

Roj: **STS 3864/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3864**Id Cendoj: **28079140012016100540**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/07/2016**Nº de Recurso: **3883/2014**Nº de Resolución: **621/2016**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 6 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ezequias , representado y defendido por el Letrado Sr. Carretero Benito, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de julio de 2014, en el recurso de suplicación nº 2158/2013 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 5 de febrero de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid , en los autos nº 1485/2012, seguidos a instancia de dicho recurrente contra las empresas ADF TECNOGEN, S.L., CIRCAGEN, S.A. y Centro de Genética Clínica España, S.L. (hoy CGC Laboratorio de Genética y Clínica Forense, S.A.) sobre despido. Ha comparecido en concepto de recurrida la empresa CGC Genéticos Laboratorio de Genética Clínica y Forense, S.A., Unipersonal (sociedad resultante de la fusión por absorción por parte de la sociedad CIRCAGEN, S.A.U., a las sociedades ADF TECNOGEN, S.L.U. y Centro de Genética Clínica España, S.L.U.), representada y defendida por la Letrada Sra. Vázquez Inchausti.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Con fecha 5 de febrero de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:«Que estimando parcialmente la demanda de despido formulada por D. Ezequias contra ADF TECNOGEN, S.L., CIRCAGEN, S.A. y Centro de Genética Clínica España, S.L. (hoy CGC Laboratorio de Genética y Clínica Forense, S.A., debo declarar y declaro procedente el despido por causas objetivas de que ha sido objeto el demandante, que tiene derecho a percibir una indemnización de 22.718 euros, de los que ya ha percibido 8.455,77 euros».

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

«1º.- El demandante fundó, junto con dos socios, la empresa ADF TECNOGEN, S.L. el 30-12-99 y fue Administrador Único de la misma hasta el 10-6-2005 en que pasa a ser Consejero-Delegado y Presidente del Consejo de Administración. Fue cesado en tal cargo el día 25-2-08.

He estado de alta en el RETA desde el 1-7-2000 hasta el 30-11-07; desde el 1-12-07 hasta el 26-3-08 ha estado de alta en el Régimen General como asimilado, y causó nueva alta en el Régimen -General, como trabajador común, el día 27-3-08 a petición propia al haber sido destituido del cargo de Consejero delegado del Consejo de Administración.

A partir de dicha fecha, presta servicios por cuenta de la demandada con la-categoría profesional de Gerente y devengando un salario mensual de 2.762,95 euros.

2º.- Mediante carta de fecha 24-4-08, la empresa comunica al actor su despido disciplinario con efectos del mismo día, e impugnado que fue, mediante sentencia de fecha 148-08 del Juzgado de lo Social nº 26 se declara nulo el despido por no haberse acreditado los hechos imputados en la carta de despido y coincidir la



comunicación del despido con la voluntad del actor de hacer uso de la jornada reducida derivada del permiso por maternidad. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia en fecha 22-5-09 (Doc. 1 y 2 de la parte actora). El día 7-6-10 y antes de ser reincorporado, la empresa comunica al trabajador-un nuevo despido por causas disciplinarias, reconociendo en la carta la improcedencia del despido, y mediante sentencia de fecha 28-10-11 del Tribunal Superior de Justicia, dictada con ocasión del recurso interpuesto contra el auto del Juzgado nº 26 recaído en incidente de readmisión irregular, revoca el auto que declaraba extinguida la relación laboral, ordena a la empresa a reponer al trabajador en su puesto de trabajo (Doc. 3 de la parte actora).

3º.- El demandante se reincorporó a la empresa el día 29-11-11, si bien a continuación, disfrutó de sus vacaciones anuales hasta el día 4-1-12 y luego disfrutó permiso por paternidad, y desde el día 12-6-12 hasta el día 18-10-12, ha estado disfrutando de reducción de media hora por lactancia (Doc. 4 de la parte actora).

4º.- Con fecha 11-7-12 el actor envió un burofax al Director Financiero en relación a los salarios y a las cotizaciones y retenciones (doc. 9 de la demanda).

5º.- Con fecha 26-7-12 envía otro burofax a la Presidente de la empresa exponiéndole una serie de quejas (doc. 10) Mediante carta de fecha 14-8-12 se le contesta en los términos que contiene el documento nº 25 de la demanda.

El 22-8-12 la empresa entrega al trabajador un juego de llaves de acceso al local y una clave de acceso para el sistema de alarma (Doc. 5 de la parte actora). El día 7-9-12 se le facilita acceso al laboratorio mediante la huella dactilar (Doc. -6 de la parte actora): No todos los trabajadores tienen acceso al laboratorio mediante huella dactilar, solo los que trabajan en el laboratorio (testifical).

