



Roj: **STSJ M 9165/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:9165**

Id Cendoj: **28079340012022100676**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2022**

Nº de Recurso: **609/2022**

Nº de Resolución: **714/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm 17, 17-01-2022 ( proc. 727/2021),  
STSJ M 9165/2022**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34016050

**NIG:** 28.079.00.4-2021/0066380

**Recurso número:** 609/2022

**Sentencia número:** 714/2022

**CE**

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER

Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA

Ilmo. Sr. D. EMILIO PALOMO BALDA

En la Villa de Madrid, a veintidós de julio de dos mil veintidós, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación número 609/2022, formalizado por la Sra. Letrada Dña. ALBA RODRIGUEZ GIMENO, en nombre y representación de CONSTRUCCIONES INSTALACION Y TRACCION SAU (CITRACC) contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social número 17 de MADRID, en sus autos número 727/2021, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Otilia frente a CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SAU, MAGOBAL CONSTRUCCIONES SLU, HISOAMEX GESTIÓN, S.L., CITRACC DEVELOPING, S.L.,



DELEJOR13, SLU, ORECO SAU Y BALGÓN OBRAS Y SERVICIOS, S.L, sobre **despido**, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. EMILIO PALOMO BALDA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

I.- La demandante ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SAU con la antigüedad de 1-8-86, con la categoría profesional de Jefe de 2ª Administrativo, desempeñando el puesto de Responsable de Servicios Generales y recursos Humanos, y devengando un salario fijo anual de 44.296,50 euros.

En la nómina de diciembre de 2020 la actora percibió 5.000 euros en concepto de bonus no consolidable, en virtud de un acuerdo de fecha 18-12-2020, según el que se trata un premio a modo de liberalidad, y acuerdan que "uno de los preceptos para la obtención del premio es que dicha cantidad no podrá ser tenida en cuenta para el cálculo de cualquier tipo de indemnización o que sirva de base para calcular el precio hora, día, mes o año. En todo caso su generación no se ha producido en este momento, sino durante toda la vida del trabajador en la empresa".

II.- Mediante carta de fecha 21-5-21 la empresa comunicó a la demandante su **despido**, alegando causas objetivas, organizativas y de producción, con efectos del mismo día.

Se da por reproducida la carta de **despido**, en la que se cuantifica la indemnización de 20 días por año de servicio de la demandante en 44.741 euros.

III.- CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SAU (CITRACC) se constituyó el 30-10-2000, hasta diciembre de 2020 su domicilio social estaba en Alcobendas, y desde dicho mes está en la calle Claudio Coello nº 18, de Madrid, su objeto social es construcción, desarrollo y diseño de edificaciones y obras civiles, prestación de servicios de conservación y mantenimiento de equipos, maquinaria e instalaciones, conservación y mantenimiento del medio ambiente, tratamiento de residuos y deshechos, su administradora única es la sociedad CITRACC DEVELOPING, S.L.

IV. - MAGOBAL CONSTRUCCIONES S.L. se constituyó el 3-9-2003, tiene su domicilio social en Carballino, Polígono industrial A Uceira, parcela 143, finca 2A (Orense), su objeto social es la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades mediante la organización de medios materiales y personales, tenencia de valores representativos de los fondos propios de entidades; financiación a las empresas participadas; prestación de servicios de apoyo a la gestión que las entidades participadas requieran para la adecuada dirección y administración de su negocio, actividades inmobiliarias..., su administrador único es D. Segismundo (doc. 10.1 de la empresa).

