



Roj: **STSJ AS 1817/2016 - ECLI:ES:TSJAS:2016:1817**

Id Cendoj: **33044340012016101322**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2016**

Nº de Recurso: **1240/2016**

Nº de Resolución: **1392/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01392/2016

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33004 44 4 2015 0001439

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001240 /2016

Procedimiento origen: DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000711 /2015

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Ruperto , BEROA IBERIA S.A.

ABOGADO/A: JOSÉ FELIX LOBATO GONZÁLEZ, MARTA RITE FERNANDEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Ruperto , BEROA IBERIA S.A. , GLOBAL DOMINION ACCESS S.A. , BEROA THERMAL ENERGY S.L. , FONDO DE GARANTIA SALARIAL

ABOGADO/A: JOSÉ FELIX LOBATO GONZÁLEZ, MARTA RITE FERNANDEZ , FOGASA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

SENTENCIA Nº 1392/16

En OVIEDO, a veintiuno de Junio de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001240/2016, formalizados por el Letrado D. JOSE FELIX LOBATO GONZALEZ y la Letrada D^a. MARTA RITE FERNANDEZ, en nombre y representación de Ruperto y la empresa BEROA IBERIA SA, respectivamente, contra la sentencia número 94/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de AVILES en el procedimiento DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000711/2015, seguidos a instancia de Ruperto frente a las empresas BEROA IBERIA SA, GLOBAL DOMINION ACCESS SA, BEROA THERMAL ENERGY SL y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr **D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Ruperto presentó demanda contra las empresas BEROA IBERIA SA, GLOBAL DOMINION ACCESS SA, BEROA THERMAL ENERGY SL y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 94/2016, de fecha veintiséis de febrero de dos mil dieciséis.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) D. Ruperto, con NIF nº NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dirección de BEROA IBERIA SA, con categoría profesional de encargado de obra, devengando un salario bruto diario de 90,14 euros en cómputo anual (incontroverso).

D. Ruperto prestó servicios para BEROA IBERIA SA del 16-11-2000 al 9-1-2001. Desde el 10-1-2001 hasta el 31-5-2001 prestó servicios para KARRENA MONTAJES ESPECIALES SA. Desde el 1-6-2001 viene prestando servicios para BEROA IBERIA SA (folios 59-62 y 204).

2º) El día 23-9-2015, BEROA IBERIA SA comunicó por escrito a D. Ruperto su despido por causas objetivas, del Art. 52 c) del ET, con efectos del mismo día, reconociendo una indemnización de 31.904,47 euros que se ha abonado. En la carta de despido se hace referencia a la situación económica de BEROA IBERIA SA (la carta de despido obra en los folios 29-30, que se dan por reproducidos íntegramente; en cuanto al pago, folio 64).

3º) BEROA IBERIA SA se encuentra en una situación de pérdidas desde el ejercicio 2013, en que ascendieron a 7.620.000 euros, en 2014 a 2.085.700 euros y el 31-8-2015 a 489.300 euros (folios 89-154; no controvertido).

4º) BEROA IBERIA SA, BEROA THERMAL ENERGY SL y GLOBAL DOMINION ACCESS SA, tiene su domicilio social en la c/Ibañez de Bilbao. El objeto social de BEROA IBERIA SA es la realización de instalaciones industriales, formalización de proyectos al efecto, asistencia técnica y asesoramiento a empresas y la realización de obras de ingeniería, siendo su administrador BEROA TECHNOLOGY GROUP, y su socio único BEROA THERMAL ENERGY SL. Su dominio es www.barrena.com. BEROA THERMAL ENERGY SL tiene como objeto la realización de estudios sobre creación, estructura y viabilidad de empresas y de mercados, fomentar, promover, dirigir actividades empresariales agrupadas por sectores de producción. Su socio único es GLOBAL DOMINION ACCESS SA, quien también integra el consejo de administración. GLOBAL DOMINION ACCESS SA, tiene como objeto social las actividades relacionadas con las telecomunicaciones y la informática. Su dominio es dominion.es. El consejo de administración está formada por personas físicas que también integran el de BEROA THERMAL ENERGY SL (folios 6-28 y 321-332).