6º.- Mediante carta de fecha 30-10-12 la empresa le comunica su despido con efectos del mismo día por causas económicas y organizativas, alegando los siguientes hechos:

"Por medio de la presente, la Dirección de ADF TECNOGEN, SL. -en adelante la Compañía o ADF- procede a poner en su conocimiento la decisión de extinguir su contrato de trabajo con fecha de efectos del día de hoy, 30 de octubre de 2012, por **CAUSAS ECONÓMICAS Y ORGANIZATIVAS** de acuerdo con lo previsto en el art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en adelante, ET- según la redacción actualmente vigente.

La medida extintiva definida en el párrafo anterior responde, de acuerdo con lo previsto en la citada norma, concurre:

*En cuanto a la causa económica: la misma se aprecia cuando, de los "resultados de la empresa se desprenda: una situación económica negativa, como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o; la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas".*

*En todo caso concurrirá si "durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del arlo anterior", y;*

*En cuanto a la causa organizativa: "cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción".*

Las anteriores causas encuentran su justificación en los siguientes hechos:

Primero.- Como Vd. sabe, la Compañía CIRCAGEN, S.A. es un laboratorio privado especializado en el diagnóstico genético como herramienta diagnóstica de las diferentes especialidades médicas, así como de asesoramiento genético.

Desde el año 2005 CIRCAGEN ha venido invirtiendo y trabajando conjuntamente con compañías del sector, finalizando en agosto de 2012 el proceso de fusión con las entidades ADF TECNOGEN, SL y CENTRO DE GENÉTICA CLÍNICA ESPAÑA, SL, mediante el traspaso a título universal del patrimonio de las sociedades absorbidas a la sociedad absorbente, CIRCAGEN.

En este sentido ADF TECNOGEN, SL era una sociedad dedicada a la genética forense mientras que CENTRO DE GENÉTICA CLÍNICA ESPAÑA, SL era una sociedad que tenía como objeto representar en España a CGC - Centro de Genética Clínica e Patología SA. en todas las actividades. Tras la adquisición en septiembre de 2009 de ADF y Circagen por CGC Genetics - Centro de Genética Clínica y Patología, SA, la sociedad CENTRO DE GENÉTICA CLÍNICA ESPAÑA, SL no tiene ninguna actividad y ningún empleado.

Así ADF TECNOGEN, SL y CENTRO DE GENÉTICA CLÍNICA ESPAÑA, SL pasarán a configurarse como partes integrantes de la unidad mercantil tras la fusión en agosto del corriente con CIRCAGEN.



Segundo.- El conjunto de las Compañías y así como sus resultados tras la fusión ponen de manifiesto la existencia de unas pérdidas progresivas y continuadas durante al menos seis (6) trimestres consecutivos, arrojando los siguientes datos:

1T2011 2T2011 3T2011 4T2011 1T2012 2T2012 3T2012 4T2012

ADF -43.853,15 39.279,47 -45.928,45 -35.726,64 -38.524,02 -40.524,02 -43.356,17 -287.191,92

CIRCAGEN 50.907,94 28.855,58 -30.792,04 355,15 37.409,03 -23.331,24 -4.349,96 59.054,46

TOTAL 7.0154,79 -10.423,89 -76.720,49 -35.371,49 -1.114,99 -63.855,26 -47.706,13 -228.137,46

Los datos anteriores confirman que desde el 2º trimestre de 2011 al 3º trimestre de 2012 la Compañía acumula unas pérdidas consecutivas que alcanza la cifra de 228.137,46€ siendo únicamente el 1º trimestre del año 2011 la única referencia en el periodo comparado en los que los resultados obtenidos dieron una pequeña cifra positiva.

Tercero.- A mayor abundamiento, si comparamos los tres (3) últimos trimestres del presente año con sus correspondientes registrados en el año anterior se confirma las pérdidas consecutivas el nivel de ingresos en ambos periodos comparados:

4T2010 4T2011 1T2011 1T2012 2T2011 2T2012 3T2011 3T2012

ADF -26.557,89 -35.726,64 -42.853,15 -38.524,02 -39.279,47 -40.534,02 -45.928,45 -43.356,17

CIRCAGEN 14.322,33 355,15 50.907,94 37.409,03 28.855,58 -23.331,24 -30.792,04 -4.349,96

-12.235,56 -35.371,49 7.054,79 -1.114,99 -10.423,89 -63.855,26 -76.720,49 -47.706,13

De los datos anteriores se aprecia que en comparativa:

1. Entre el 4º trimestre de 2010 y el 4º trimestre de 2011, se incrementan las pérdidas en 23.135,93 € al pasar de perder 12.235,56 € a unas pérdidas de 35.371,49 C.
2. Entre el 1º trimestre del año 2011 y 1º trimestre del año 2012 se pasa de ganar 7.054,79 € a perder 1.114,99 C.
3. Entre el 2º trimestre del año 2011 y 2º trimestre del año 2012 las pérdidas se incrementan en 53.431,37 € al pasar de perder 10.423,89 € a unas pérdidas de 63.855,26 C.
4. Entre el 3º trimestre del año 2011 y 3º trimestre del año 2012 se mantienen las pérdidas sin datos significativos de mejora.