V.- HISPAMEX GESTIÓN, S.L. se constituyó el 10-6-15, tiene su domicilio social en Orense, su objeto social es la prestación de servicios, actividades de gestión de administración, servicios educativos, sanitarios, de ocio, entretenimiento; construcción, instalaciones, mantenimiento; comercio al por mayor y al por menor; distribución comercial; actividades inmobiliarias; industrias manufactureras y textiles; turismo, hostelería y restauración; transporte y almacenamiento; información y comunicaciones; agricultura, ganadería y pesca; informática, energías alternativas; compraventa y reparación de vehículos...; su administrador único es D Teodosio (doc. 10.1 de la empresa)

VI. - CITRACC DEVELOPING, S.L. sociedad participada por HISPAMEX GESTIÓN, S.L. y MAGOBAL CONSTRUCCIONES S.L., se constituyó el 15-9-2020, tiene su domicilio social en Carballino, Polígono industrial A Uceira, parcela 143, finca 2A (Orense), Madrid, su objeto social es la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades mediante la organización de medios materiales y personales, tenencia de valores representativos de los fondos propios de entidades; financiación a las empresas participadas; prestación de servicios de apoyo a la gestión que las entidades participadas requieran para la adecuada dirección y administración de su negocio; su administrador único es MAGOBAL CONSTRUCCIONES S.L. (doc. 10.1 de la empresa).



VII. - ORECO SAU tiene su domicilio social en Vigo (Pontevedra), su objeto social es la prestación de servicios profesionales de asesoramiento económico, financiero, jurídico, tributario, comercial y de dirección empresarial y de negocios, su administrador único es D. Segismundo (doc. 16 de la empresa).

VIII.- La actora tenía poderes de la empresa CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SAU (CITRACC) para celebrar contratos de trabajo, acordar **despidos**, asistir a conciliaciones y procedimientos judiciales (doc. 4 de la parte actora)

IX.- La actora además de dirigir el departamento de recursos humanos, era la responsable de las plataformas informáticas de licitaciones públicas (doc. 10 de la parte actora)

X.- D Jose Ramón tenía un contrato a tiempo parcial (20 horas) como director, suscrito con CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SAU (CITRACC), y también trabajaba media jornada con ORECO SAU (doc. 14 de la actora).

XI.- Tras el **despido** de la actora, la empresa ha contratado a dos ingenieros (Doc. 8 de la empresa)

XII.- En octubre de 2020 CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SAU deja de ser una sociedad unipersonal al haber transmitido el socio único, DELEJOR 13, S.L., 40.000 acciones nominativas, y se nombra como Administradora Única de CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SA (CITRACC) a la sociedad CITRACC DEVELOPING, S.L. (Doc. 10 de la empresa)

XIII. - El 24-2-2021 CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SAU contrata a TECNOTEL CONTROL, S.L., la asistencia técnica y el mantenimiento de la informática y de las centralitas telefónicas (doc. 14 de la empresa)

XIV.- El 1-3-21 CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SA contrata a ORECO SAU los servicios de gestión y administración en el ámbito laboral (dirección, contratación y gestión de personal, elaboración de contratos de trabajo, gestión y confección de nóminas y elaboración de seguros sociales, gestión de altas y bajas de trabajadores, tramitación de accidentes de trabajo y gestión con las mutualidades, elaboración de la política de recursos humanos y gestión formativa. (doc. 15 de la empresa)

XV.- No consta que la demandante haya ostentado cargo representativo en el último año.

XVI. - Se ha intentado la conciliación ante el SMAC.

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

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por D<sup>a</sup> Otilia contra CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SAU, MAGOBAL CONSTRUCCIONES SLU, HISOAMEX GESTIÓN, S.L. CITRACC DEVELOPING, S.L., DELEJOR13, SLU, ORECO SAU Y BALGÓN OBRAS Y SERVICIOS, S.L., debo declarar y declaro improcedente el **despido** por causas objetivas de que ha sido objeto la demandante, condenando a la empresa demandada CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, SAU (hoy S.A.) a que, a su elección que deberá manifestar en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de esta sentencia, le readmita en su mismo puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 155.487,83 euros, de los que ya ha percibido 44.741 euros, entendiéndose que de no hacerlo en el plazo indicado opta por lo primero, y, en caso de readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir, desde la fecha del **despido** hasta la de la notificación de la sentencia o hasta que la trabajadora haya encontrado otro empleo si tal colocación fuese anterior, en cuyo caso habrán de descontarse los salarios percibidos en la nueva empresa, declarando la falta de legitimación pasiva del resto de las codemandadas, a quienes se absuelve de las peticiones de la demanda."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONSTRUCCIONES INSTALACION Y TRACCION SAU, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 23 de mayo de dos mil veintidós dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en seis de julio de dos mil veintidós, señalándose el día veinte de julio del mismo año para los actos de votación y fallo.