Los trabajadores de BEROA IBERIA SA Sres. Domingo y Hermenegildo tienen una dirección de correo electrónico finalizada en @ DIRECCION000. D^a Rocío, persona que firmó la carta de despido de D. Ruperto, no es trabajadora de BEROA IBERIA SA (testifical Don. Domingo y Hermenegildo).

5º) En fecha 14-10-2015 tuvo entrada en la UMAC papeleta de conciliación, cuyo acto se realizó sin avenencia el día 28-10-2015 (folio 31).

6º) D. Ruperto no ostenta ni ha ostentado consideración de representante de los trabajadores (incontroverso).

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:



"Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva invocada y estimando parcialmente la demanda, declaro improcedente el despido de D. Ruperto ocurrido el 23-9-2015, condenando a BEROA IBERIA SA a estar y pasar por esta declaración y a que, a su opción, que deberá ejercitar en el término de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución y por mediación de este Juzgado, readmita al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con el abono de los salarios de tramitación a que hace referencia el apartado 2 del Art. 56 ET , o le abone una indemnización de 56.540,32 euros, de los cuales ya se han abonado 31.904,47 euros, con la libre absolución de BEROA THERMAL ENERGY SL y GLOBAL DOMINION ACCESS SA de las pretensiones habidos en su contra. Apercíbese a la parte demandada de que, caso de que no ejercite en tiempo y forma el derecho de opción, conforme al Art. 56.3 ET , se entiende que procede la readmisión, si ésta no se realiza o se realiza de manera irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución de la sentencia una vez firme, pudiendo darse por extinguida la relación laboral tras la preceptiva comparecencia, con la subsiguiente condena de la empleadora a satisfacer los salarios dejados de percibir desde la notificación de la sentencia hasta la fecha en que se extinga el contrato laboral mediante resolución judicial (Arts. 278 - 288 LRJS). Apercíbese a la parte demandada igualmente de que, aún en el caso de que recurra la sentencia, debe ejercitar la opción sin esperar a la firmeza (Art. 110.3 LRJS). No se hace pronunciamiento contra el FOGASA, sin perjuicio de las responsabilidades que tiene legalmente atribuidas".

Con fecha 10 de marzo de 2016 se dictó Auto de aclaración en cuya parte dispositiva se acuerda estimar la solicitud de Ruperto de aclarar la sentencia dictada en este procedimiento con fecha 26 de febrero de 2016 en el sentido que se indica a continuación: Hecho 2º, donde dice "en cuanto al pago, folio 64", debe decir "en cuanto al pago, folios 64-65", debiendo mantenerse el resto de la redacción literal, incluido el montante de la cantidad fijada como abonada.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciaron recursos de suplicación por Ruperto y la empresa BEROA IBERIA SA, formalizándolos posteriormente. Tales recursos fueron objeto de impugnación por las contrapartes.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 9 de mayo de 2016.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 26 de mayo de 2016 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés de 31 de marzo de dos mil quince estimó en parte la demanda, declaro la improcedencia del despido y condenó a BEROA IBERICA SA a que, por su opción, readmitiera al trabajador o le indemnizara con la suma de 54.540,32 euros, con absolución del resto de las empresas codemandadas.

Frente a dicha resolución, interponen recurso de Suplicación ambas partes. La representación letrada de la empresa demandada, al amparo de lo previsto en la letra c) del Art. 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social , para solicitar, en definitiva, que se declare la procedencia del despido por resultar ajustada a derecho la indemnización en su día abonada al trabajador.

La representación letrada de la parte actora, en este caso desde la doble perspectiva que autoriza desde la perspectiva que autoriza el Art. 193 c) de la LRJS , solicitando que, previa revocación de la resolución de instancia, se dicte una nueva que estime íntegramente las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda.

Los recursos han sido impugnados tanto por la representación legal de la parte actora como de la empresa codemandada, a fin de que, en ambos casos, se desestime íntegramente el formulado de contrario.