**Cuarto.-** Esta situación igualmente se evidencia si analizamos la facturación de las Compañías en el último año. La actual situación económica ha provocado la necesidad de rebajar los precios de nuestros servicios a fin de conservar la posición adquirida en el mercado. Esta disminución en el precio origina que no siendo suficiente la reducción de la actividad en la empresa nuestros ingresos se vean gravemente reducidos. De este modo:

FACTURACIÓN OCT. 2011 A SEPT. 2012

4T2011 1T2012 2T2012 3T2012

ADF 33.911,62 40.090,86 52.670,59 38.468,92

CIRCAGEN 236.466,41 216.107,17 139.638,42 114.491,47

TOTAL 270.378,03 210.290,03 192.309,01 152.960,39

Variación entre trimestres -14.190,00 -63.889,02 39.348,62

**Quinto.-** La disminución constante de la facturación, así como las pérdidas mantenidas a lo largo de los últimos trimestres pone en riesgo la viabilidad de la Compañía y por tanto de todos los puestos de trabajo. Por ello, esta situación lleva a la Dirección de la Empresa a la necesidad de acometer medidas con el fin de viabilizar la Empresa.

En el objetivo de implementar medidas para adecuar la Compañía a las actuales circunstancias, la Dirección de la Empresa ha adoptado la decisión de reorganizar los puesto de trabajo a fin de optimizar el aprovechamiento de los mismos evitando recursos vacíos.

A tal fin se ha adoptado la decisión de amortizar su puesto de trabajo.



**Sexto.-** La nueva estructura pretende adecuar una nueva organización de la actividad bajo la premisa de optimización de los puestos de trabajo a fin establecer una distribución acorde con las actuales circunstancias de la Compañía que permitan dotarla de la viabilidad necesaria para su mantenimiento en el mercado.

En este sentido y como Vd. sabe, actualmente la Dirección Técnica dirigida por Dña. Luisa cuenta a su vez con dos direcciones cada una dotada de sus correspondientes directores y dos equipos de trabajo, una Dirección Genética Vorense dirigida por D. Blas y por usted mismo y, una Dirección Genética Clínica dirigida por la propia Dña. Luisa .

El nuevo organigrama tras la fusión, aglutina bajo la Dirección Técnica de Laboratorio, asumida por Dña. Luisa , los dos departamentos con la siguiente organización:

El Departamento de Genética Clínica, queda bajo la supervisión de D. Blas y Dña. Natalia y;

Departamento de Genética Forense bajo la supervisión de D. Blas .

El departamento de genética forense no permite una codirección como sí el de clínica, ya que el volumen de facturación de forense es del 19% de la facturación total, siendo el del departamento de genética clínica de un 81%, justificándose su codirección.

Esta medida de racionalización de recursos origina que, las funciones que Vd. realiza quedan asumidas por los puestos existentes en la Compañía y por tanto vacías de contenido al ser asumidas por D. Blas .

**Séptimo.-** Desde el punto de vista empresarial esta reorganización permitirá:

La eliminación de duplicidades en la gestión tanto del trabajo como de la operativa de la empresa.

Un mejor aprovechamiento de sinergias en la actividad desarrollada bajo una única dirección;

Una mayor agilización operativa al estar el trabajo de laboratorio gestionado por una t única dirección;

El establecimiento de una estructura unitaria Y centralizada para el establecimiento de una empresa con mayores potencialidades y recursos que mejorará su posicionamiento en el mercado.

Una mayor optimización de los recursos propios dado que se eliminan direcciones y por tanto se reducen los gastos.

**Octavo.-** Finalmente se ha de indicar que, aun cuando la elección del trabajador corresponde a la libertad del empresario, en el presente caso se ha procedido a valorar criterios de formación, versatilidad y .adecuación de los trabajadores que son susceptibles de extinguir su puesto de trabajo llevando a la siguiente conclusión. Por parte de la dirección de esta empresa se ha realizado una valoración objetiva de Ezequias y Blas , ambos co-Directores de Genética Forense, en 3 áreas fundamentales:

1. Formación: Ezequias es Licenciado en Biología tiene a Blas que es Doctor en Biología.

2. Experiencia:

a. Ezequias ha sido Co-Director Técnico de genética Forense durante 4 años frente a Blas que ha sido Director Técnico único de Genética Forense durante 8 años y co-Director durante 4 años.

b. Ezequias tiene 4 años de experiencia en trabajo de laboratorio frente a Blas que tiene 18 años de experiencia en trabajo de laboratorio.

3. Versatilidad: Ezequias sólo tiene formación y experiencia en Genética Forense frente a Blas que tiene formación y experiencia en Genética Forense y en Genética Clínica.