**SÉPTIMO:** En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.- I.-** La actora en el proceso venía prestando servicios para la empresa Construcciones Instalación y Tracción S.A.U. (CITRACC) desde el 1 de agosto de 1986, con la categoría profesional de Jefe de 2ª Administrativo, desempeñando funciones de Directora del Departamento de Servicios Generales y Recursos Humanos y responsable de las plataformas de licitaciones públicas

Mediante carta fechada el 21 de mayo de 2021 su empleadora le comunicó la extinción de la relación laboral con efectos de ese mismo día al amparo del art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, alegando causas de naturaleza organizativa, relacionadas con el proceso de reestructuración puesto en marcha tras la adquisición, el 6 de octubre de 2020, del 80 % de su capital social por parte de Citracc Developing, S.L. que forma parte de un grupo de empresas en el que gran parte de las tareas administrativas, financieras y de gestión están centralizadas o en curso de centralización en Galicia, y de carácter productivo, consistentes en el descenso en la demanda de los servicios y de la carga de trabajo. En ese mismo acto, hizo entrega a la trabajadora de la copia acreditativa de la transferencia de 44.741 euros, equivalente al límite legal máximo de una anualidad de salario, como indemnización por **despido** objetivo.

**II.-** Impugnada jurisdiccionalmente la decisión extintiva, en fecha 17 de enero de 2022 el Juzgado de lo Social núm. 17 de los de Madrid dictó sentencia estimatoria al considerar que la decisión empresarial de no computar a efectos del cálculo de la indemnización la cantidad de 5.000 euros abonada a la demandante en concepto de incentivos en el mes de diciembre de 2020 no resultaba ajustada a Derecho, lo que implicaba que la suma que le debió haber hecho efectiva ascendía a 49.269,50 euros, y determinaba la declaración de improcedencia del **despido** con los efectos jurídicos pertinentes.

**SEGUNDO.- I.-** La empresa condenada estructura su recurso en cinco motivos, formulando el inicial al amparo del art. 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 24 de la Constitución, en relación con los arts. 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97.2 del Texto Procesal Laboral. En su desarrollo argumental denuncia un doble quebrantamiento de las normas procesales que regulan el contenido y la motivación de la sentencias que, a su juicio, justifica la anulación de la combatida y la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que por la juzgadora se emita otra nueva respetuosa con el ordenamiento procesal.

**A)** En primer lugar, aduce que la declaración de hechos probados no contiene elementos suficientes que justifiquen la solución a la que llega el órgano "a quo" y que permitan a esta Sala comprender adecuadamente la controversia y resolverla.

Esta línea discursiva carece de fundamento atendible pues los datos que se recogen en el apartado histórico de la sentencia son suficientes para explicar la declaración de improcedencia del **despido** por el defectuoso cumplimiento por la empresa de la formalidad impuesta por el art. 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, así como para que la demandada pueda impugnar ese pronunciamiento sin sombra alguna de indefensión y este Tribunal pueda ejercer en plenitud la labor de control que tiene asignada. Ello es así, porque en el ordinal primero del precitado relato se especifica cuál era el salario fijo de la actora, así como que en el mes de diciembre de 2020 percibió 5.000 euros como bonus no consolidable en virtud del acuerdo que reseña, en cabal observancia, en lo que respecta a este punto de debate, del art. 97.2 de la Ley Reguladora del orden social, al ser esas circunstancias fácticas las que resultan necesarias para verificar si la suma indicada se debió tomar o no en consideración a la hora de establecer el importe de la indemnización del **despido** y, en caso afirmativo, para dirimir las consecuencias jurídicas originadas por la omisión.