SEGUNDO.- Interesa el Letrado de la parte actora, en un primer motivo, la revisión de los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, postulando concretamente la adición de un nuevo párrafo al cuarto de los ordinales, para el que propone el siguiente texto:

"Se ha solicitado por GLOBAL DOMINION ACCES SA a la Administración Tributaria la consideración como grupo de empresas con efectos de 1 de enero de 2015, siendo al dominante GLOBAL DOMINION ACCES y el resto: ECI TELECOM IBERRICA SA, DOMINION INSTALCIONES Y MONTAJES SAU, BEROA THERMINAL ENERGY SL, BEROA IBERICA SA, GLOBAL NERA SL, NERA TECHNOLOGIES SLU, DOMINION AMPLIFICA SL y DOMINION INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO SL".

El motivo impugnatorio no puede ser acogido, en primer lugar, porque junto a la cita de los documentos y pericias en que se apoya la pretensión revisora (Art. 196.3 de la LRJS : "también habrán de señalarse de manera



suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión"), y la precisa especificación de la modificación que se pide, con la redacción definitiva del texto alternativo propuesto para la adición de parte del relato fáctico cuestionado, toda revisión de hecho probados ha de venir acompañada de la oportuna argumentación (Art. 196.3 de la LRJS : "en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos"), y en el presente caso la recurrente no cumple con todos estos requisitos, pues en vez de proceder a una concreta y pormenorizada identificación de los medios probatorios en los cuales basa su petición y con su análisis ofrecer las razones que justifiquen la pertinencia de la modificación, se limita a su cita genérica por el lugar de su localización en los autos -"se fundamente la adición en el folio 273 de los autos, siendo prueba de la parte actora"- siendo así que en ningún caso la Sala pueda auxiliar a la parte en la construcción de un motivo del recurso defectuoso en su formulación.

TERCERO.- En el segundo motivo de suplicación denuncia el trabajador recurrente la infracción de los Arts. 1.2 y 53.1 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en relación con lo que al efecto disponen los Arts. 51.1 y 52 c) del mismo texto legal .

Para la parte actora se da sin duda la presencia de un grupo de empresas patológico entre las codemandadas: BEROA IBERICA SA y GLOBAL DOMINION ACCES SA, pues, no es sólo que ambas tengan el mismo domicilio social, y que se aprecie una manifiesta identidad entre los integrantes de los órganos de administración de ambas sociedades pues de hecho BEROA THERMAL ENERGY SL, resulta ser el socio único de BEROA IBERICA SA, en tanto que GLOBAL DOMINION ACCES SA tiene idéntica calidad en relación con BEROA THERMAL ENERGY SL, sino que los trabajadores de BEROA IBERICA SA, Don. Domingo y Hermenegildo utilizan como correo electrónico la cuenta "@ DIRECCION000 " en sus comunicaciones con terceros.

La juzgadora a quo, después de dejar establecido que las tres codemandadas comparten el domicilio social, integrándose todas ellas en el mismo grupo mercantil puesto que GLOBAL DOMINION ACCES SA es socio único de BEROA THERMAL ENERGY SL y esta, a su vez, es socio único de BEROA IBERICA SA, no se ha acreditado que compartan todas ellas administración, Dirección y clientes, ni que haya existido una confusión en plantillas ni que la organización del trabajo sea común; y tal circunstancia no queda impedida por el hecho de que Don. Domingo y Hermenegildo utilicen la dirección de correo "@ DIRECCION000 ", indicio por si solo insuficiente para poder afirmar la existencia de una estructura organizativa común y con ello la de un grupo patológico de empresas.

Como recuerda la STS 22 de septiembre de 2014 (rcu. 314/2013) la doctrina sobre los grupos de empresas a efectos laborales, perfilando la que era tradicional de la Sala IV , viene recogida en las SSTS SG de 27/05/13 - rco 78/12 -; SG 27/05/13 -rco 78/12 -; SG 21/05/14 -rco. 182/13 -y 02/06/14 - rcu. 546/13 -], con las siguientes indicaciones o parámetros:

a).- Que «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales», porque «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son».

b).- Que «la enumeración -en manera alguna acumulativa, añadimos ahora- de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores».

c).- Que «el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad».

d).- Que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable». Y

e).- Que en los supuestos de «prestación de trabajo "indistinta" o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos ... ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores»;



situaciones integrables en el art. 1.2. ET , que califica como empresarios a las «personas físicas y jurídicas» y también a las «comunidades de bienes» que reciban la prestación de servicios de los trabajadores.