Teniendo en cuenta la versatilidad de ambos trabajadores, su formación y conocimientos el Sr. Blas reúne requisitos más adecuados para el puesto.

Por todo lo anterior, y de acuerdo con la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se constata el requisito para la amortización de su puesto de trabajo como consecuencia de la reorganización de la plantilla derivada de los cambios operados en el modo de organizar la producción.

De acuerdo con todo cuanto antecede la Dirección de la Empresa ha adoptado la decisión de proceder a su despido con fecha de efectos del día de hoy, 30 de octubre de 2012.

Señalado lo anterior y a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 53.1b) del ET , junto a la presente comunicación ponemos a su disposición mediante cheque nominativo la indemnización legalmente prevista equivalente a 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades la cual asciende al importe de **ocho mil cuatrocientos cincuenta y cinco con setenta y siete euros (8.455,77 C)**.



Finalmente y dado que la Empresa no ha hecho uso del plazo de preaviso previsto en el art. 53.1c) de la norma, establecido en 15 días computado desde la entrega de la carta, de acuerdo con lo previsto en el art. 53.4 ET, se procede a abonar en la nómina de liquidación la cantidad económica compensatoria equivalente a los salarios del preaviso Incumplido.

Asimismo le informamos que en las oficinas del centro tiene a su disposición las cantidades correspondientes a su liquidación de haberes, la cual se hará efectiva en el plazo de 72 horas mediante ingreso en su cuenta bancaria.

Por último, rogamos firme la presente por duplicado el ejemplar en concepto de acuse de recibo de la misma."

7º.- La empresa ha regularizado las cotizaciones y retenciones correspondientes al demandante (Doc. 29 de la empresa).

8º.- Conforme a la cuenta de pérdidas y ganancias de ADF TECNOGEN, S.L. correspondiente al ejercicio 2011 el importe neto de la cifra de negocio fue de 190.731,84 euros, y el resultado del ejercicio fue de 164.794,04 euros.

Conforme a la cuenta de pérdidas y ganancias de ADF TECNOGEN, S.L. correspondiente al ejercicio 2012, el importe hito de la cifra de negocio fue de 153.772,68 euros, y el resultado del ejercicio fue de -160.968,60 euros. (Doc. 11 y 12 de la empresa).

9º.- Conforme a la cuenta de pérdidas y ganancias de CIRCAGEN, S.A. correspondiente al ejercicio 2011 el importe lato de la cifra de negocio fue de 744.630,12 euros, y el resultado del ejercicio fue de 49.326,63 euros.

Conforme a la cuenta de pérdidas y ganancias de CIRCAGEN, correspondiente al ejercicio 2012, el importe neto de la cifra de negocio fue de 655.402,41 euros, y el resultado del ejercicio fue de 7.891,31 euros. (Doc. 13 y 14 de la empresa).

10º.- La Dirección Genética Forense estaba dirigida por dos personas, el demandante y D. Blas, y la Dirección de Genética Clínica por Da Luisa. Tras la fusión de las 3 empresas demandadas, se han producido cambios en el Consejo de Administración y en el equipo directivo; se cambio el organigrama y la Dirección Genética Forense pasa a ser dirigida solo por D. Blas, y la Dirección de Genética Clínica por D. Blas y Da Natalia.

11º.- La empresa ha tomado varias medidas para intentar reducir gastos y mejorar la situación económica de la empresa como la rescisión de un contrato temporal el 28-2-11 (Doc. 25 de la empresa) y el despido objetivo del Director Comercial el 30-10-12 (Doc. 24 de la empresa).

12º.- La evolución del nivel de ingresos ha sido el siguiente (Doc. 10 de la empresa):

ADF TECNOGEN, S.L 2011 2012

Primer T -43.853,15 -38.524,02

Segundo T -39.279,47 -40.237,46

Tercer T -45.928,45 -51.706,04

Cuarto T -35.726,64 -30.501,08

CIRCAGEN, S.A. 2011 2012

Primer T 50.907,94 37.409,03

Segundo T 28.855,58 -23.331,24

Tercer T -30.792,04 -6.434,27

Cuarto T 355,15 -26.648,86

TOTAL 2011 2012

Primer T 7.054,79 -1.114,99

Segundo T -10.423,89 -63.568,70

Tercer T -76.720,49 -58.140,31

Cuarto T -35.371,49 -57.149,94

La empresa CENTRO DE GENÉTICA CLÍNICA ESPAÑA, S.L. no ha tenido personal ni actividad (Doc. 15 y 16 de la empresa).

13º.- Los socios han efectuado un préstamos a CIRCAGEN, septiembre de 2-011 (doc. 17 de la empresa y testifical). No ha habido subidas salariales desde el 2008 (testifical).



