciando que la sentencia de contraste dejó sin efecto, aunque si condenó al pago de una indemnización de 44.628'50 euros, superior a la ofertada por la empresa, sin condena al abono de salarios de trámite. El motivo fue que en el convenio colectivo aplicable había dos pluses, locomoción y distancia, que la sentencia de instancia había estimado salariales y computado para el cálculo de la indemnización, mientras que la sentencia de suplicación entendió que el plus de locomoción (110'27 € mes) era extrasalarial por compensar los gastos de transporte del domicilio al trabajo, mientras que el plus de distancia era salarial por compensar la mayor penosidad. Ello llevó a la sentencia de contraste a minorar el importe de la indemnización, al no computar el plus de transporte como salarial, y a revocar la condena al pago de salarios de trámite por considerar que era excusable el error padecido por la empresa al calcular el importe de la indemnización omitiendo el cómputo del plus de transporte y el de distancia, pues su error se debió a la razonable confusión de conceptos y no a una conducta fraudulenta.

**3.** Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el art. 219 de la LJS, por cuando en supuestos de hecho y de derecho semejantes han recaído resoluciones contrapuestas sobre la calificación de un plus de transporte, una lo consideró salarial y la otra no, así como sobre si era excusable, o no, el error de cálculo cometido al fijar la cuantía de una indemnización por despido omitiendo el cómputo como salarial de un concepto confuso. La recurrida ha rechazado la existencia de un plus de transporte extrasalarial y la de contraste no, a la par que esta última ha calificado de excusable el error en la falta de cómputo de un plus de distancia por ser confuso y su no cómputo constitutivo de un mero error de cálculo subsanable.

El hecho de que la relación contemplada se regule en diferentes convenios no constituye diferencia fáctica trascendente por cuanto ambos convenios regulan la misma actividad, aparte que lo relevante es la diferente calificación del plus de transporte en supuestos convencionales semejantes que han permitido una calificación diferente del plus controvertido: en un caso como salarial y en el otro como suplido. Más aún, es cierto que en el caso de la sentencia de contraste no consta la concreta redacción del convenio colectivo sobre el plus de



locomoción, término que usa igualmente el convenio colectivo que aplica la sentencia recurrida, al igual que el de transporte, pero, no lo es menos, que pese a ello la sentencia de contraste estima que con él se compensan los gastos de transporte, solución coincidente con la que, al parecer, da el art. 16-2-b) del convenio colectivo de la demandada al disponer que el día que se falta se descuentan 3'27 euros del plus de transporte.

Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a resolver la disparidad existente.

**SEGUNDO.-** El motivo del recurso dedicado al examen del derecho aplicado alega la infracción de los artículos 26 del ET en relación con los artículos 53-1-b) del mismo y con el art. 16-2-b) del Convenio Colectivo de la demandada para la actividad que nos ocupa en Galicia (DOG) nº 180 de 17 de septiembre de 2010, al entender que el plus de transporte no tiene carácter salarial y no es computable, consiguientemente, para el cálculo de la indemnización por despido.

Para resolver la cuestión planteada conviene reproducir lo dispuesto en el art. 16 -2-b) del Convenio Colectivo citado sobre el plus de transporte o locomoción que dice: «Plus de transporte o locomoción: los trabajadores afectados por este convenio percibirán por este concepto la cantidad de 105,68 euros mensuales. Por cada día de ausencia al trabajo se descontará la cantidad de 3,52 euros, no considerándose como ausencia a estos efectos el descanso semanal a que tiene derecho, ni las vacaciones. Este complemento se abonará a prorrata de tiempo trabajado.».

Dada la denominación del plus, transporte o locomoción, así como que los días en que se falta al trabajo se descuenta del plus mensual una cantidad equivalente prácticamente a la que corresponde por cada día del mes, debe concluirse que de la literalidad del precepto y de la intención de las partes se deriva que el plus compensa el gasto de ir al trabajo y es un suplido que no tiene naturaleza salarial. Frente a lo dicho no son de recibo las argumentaciones que hace la sentencia recurrida sobre que la empresa no probó cual le incumbía que no pagaba un concepto salarial, pues el tenor literal del Convenio Colectivo invierte la carga de la prueba y hace que sea el trabajador el obligado a probar el carácter salarial del plus, sin que por las razones expuestas sean de estimar argumentos como el de que el plus se ha diseñado por el convenio como salarial y que su cuantía es única en la Tabla Salarial, pues es la misma mientras no existan faltas de asistencia al trabajo y, según el Convenio se abona a prorrata del tiempo trabajado.

Además, dado el tenor literal del convenio colectivo, aunque se estimara otra cosa nos encontraríamos ante la existencia de un error excusable por ser dudosa su naturaleza convencional y escasa su repercusión en la cuantía de la indemnización, mil ciento treinta y tres euros que suponen menos del 6 por 100 de la cantidad a pagar si el plus controvertido se considera salarial. En efecto, dada la redacción del convenio, sería excusable el error de cálculo que estimamos no se cometió, lo que llevaría a parecida solución cuantitativa: pagar 1.133'62 euros más de lo que se ofreció.

**TERCERO.-** Por lo expuesto, procede estimar el recurso sin necesidad de examinar el resto de sus motivos y casar y anular la sentencia recurrida con declaración del despido como procedente y de ajustadas a derecho las indemnizaciones ofrecidas por los distintos conceptos y que se hubieran podido pagar. Sin costas.

## FALLO

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

: 1. Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Eulen SA contra la sentencia dictada el 7 de octubre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso de suplicación nº 2689/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de La Coruña , en autos nº. 530/2013. 2. Casar y anular la sentencia recurrida y desestimar la demanda objeto de este procedimiento por ser procedente el despido que lo motivó y ajustadas a derecho las indemnizaciones ofrecidas por los distintos conceptos y que se hubieran podido pagar. 3. Devolver los depósitos constituidos para recurrir y las consignaciones constituidas una vez que se acredite el pago de las cantidades ofertadas en carta despido. 4. Sin costas.

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. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana 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.