A lo precedentemente expuesto debe añadirse que bajo el pretexto de la supuesta insuficiencia de los hechos declarados probados en torno a ese temática se encubre la mera discrepancia de la empresa con la valoración jurídica de los hechos probados plasmados en la sentencia, discordancia que debe ser encauzada por la vía procesal prevista en los apartados b) y c) del art. 193 de la Ley Reguladora del orden social a los que efectivamente se ha acogido para proponer de un lado la incorporación en la relación de probanzas de determinados particulares relativos al bonus que considera de interés y para reprochar de otro a la magistrada "a quo" la vulneración de los arts. 26, 53.4 "in fine" y 56 del Estatuto de los Trabajadores y 122.3 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

**B)** En segundo término, la Letrada recurrente sostiene que la sentencia incurre en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre la concurrencia de las causas esgrimidas en la comunicación extintiva, limitándose a señalar en el inciso final del fundamento jurídico tercero que el defecto apreciado en la puesta a disposición de la indemnización le lleva a declarar la improcedencia del **despido** "*independientemente de la existencia y acreditación de las causas objetivas alegadas*".

Esta queja tampoco puede prosperar. El órgano de instancia resuelve dentro de los límites del debate al proclamar la improcedencia del **despido** objetivo por no haber cumplido adecuadamente la entidad demandada uno de los requisitos formales exigidos por el art. 53.1 del Estatuto de los Trabajadores, a cuya



inobservancia el apartado 4 de ese mismo precepto, así como el 122.3 de la Ley Reguladora del orden social, atribuyen expresamente ese efecto, salvo que se trate de un error excusable lo que la juzgadora no ha apreciado. Declarada la falta de validez del **despido** por motivos formales al Juzgado de lo Social no le resultaba exigible ponderar jurídicamente las causas esgrimidas por la empresa en los términos acreditados en el proceso y la razonabilidad de la medida extintiva, por lo que no incidió en el vicio de incongruencia que se le atribuye.

No está de más señalar que declarada la improcedencia del **despido**, el empresario puede realizar uno nuevo en el que subsane los requisitos omitidos en el precedente, como dispone el art. 55.2 del Estatuto de los Trabajadores para el **despido** disciplinario, previsión que resulta aplicable al **despido** objetivo por mor de lo previsto en el art. 53.5 de esa misma norma, oportunidad que podría verse frustrada si el Juzgado de lo Social se pronunciase "obiter dicta" sobre el fondo del asunto.

Cuestión distinta es la relativa a la obligación del órgano de instancia de consignar en la relación de probanzas de la sentencia todos aquellos hechos sobre la situación organizativa y productiva alegada por la empresa para justificar el **despido** que habiendo quedado acreditados en el proceso resulten relevantes de forma que los litigantes puedan instar su modificación en trámite de recurso de convenir a sus intereses y el órgano "ad quem" pueda tener un cabal conocimiento de la realidad de lo acontecido y sustentar su decisión al respecto.

En conexión con lo anterior, hay que añadir que los ordinales duodécimo y decimocuarto de la narración histórica de la sentencia contienen información relacionada con las causas organizativas reflejadas en la carta de **despido** y que la Letrada de la empresa, en el curso del motivo que nos ocupa, no hace mención a los hechos supuestamente demostrados a través de la prueba practicada que no se recogen en ese apartado de la resolución judicial ni a la eventual imposibilidad de incorporarlos en sede de suplicación atendiendo a la naturaleza de los medios de prueba propuestos para su acreditación. Es más, en el motivo dedicado a la revisión fáctica interesa, con apoyo en la documental aportada, la inclusión de determinados extremos relacionados con las causas productivas invocadas.