14º.- Con fecha 20-8-12 la empresa suscribe un contrato con MEGALAB, S.A., si bien no ha supuesto una mayor actividad ni aumento significativo de los ingresos (Doc. 19 de la empresa y testifical).

15º.- Las cuentas anuales de ADF TECNOGEN, S.L. y de CIRCAGEN, S.A. de los años 2008 a 2012 han sido depositadas en el Registro Mercantil en octubre de 2012 (doc. 12, 13, 17 y 18 de la parte actora), debido a que era el demandante quien encargaba de ello y al ser despedido en el año 2008, nadie en la empresa se percató de que no se había hecho (Interrogatorio de la empresa).

16º.- No consta que el demandante haya ostentado cargo representativo en el último año.

17º.- Se ha intentado la conciliación ante el IMAC."

Por la representación de D. Ezequias , mediante escrito de 15 de febrero de 2013 se presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, que fue resuelto por auto de 8 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Se acuerda aclarar el fallo de la sentencia nº 60/2013 dictada en estos autos con fecha 5 de febrero de 2013, eliminando la frase "de los que ya ha percibido 8.455,77 euros", siendo por tanto la redacción correcta del mismo la siguiente:

«Que estimando parcialmente la demanda de despido formulada por D. Ezequias contra ADF TECNOGEN, S.L., CIRCAGEN, S.A. y Centro de Genética Clínica España, S.L. (hoy CGC Laboratorio de Genética y Clínica Forense, S.A., debo declarar y declaro procedente el despido por causas objetivas de que ha sido objeto el demandante, que tiene derecho a percibir una indemnización de 22.718 euros».

**SEGUNDO.**- Interpuestos recursos de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2014 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso del actor y estimando el de la demandada, revocamos la sentencia de instancia en el único sentido de suprimir la indemnización de 22.718 € por corresponder la ya percibida de 8.455,77 €, manteniendo la declaración de procedencia. Sin hacer expresa declaración de condena en costas. Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir, lo que se hará efectivo una vez haya adquirido firmeza la presente resolución».

**TERCERO** .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Carretero Benito, en representación de D. Ezequias , mediante escrito de 27 de noviembre de 2014, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de mayo de 2009 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 24 de la CE , arts. 4.2.g ) , 53.4 y 55.5 del ET , Directiva del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleado, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. TERCERO.- Arts. 207.3 y 222 LEC .

**CUARTO.**- Por providencia de esta Sala de 2 de julio de 2015 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO** .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SEXTO.**- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 6 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos de debate casacional.

#### 1. El sustrato fáctico del litigio.

Con arreglo a los hechos declarados probados en la instancia (incólumes tras la sentencia de suplicación, pese a que el demandante había interesado varias rectificaciones), a nuestros efectos, interesa subrayar los siguientes datos:

En compañía de otros dos socios, el demandante fundó (el 30 de diciembre de 1999) una sociedad limitada, de la que fue administrador único. Estuvo de alta en RETA desde julio de 2000.

El 10 de junio de 2005 pasó a ser consejero delegado y presidente del consejo de administración. Estuvo como asimilado en el Régimen General de la Seguridad Social.

El 25 de febrero de 2008 fue cesado.

Desde 27 de marzo de 2008 estuvo en el Régimen General como trabajador común.



El 30 de octubre de 2012 la empresa le comunicó su despido objetivo con efectos del mismo día, por causas organizativas y económicas.

## **2. Sentencias recaídas en el procedimiento.**

A) El Juzgado de lo Social nº 17 de los de Madrid, mediante su sentencia de 5 de marzo de 2013 , declara el despido procedente y condena a la empresa al abono de una indemnización superior a la que había puesto a disposición del trabajador. Considera que la antigüedad debe computar desde 1 de julio de 2000 y fija la indemnización en 22.718 €.

B) Los recursos de suplicación presentados tanto por el trabajador cuanto por la empleadora son resueltos mediante la STSJ Madrid 748/2014 (rec. 2158/2013), de 22 de julio . En ella se confirma la calificación del despido como procedente, pero declara correcta la cantidad puesta a disposición por la empresa con la carta de despido (8.455,77 €).

La explicación de esa importante diferencia en el importe indemnizatorio se encuentra en la fecha de inicio de la prestación de servicios: el 27 de marzo de 2008 en lugar del 1 de julio de 2000.

C) La sentencia ahora recurrida fundamenta su decisión en la doctrina unificada ( STS de 24 de mayo de 2011, rcud 1427/2010 ) conforme a la cual en «supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo,...); por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral». A este reiterado criterio se alude a lo largo de todo el procedimiento como "doctrina del vínculo".

## **3. El recurso de casación y los escritos correlativos.**

A) El 27 de noviembre de 2014 se registra el recurso de casación para la unificación de doctrina que formaliza el Abogado del demandante. Lo estructura en tres motivos y será objeto de análisis en el Segundo de los Fundamentos de nuestra sentencia.