Pues bien, a la vista de lo actuado, en ningún momento se acredita que estas concretas mercantiles vinieran actuando de forma pacífica como un grupo laboral asumiendo la condición de empleador unitario de los trabajadores de sus respectivas plantillas; de hecho no se cita un sólo caso de un trabajador que haya prestado sus servicios, siquiera lo sea de forma sucesiva para ambas sociedades. El sólo dato, como razona la juzgadora a quo, de que dos empleados de Beroa, que no el demandante, utilizaran una cuenta de correo con el dominio "@ DIRECCION000 ", con ser sintomático en este aspecto, no autoriza por sí solo a una conclusión contraria.

Por otra parte, tampoco se aportan datos relativos a la existencia de un funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, antes al contrario, a los folios 163 y siguientes se documenta la negociación de una expediente de suspensión temporal de empleo entre D^a Rocío , como apoderada y en representación de Beroa Ibérica y la comisión ad hoc elegida por los trabajadores de esta empresa por la concurrencia de las causas económicas que posteriormente se alegaran en la carta de despido, sin que por parte de dicha representación se planteara la existencia de un grupo laboral; a los folios 165 y ss. se documentan a su vez los acuerdos alcanzados entre la empresa y los representantes de los trabajadores en marzo de 2014 en relación con el descuelgue salarial del convenio colectivo de la Construcción en Asturias.

El hecho de venir obligadas las distintas sociedades del grupo a formular cuentas consolidadas tampoco añade nada nuevo a la conclusión de instancia. De hecho la circunstancia misma de existir dicha obligación entre las distintas sociedades (el grupo fiscal es un tipo especial, y más restringido, de grupo de sociedades) es indicativo de la inexistencia de una confusión patrimonial o una caja única pues como advierte el Art. 42.2 del Código de comercio "la obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico"; en cualquier caso y como queda dicho, ni se aporta ni se contiene en el relato fáctico de instancia un sólo dato que autorice a hablar de una promiscuidad en la gestión económica del grupo.

En fin, tampoco podemos hablar de un uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores, pues como se afirma en la resolución de instancia no se constata acreditado que "compartan todas ellas, administración, dirección, patrimonios y clientes", a lo que cabría añadir que, fuera de la genérica afirmación de la existencia de un grupo societario, tampoco se justifica la impartición de ordenes indistintas o subordinación a la misma estructura jerárquica.

Todo lo cual, y sin perjuicio de aceptar la existencia de un grupo mercantil de empresas, nos lleva a rechazar con la juzgadora de instancia, en la sentencia recurrida, que las tres empresas demandadas actúen unitariamente, como si se tratara de una única empresa y, por tanto, la existencia de lo que en la práctica se ha denominado un grupo de empresas a efectos laborales.

CUARTO.- La representación procesal de la empleadora denuncia, en el motivo único de su recurso, la infracción del Art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores , con fundamento en que no ha existido error alguno en el cálculo de la indemnización por despido puesta a disposición del trabajador, en primer lugar porque no cabe hablar de una continuidad en la prestación de servicios entre Karrena Montajes Especiales SA y Beroa Ibérica y, en segundo lugar, porque la indemnización por despido puesta a disposición del trabajador es incluso mayor de la que le correspondería con la antigüedad reclamada en la demanda y reconocida en la sentencia de 16 de noviembre de 2000 .

Como es sabido el despido por causas objetivas ha de reunir una serie de requisitos formales regulados en el Art. 53.1 del ET , cuyo incumplimiento produce la declaración de improcedencia y, entre tales requisitos, aparte de la comunicación escrita al trabajador expresando la causa, en su letra b) se exige que la empresa, ha de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, una 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.