Lo expuesto pone además de relieve la inconcurrencia de un presupuesto ineludible para que esta Sala pueda tomar una medida tan excepcional, traumática y contraria al principio de celeridad que preside el proceso social como la propugnada, cuál es que el pretendido quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia haya ocasionado a la parte que lo hace valer una situación material de indefensión no corregible en suplicación, merma del derecho de defensa que no se produce cuando el déficit fáctico que se achaca a la sentencia guarda relación con la falta de valoración de elementos documentales, supuesto en que los litigantes pueden solicitar su subsanación instando la revisión de la declaración de hechos probados y en el que elementales razones de economía procesal y de evitación de dilaciones injustificadas imponen la necesidad de acudir a la vía de la rectificación fáctica, como ha hecho la parte recurrente.

Por todo lo argumentado, procede rechazar la pretensión anulatoria de las actuaciones deducida por la empresa.

**TERCERO.- I.-** Por razones lógicas y sistemáticas y de claridad expositiva agruparemos el estudio de los restantes motivos en torno a los tres puntos en los que se concreta la disconformidad de la entidad demandada con la resolución judicial de instancia referidos respectivamente a la improcedencia de computar el bonus para el establecimiento de la base resarcitoria, subsidiariamente a la excusabilidad del eventual error cometido al calcular la indemnización, y, por último, a la concurrencia de las causas justificativas del **despido** y a la razonabilidad de la medida adoptada.

**II.-** Siguiendo el orden expresado, se observa que en el apartado A) del motivo de revisión fáctica que con el debido respaldo procesal formula - segundo del recurso - la Letrada de la empresa propugna la ampliación del ordinal que encabeza la declaración de hechos probados con dos nuevos párrafos, uno para dejar constancia de que la suma de 5.000 euros fue la única de esa naturaleza percibida por la actora a lo largo de su carrera laboral y el otro para consignar que el acuerdo al que se hace mención lo firmó el Sr. Valentín que dos meses antes había cesado en el cargo de administrador único de la sociedad como consecuencia de la venta de la mayor parte de su capital.

Ninguna de las adiciones pretendidas merece favorable acogida. La primera, porque los documentos designados - las nóminas de los últimos 12 meses de prestación de servicios (en realidad, de los últimos 24) no acreditan por sí mismas la certeza del extremo cuya introducción se interesa, lo que no se puede deducir del mero hecho de que en las del año 2019 no figure el concepto debatido. Y, en lo que respecta a la segunda, porque aunque se acogiera carecería de relevancia para solventar la controversia pues la circunstancias de que en el mes de octubre de 2020 se produjese el cambio de administrador único de la compañía no implica que el Sr. Valentín no continuase actuando de facto como representante de la misma, como lo confirma que en el organigrama vigente hasta el mes de septiembre de 2021 siguiese figurando como administrador (folios



348 y 349) y que el poder aportado en el proceso para acreditar la representación ostentada por la persona que compareció en nombre de la sociedad en el acto de juicio celebrado el 13 de enero de 2022 (folio 113) fuese el otorgado por el Sr. Valentín. En todo caso, la parte recurrente no cuestiona que el Sr. Valentín gozase de facultades para firmar el acuerdo indicado y vincular a la sociedad.

**CUARTO.- I.-** Situada en el plano del derecho material o sustantivo la parte demandada, no obstante reconocer su naturaleza salarial, expresa su desacuerdo con la decisión judicial de computar la suma de 5.000 euros percibida por la actora en el mes de diciembre de 2020 a efectos de determinar el salario regulador del **despido** acordado el 21 de mayo de 2021. En defensa de su posición, en el tercer motivo del recurso, mantiene que no constituye un bono o incentivo vinculado al cumplimiento de unos determinados objetivos a modo de concepto retributivo consolidado y de obligado pago, sino un premio concedido a título de mera liberalidad y sin contraprestación alguna, por el administrador único saliente el cesar en su cargo. Subsidiariamente, alega que esa cantidad debería prorratearse durante la totalidad de la vida laboral de la trabajadora en que se generó o en último caso en los doce meses previos al **despido**.