Como piedra angular de lo alegado aparece el tenor de lo resuelto por el mismo Tribunal Superior de Justicia madrileño cinco años antes, al resolver otra demanda de despido (disciplinario en aquella ocasión) entre las mismas partes que el actual procedimiento. Esa resolución es, precisamente la que se aporta como sentencia de contraste a los efectos del art. 219.1 LRJS .

B) El 4 de agosto de 2015 se registra el escrito de impugnación al recurso presentado por la Abogada de la mercantil empleadora. Rechaza la existencia de contradicción entre las sentencias opuestas, censura los términos en que se ha formalizado el recurso y niega las infracciones normativas que en él se contienen.

C) Mediante escrito fechado el 15 de octubre de 2015, el Ministerio Fiscal emite Informe poniendo de relieve que el recurso de casación adolece de vicios insubsanables y que en modo alguno las sentencias pueden considerarse contradictorias. Por lo tanto, habiendo sido admitido a trámite, lo que procede es su desestimación.

## **4. Estructura de nuestra sentencia.**

Dadas las objeciones formales suscitadas por el Ministerio Fiscal (en línea con cuanto el escrito de impugnación también apunta) y viniendo referidas las mismas a dos cuestiones que hemos de controlar, incluso de oficio por cuanto constituyen requisito y presupuesto de la casación unificadora, comenzaremos examinando los términos en que se formaliza el recurso (Fundamento Segundo) y la existencia de contradicción (Fundamento Cuarto).

Una vez estudiadas ambas cuestiones ya podremos adentrarnos en la fase de resolución (Fundamento Cuarto).

### **SEGUNDO.- Requisitos formales del escrito de interposición del recurso.**

#### **1. Régimen general.**

De acuerdo con el artículo 224.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social el escrito de interposición del recurso deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del artículo 221, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219. Este requisito exige



una comparación de los hechos de las sentencias, el objeto de las pretensiones y de los fundamentos, a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas. Así lo ha venido exigiendo esta Sala en multitud de sentencias, entre las más recientes, de 18/02/2013 (R. 1078/2012 ), 13/03/2013 (R. 4346/2011 ), 15/04/2013 (R. 772/2012 ), 16/04/2013 (R. 1331/2012 ), 16/04/2013 (R. 2203/2011 ), 23/04/2013 (R. 622/2012 ), 13/05/2013 (R. 4432/2010 ), 25/06/2013 (R. 2408/2012 ), 16/10/2013 (R. 2736/2012 ), 25/11/2013 (R. 2797/2012 ), 21/01/2014 (R. 1045/2013 ), 24/06/2014 (R. 1200/13 ).

La finalidad y fundamento de esta exigencia de análisis pormenorizado o relación precisa o circunstanciada de la contradicción alegada es la garantía de defensa procesal de la parte recurrida, de suerte que ésta pueda apreciar con claridad los términos de un debate que dista mucho de ser simple, al consistir en la comparación de sentencias en la integridad de sus elementos. El análisis o argumento de contradicción ha de consistir, no ya y no sólo en un examen de las doctrinas en que se apoyan las sentencias comparadas, lo que podría corresponder también a la argumentación de infracción legal, sino, sobre todo, de una comparación de las controversias concretas objeto de enjuiciamiento. La comparación de las controversias comporta normalmente un examen individualizado y pormenorizado de los hechos, los fundamentos, pretensiones y decisiones de las sentencias comparadas, dependiendo el detalle exigible de la argumentación del grado de complejidad y casuismo de la cuestión planteada. El análisis de la contradicción de sentencias exige, en su caso, expresar por qué no son relevantes para el correspondiente juicio de contradicción aquellas diferencias entre las sentencias comparadas que en una primera aproximación puedan plantear dudas sobre la concurrencia de este requisito. Así lo ha venido entendiendo esta Sala, entre otras, por citar las más recientes, en SSTS de 24/09/2012 (R. 3643/2011 ), 25/11/2013 (R. 2797/2012 ), 24/02/2014 (R. 732/2013 ).

De otra parte, según el artículo 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para interponer el recurso, siendo criterio doctrinal en tal sentido que el incumplimiento de la exigencia prevista en el art. 224.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social constituye un defecto insubsanable [ SSTS, entre otras, de 28/06/06 (R. 793/2005 ), 21/07/2009 (R. 1926/2008 ), 16/09/2013 (R. 1636/2012 )].

## 2. Consideraciones particulares del Tribunal.

A) El recurrente, en el apartado V de los que denomina "fundamentos de derecho", bajo el epígrafe "Contradicción" y en relación con la sentencia referencial, expone que en ella concurre "la identidad de partes y el mismo objeto del litigio -la cuestión de la antigüedad del trabajador Don Ezequias - por la controversia habida y siendo la misma relación laboral entre las partes entra a conocer sobre la antigüedad del trabajador mencionado y declara que, habrá de entender que el vínculo laboral ordinario no está roto y subsiste tras el cese operado en su condición de Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración con fecha 25/02/2008".