En cuanto a la forma de la puesta a disposición se entiende que además de la entrega de dinero en efectivo es admisible la entrega de cheque, pagaré o una transferencia bancaria, o también cuantificar la indemnización y señalar el lugar y momento (sin solución de continuidad) en que el trabajador puede hacer efectivo el pago (STSJ Cataluña de 14-7-95), puesto que la ley no exige la efectiva entrega sino que ofrezca la indemnización y la tenga efectivamente disponible. La puesta a disposición ha de ser en todo caso simultánea, lo que implica que sea en el mismo acto, sin precisión de otro trámite o quehacer complementario.

La cantidad indemnizatoria la fija el legislador en 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose, como queda dicho, por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y con un máximo de doce mensualidades,



y en el cálculo de la indemnización deben incluirse las pagas extras, los complementos en especie y las comisiones que se perciban por el trabajador de forma habitual, pues las indemnizaciones han de ser fijadas sobre el cómputo anual del salario percibido.

La doctrina unificada sobre la insuficiencia de la cuantía de la indemnización y el error excusable en relación con el del depósito previsto en el artículo 56.2 del ET aparece condensada en la STS de 17 diciembre de 2009 de la siguiente manera: "a) No todas las diferencias cuantitativas permiten llegar a la conclusión de que la consignación esté mal hecha, pues admitido en su estricta literalidad conduciría a hacer ineficaz el precepto (STS 15-4-98); b) En su consecuencia debe aceptarse cumplido el mismo cuando se produce algún error de cuantía, pero distinguiendo, según se trate de un error excusable, en cuyo caso la diferencia no impide entender cumplido el precepto, y un error inexcusable o injustificado, en cuyo supuesto debe estimarse incumplido el precepto en cuestión (STS 24-4-00); c) 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, en el decir textual de la STS de 19-6-05 , que señala que un indicio de error excusable es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta, cuya probabilidad se acrecienta por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otro indicio de error excusable es la coincidencia del cálculo de la empresa en la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la sentencia de instancia; otra causa de error de consignación insuficiente excusable es la dificultad "jurídica" del cálculo de las indemnizaciones, en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una "discrepancia razonable". En tal caso el error no invalidará el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero deberá ser corregido mediante el abono de la diferencia realmente resultante.

(En aplicación de tal doctrina) esta Sala ha reconocido los siguientes supuestos de "error excusable":

- 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 3.850/04 , 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 2.154/05 , 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 3.110/05 , 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 1.008/06 , 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.

Por contra, la Sala ha entendido que constituye error inexcusable:

- STS de 1-10-07, RUD 3.794/06 , entendió que era error inexcusable que la empresa calculara la indemnización atendiendo al salario neto percibido por el trabajador, en lugar del salario bruto".

Situado el debate en torno a la existencia de un error en la cantidad ofrecida al trabajador con ocasión del despido, habrá que comenzar diciendo que la cantidad puesta a disposición por la empleadora ascendió a la suma de 31.904,47 euros (ordinal segundo), que el salario bruto diario recocido al actor ascendía a 90,14 euros, y que la antigüedad recocida en la resolución de instancia se fija en el día 16 de noviembre del año 2000.

Pues bien a partir de tales parámetros no cabe apreciar el error apreciado en la resolución de instancia respecto del importe de la indemnización puesta disposición del trabajador, habida cuenta que, a la fecha de despido el 23 de septiembre de 2015, la antigüedad del actor se cifraba en 14 años y 11 meses, que a razón de 20 días de salario arroja la suma de 26,891,78 euros, esto es, la cifra puesta a disposición del actor por la empresa demanda excede en 5.012,69 euros a la que legalmente le correspondía percibir, y siendo ello así no puede sino hablarse de un cumplimiento ajustado a derecho del requisito exigido al Art. 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores en la notificación del despido.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por la dirección letrada del trabajador y estimando el interpuesto por la empleadora BEROA IBERICA SA, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés de fecha 26 de febrero de dos mil dieciséis , dictada en los autos 711/15, resolviendo la demanda sobre Despido instada contra la expresada empresa por Ruperto , revocamos la sentencia de instancia y, desestimando la demanda rectora de los autos, declaramos procedente el despido y, en consecuencia, convalidamos la decisión empresarial de extinguir el contrato que vinculaba a las partes. Todo ello sin que haya expresa condena en costas.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina** , que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS , con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que** : fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos),



y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