**II.-** Con carácter preliminar al enjuiciamiento de la cuestión jurídica suscitada procede poner de manifiesto que en la demanda origen de las actuaciones la actora no hizo referencia al percibo periódico del concepto en cuestión y que aun cuando en el escrito de impugnación del recurso sostiene que el representante legal de la empresa reconoció en la prueba de interrogatorio que venía percibiendo año a año la precitada retribución variable, el órgano sentenciador no ha considerado acreditado ese extremo, y la Sala no está habilitada para analizar de oficio ese medio de prueba, comprobar la veracidad de la manifestación señalada y en base a la misma admitir ese extremo. No está de más añadir que la demandante no aportó ninguna nómina o documento acreditativo de que desde la fecha de su ingreso en la empresa, en 1986, hubiese percibido alguna otra cantidad en concepto de bonus o incentivo aparte de la cobrada en diciembre de 2020.

En definitiva, a la hora de afrontar el problema planteado debemos atenernos a los hechos declarados probados, en cuya conformación la magistrada "a quo" ha tenido en cuenta dos datos esenciales: de un lado, que en la nómina del mes de diciembre de 2020 la suma litigiosa se incluyó bajo la rúbrica "incentivos", como recoge en el fundamento jurídico tercero; de otro, que su abono estuvo precedido por el acuerdo suscrito el 18 de ese mes, como "anexo al contrato", por "decisión de la empresa y aceptado por el trabajador", al que alude en el hecho probado primero, obrante en autos al folio 282, en el que se dice que "en base al grado de compromiso que el trabajador ha mantenido con la empresa le obsequia económicamente con la cantidad de cinco mil euros (5.000 euros) en concepto de bonus", (...) que "tiene carácter extraordinario y no consolidable" y será "abonado únicamente en el mes de diciembre de 2020", "no teniendo el trabajador derecho a percibir dicho bonus en años o meses posteriores, ni la empresa la obligación de abonárselo", así como que "dicha cantidad no podrá ser tenida en cuenta para el cálculo de cualquier tipo de indemnización (...)" en todo caso, su generación no se ha producido en este momento, sino durante toda la vida del trabajador en la empresa".

Para la juzgadora, dicha cantidad "constituye salario y ha de computar como salario regulador a efectos del cálculo de la indemnización por **despido**" sin que a ello sea óbice la estipulación en contrario establecida en el acuerdo al contradecir una norma de derecho necesario como es la contenida en el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, concluyendo la magistrada que el modulo retributivo a considerar es el salario percibido en los doce meses anteriores al **despido**, incluidos los 5.000 euros de incentivos o bonus.

**III.-** La resolución del motivo exige partir de la doctrina sentada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 27 de junio de 2018 (Rec. 2655/2016) y 30 de julio de 2020 (Rec. 324/2018), en el sentido de que como regla general el salario que debe servir de base para el cálculo de la indemnización por **despido**, es el que estuviera percibiendo el afectado al tiempo del cese y en concreto el del último mes trabajado por entero antes del mismo, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias. Doctrina que conecta con la función que cumple la indemnización de compensar al afectado por el daño que le produce la pérdida del empleo, perjuicio que se origina en el momento en que la relación concluye, lo que conlleva que en principio el salario que debe tomarse como parámetro para su cuantificación es el que cobra cuando sufre esa pérdida, que es el que le hubiera correspondido devengar de haber permanecido en activo, si bien el propio órgano de casación social ha admitido diferentes excepciones a esa regla general, ninguna de las cuales concurre en este caso.

Pues bien, a la luz de la finalidad expresada, la Sala no puede compartir la conclusión a la que llega la sentencia impugnada de que la entidad demandada, a efectos de cuantificar la indemnización por **despido** objetivo, debió computar en su integridad la suma abonada a la actora en el mes de diciembre de 2020 con el objeto de premiar su grado de compromiso con la empresa a lo largo de toda su vida laboral.