Acto seguido introduce tres motivos de recurso relativos a la vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad, la cosa juzgada y el error inexcusable en el cálculo de la indemnización. El Ministerio Fiscal advierte que la exposición se realiza "sin establecer la relación precisa y circunstanciada de la contradicción, ni fundamentar la infracción legal, en relación con tal cuestión, respecto de la referencial".

B) Tiene razón el Ministerio Público: los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente al escrito de interposición distan de haberse cumplido respecto del análisis de la contradicción alegada: el recurso se limita a realizar la afirmación genérica que se ha reproducido más arriba y, acto seguido, razona olvidándose por completo de exponer las similitudes en cuanto a los hechos, la pretensión y los fundamentos.

Se ha dedicado, por el contrario, a exponer los argumentos de crítica a la sentencia, como si se estuviera ante un recurso de corte casacional clásico, ajeno al exigente presupuesto de la contradicción que permite el acceso a este tercer grado jurisdiccional.

C) Esa grave deficiencia procesal se percibe nítidamente al examinar el primero de los motivos. Versa sobre vulneración de la garantía de indemnidad. En él no se realiza ni un solo contraste entre ambas resoluciones. Hay reproducción de algún pasaje de la sentencia recurrida y un extenso alegato sobre el incumplimiento de las normas que regulan la carga de la prueba cuando se alega vulneración de derechos fundamentales.

El recurso se ha olvidado de acreditar la existencia de contradicción entre las sentencias recurridas y dedica extensos párrafos a la reproducción de sentencias o reflexiones acerca del modo en que se ha ignorado el mandato legal sobre traslado de la carga probatoria. Ni es admisible ese modo de actuar, más bien propio de la suplicación frente a la sentencia del Juzgado, ni es posible que esta Sala reconstruya el recurso para





ajustarlo a las exigencias legales, ni siquiera ello sería posible puesto que la contradicción entre las sentencias opuestas es inexistente, como se observa y luego expondrá.

D) El examen del segundo de los motivos del recurso arroja el mismo resultado que en el caso anterior: Se aborda aquí la incidencia de la cosa juzgada.

El análisis de la contradicción se circunscribe a afirmar que "la cuestión ya fue planteada en su momento y sometida a controversia con la oportunidad de audiencias y prueba, con el resultado que consta en la sentencia de contraste". Ni una sola explicación acerca de "la cuestión", del modo en que se examinó en la resolución de referencia, de la contradicción resultante.

Quizá la explicación de estas carencias, como acto seguido veremos, radica en que realmente no hay oposición de doctrina ni identidad de debates.

E) En fin, por agotar las exigencias de una respuesta judicial razonada, digamos que el desarrollo del tercero de los motivos, sobre error inexcusable en el cálculo de la indemnización tampoco cumple con las exigencias legales.

Aquí sí hay un intento de contraste entre las sentencias opuestas. Sin embargo, se limita a la reproducción sucesiva de sendos fragmentos, sin un razonamiento propio.

En todo caso, yendo más allá de donde probablemente sería exigible, aunque aventuremos lo que ha querido significarse, resulta que la pretendida oposición no aparece en ningún momento ya que:

a) La sentencia referencial, en su fragmento copiado, entiende que mientras se desempeña un cargo societario pervive el vínculo laboral precedente.

b) La sentencia recurrida, en el razonamiento copiado, expone que el periodo de relación mercantil no puede reputarse como laboral.

c) Además que de ambas afirmaciones son compatibles, la sentencia recurrida explica su posición pues conoce y cita la precedente, entendiendo que no entra en contradicción con ella.

d) Especialmente, y adelantando lo que expondrems acto seguido: es que en la sentencia de contraste no se realiza cálculo alguno de indemnización, luego es imposible que haya en ella doctrina sobre el error excusable.

F) La exposición que se lleva a cabo no permite apreciar una verdadera denuncia de contradicción. Se ha seleccionado para ese efecto una sola sentencia, la misma para los tres motivos casacionales, que omite el examen de los temas planteados en los tres motivos del recurso; a su vez, el escrito de interposición prescinde del análisis exigido por la LRJS sobre ese presupuesto.

### **3. Decisión.**

El claro incumplimiento de los requisitos formales que el recurso de casación unificadora debe cumplir impide que deba estudiarse el fondo de los motivos planteados. El defecto debiera haber comportado su inadmisión, lo que en este trámite se transforma en su desestimación.

### **TERCERO.- Contradicción entre sentencias.**

Aun si se prescindiera de aplicar la anterior consecuencia y el habitual criterio flexibilizador de esta Sala aconsejase, como de hecho ha sucedido al admitirlo a trámite, su estudio deberíamos comenzar por comprobar si concurre el presupuesto de la contradicción.

#### **1. Doctrina general.**

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).



Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTs 14/05/2013 (R. 2058/2012 ), 23/05/2013 (R. 2406/2012 ), 13/06/2013 (R. 2456/2012 ), 15/07/2013 (R. 2440/2012 ), 16/09/2013 (R. 2366/2012 ), 03/10/2013 (R. 1308/2012 ), 04/02/2014 (R. 677/2013 ) y 01/07/2014 (R. 1486/2013 ).

Puesto que no basta con la existencia de doctrinas opuestas entre las sentencias comparadas por cada motivo del recurso, hemos de examinar si las diferencias entre ambas son relevantes hasta el extremo de impedir la oposición y contraste que este recurso unificador exige.

## **2. Sentencia referencial.**

La sentencia alegada como contradictoria es la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de mayo de 2009 (r. 1403/2009 ), dictada en el proceso instado por el recurrente contra la misma empresa por su despido disciplinario de 24 de abril de 2008.

Dicha sentencia declara la nulidad del despido por no acreditarse los incumplimientos imputados y venir disfrutando el actor del derecho a la reducción de jornada por lactancia desde el 7 de abril anterior.

Aplica la misma doctrina unificada que cita la ahora recurrida, declarando que el vínculo laboral ordinario no está roto y subsiste tras el cese del demandante como consejero delegado y presidente del consejo de administración el 25 de febrero de 2008. En ella no se fija la antigüedad a efectos indemnizatorios al tratarse de un despido nulo.

## **3. Consideraciones particulares.**

A) Es posible que exista cierta contradicción entre las sentencias opuestas. La de contraste califica el vínculo como laboral desde el principio, a diferencia de la sentencia recurrida que distingue dos periodos, uno de relación mercantil hasta el cese en todos los cargos societarios, y otro de naturaleza laboral a partir de esa fecha.

Sin embargo ambas están inspiradas en la misma doctrina de esta Sala y, desde luego, abordan problemas bien diversos. La eventual contradicción, en su caso, tendría que haberse hecho valer a través de los cauces fijados para el recurso de casación unificadora y ello no ha sucedido, como hemos advertido.

B) El recurrente hace referencia en el escrito de formalización a tres cuestiones, una por cada motivo: la vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad, la cosa juzgada y el error inexcusable en el cálculo de la indemnización. Pues bien: ninguno de esos problemas es afrontado por la sentencia referencial, con lo que la contradicción procesalmente requerida es imposible, por definición.

Mientras que el cómputo de la antigüedad es la única cuestión realmente debatida en el presente procedimiento, ese tema es por completo ajeno al litigio sobre despido disciplinario que desembocó en la sentencia ofrecida para el contraste.

Mientras que aquí se suscita la posible vulneración del derecho de indemnidad, por no haberse trasladado a la empleadora la carga probatoria, en el caso resuelto en 2009 por el TSJ de Madrid esa vertiente queda inédita.

Mientras que ahora se esgrime la vulneración de la cosa juzgada, porque la sentencia recurrida ignora lo resuelto en la de 2009, en la sentencia de contraste esa cuestión no se suscita respecto de otra resolución precedente.

C) La discrepancia que el recurrente mantiene hacia la respuesta judicial que ha recibido su pretensión, por tanto, no puede revisarse mediante este recurso de casación unificadora, al quebrar su principal presupuesto: la aportación de una sentencia contradictoria en los términos más arriba recordados.

Como certeramente apunta el Ministerio Fiscal, basta leer atentamente la STSJ Madrid 404/009, de 22 de mayo (la referencial) para comprobar que en ella no hay examen alguno sobre los temas suscitados en el presente caso: vulneración de la garantía de indemnidad, virtualidad de la cosa juzgada y error en el cálculo de la indemnización por despido.

## **4. Decisión.**

Esta diversidad de los debates en las sentencias comparadas, aunque los litigantes hayan sido los mismos, aboca a la desestimación del recurso, que debió haberse inadmitido en su momento.

## **CUARTO.- Resolución.**

El fracaso de los tres motivos de recurso y sus propias deficiencias formales comportan su íntegra desestimación.



Como en numerosas ocasiones hemos manifestado, lo que en su momento pudo ser una causa de inadmisión del recurso, se transforma ahora en motivo de desestimación .

## FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ezequias , representado y defendido por el Letrado Sr. Carretero Benito, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de julio de 2014, en el recurso de suplicación nº 2158/2013 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 5 de febrero de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid , en los autos nº 1485/2012, seguidos a instancia de dicho recurrente contra las empresas ADF TECNOGEN, S.L., CIRCAGEN, S.A. y Centro de Genética Clínica España, S.L. (hoy CGC Laboratorio de Genética y Clínica Forense, S.A.) sobre despido. 2º) Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3º) No realizar imposición de 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. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.