La razón de nuestra decisión es que se trató de una retribución de carácter absolutamente ocasional en el contexto de una relación de trabajo que se prolongó a lo largo de más de 34 años. Fue un abono puntual y



único, de carácter extraordinario y discrecional, asociado a una circunstancia de índole excepcional como fue la adquisición, dos meses antes, del 80 % del capital social de la compañía por un tercero, a la que se hizo expresa referencia en el documento suscrito, no siendo previsible en modo alguno que la trabajadora hubiese vuelto a devengar ese concepto en el supuesto de que no hubiese sido cesada. Y es que una cosa es que la cantidad discutida tenga la consideración de salario en el sentido que da a ese término el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, y otra distinta que deba ser computada para calcular la indemnización por la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, lo que en atención a sus especiales características merece una respuesta negativa.

**IV.-** La conclusión alcanzada se atiene al criterio aplicado por la Sala de lo Social del Tribunal del Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de mayo de 2005 (Rec. 2776/2004) en la que para fundamentar el incumplimiento del requisito de la contradicción puso de relieve que en la sentencia de contraste, a diferencia de en la impugnada, sí se acreditó una circunstancia que podría estimarse "especial" a efectos de la inaplicación de la regla general anteriormente aludida, *"que es una diferencia en menos en cuantía significativa del último mes respecto del promedio salarial anual, derivada de la pérdida de un ingreso salarial "irregular" en el tiempo y no ocasional o de carácter puntual (...) por la ya señalada realización de un número anómalamente elevado de horas extraordinarias, convertidas así en habituales"*, de lo que "a sensu contrario" se desprende que para calcular el salario regulador de la indemnización no resultaría computable la cantidad percibida de manera puntual un determinado mes del año inmediatamente anterior al **despido** en concepto de exceso de jornada.

**V.-** Adicionalmente, cabe señalar que la tesis de la sentencia recurrida arroja un resultado manifiestamente desproporcionado, carente de una base razonable desde la perspectiva de la función atribuida a la indemnización por **despido**, pues comporta que la suma a abonar por la extinción basada en causas objetivas se incrementaría en un 10 % como consecuencia de una gratificación graciable otorgada a la actora, generada por su grado de compromiso con la empresa en un período de 38 años.

**VI.-** El éxito de este motivo deja vacío de contenido el cuarto, configurado como subsidiario del anterior y que partiendo de su eventual rechazo sostenía que el error cometido en el cálculo de la indemnización tendría en todo caso carácter excusable, no pudiendo justificar la declaración de improcedencia del **despido**, sin perjuicio de la obligación de abonar la diferencia correspondiente.

**QUINTO.- I.-** Acreditado el cumplimiento del requisito exigido por el art. 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, procede examinar el problema de fondo que plantea el recurso centrado en la concurrencia de las causas expresadas en la comunicación extintiva.

**II.-** Para respaldar su postura, en el motivo inicial la entidad demandada solicita que en el relato fáctico de la sentencia impugnada se introduzcan sendas modificaciones. Una, para dejar constancia en el ordinal undécimo, en el que se da noticia del ingreso de dos ingenieros, de que su contratación lo fue para desempeñar puestos ajenos al ocupado por la actora y que no se realizaron nuevas contrataciones para cubrir los amortizados el 21 de mayo de 2021. La otra para incluir un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal: *"desde el punto de vista productivo, y tal como se ha descrito en la carta de **despido**, CITRACC ha experimentado una disminución significativa de la cartera de pedidos"*.

**A)** La primera revisión interesada no se acepta. De un lado, los contratos designados no acreditan las funciones para las que fueron contratados un auxiliar técnico de ingeniería y un ingeniero (Sres. Jesús María y Juan Alberto) en fecha 9 de agosto y 4 de octubre de 2021, respectivamente. Por otra parte, lo que se desprende de los informes de vida laboral que se traen a colación es que la empresa, además de a esos dos trabajadores, incorporó a otros cuatro, tres de ellos cuatro, veinte y treinta días antes del **despido** de la actora (Sres. Pablo Jesús, Dolores y Julio), y, el restante, el 1 de enero de 2022 (Sr. Leandro), número de contrataciones que resulta especialmente significativo en la medida en que la plantilla de la empresa oscila en torno a 40-45 empleados. Pero es que además el nuevo organigrama elaborado por la demandada y citado en este mismo motivo evidencia que la Sra. Dolores quedó encuadrada en el segundo nivel, después del Director General y del Director Financiero y dentro del Departamento SSGG/Administ.

**B)** Igual suerte debe correr la segunda rectificación toda vez que la Letrada recurrente se limita a proponer la inserción de un texto absolutamente genérico y de carácter conclusivo, sin especificación temporal ni cuantitativa alguna, y a citar un total de 33 folios sin efectuar un mínimo análisis de su contenido, teniendo vedado esta Sala suplir las deficiencias advertidas y construir de oficio el motivo so pena de quebrantar su deber de neutralidad y vulnerar las garantías constitucionales de contradicción y equilibrio procesal. A mayor abundamiento, los documentos invocados carecen de la fuerza de convicción necesaria para alterar la relación de probanzas.

**SEXTO.-I.-** El quinto y último motivo de recurso, formalizado bajo la cobertura procesal del art. 193 c) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, lo dedica la empresa a denunciar la infracción del art. 53.4 del Estatuto de



los Trabajadores al considerar que la calificación que corresponde al **despido** enjuiciado es la de procedente al concurrir las causas expresadas en la carta de cese.

II.- En respuesta a este alegato, hay que comenzar señalando que el relato fáctico de la sentencia de instancia, inalterado en suplicación, no contiene ninguna información que permita constatar cuál era la realidad productiva de la empresa demandada en el primer cuatrimestre de 2021 y en los dos ejercicios precedentes, ni dato alguno que vincule las pretendidas dificultades de mercado por las que atravesaba con la decisión de amortizar el puesto de trabajo de la actora. El corolario ineludible que deriva de lo anterior, sin necesidad de realizar mayores consideraciones al respecto, es que la medida extintiva no puede considerarse justificada por razones productivas.

III.- En lo que a las causas de índole organizativa invocadas en la carta de **despido** se refiere lo único que la resolución judicial impugnada declara probado es que en el mes de octubre de 2020 se produjo un cambio accionarial y de administrador único en la sociedad recurrente, cargo que pasó a ocupar la Citracc Developing, S.L., constituida un mes antes, que tiene su domicilio social en Carbalino (Orense), así como que la demandada en fecha 1 de marzo de 2021 contrató a Oreco, S.A.U., compañía con domicilio social en Vigo, para la prestación de los servicios de gestión y administración en el ámbito laboral.

Pues bien, esos hechos son manifiestamente insuficientes para verificar los factores objetivos y las razones de fondo que indujeron a la demandada a encargar la prestación de los precitados servicios a una supuesta empresa del grupo, decisión que junto a la de externalizar las tareas relacionadas con la red informática, fueron las determinantes, según se indicó en la carta de cese, de la amortización del puesto de trabajo de la demandante.

Empezando por esa segunda encomienda, producida pretendidamente en virtud de un contrato celebrado el 29 de marzo de 2021, es de advertir que en el apartado histórico de la sentencia cuestionada no se alude a ese encargo, dejándose únicamente constancia de la subcontratación de los servicios de asistencia técnica y mantenimiento de los equipos informáticos y de las centralitas telefónicas mediante contrato concertado el 24 de febrero de 2021. Lo expuesto arroja la conclusión inequívoca de que respecto de una de las dos funciones que simultaneaba la actora - la responsabilidad de las plataformas informáticas de licitaciones públicas - la Sala no dispone de parámetro fáctico alguno - cuya prueba le incumbía a la empresa - que sirva para apreciar la existencia de motivos organizativos que amparen la amortización del puesto de trabajo de la recurrida, máxime si se tiene en cuenta que no existe constancia del tiempo que empleaba en la realización de cada uno de esos cometidos.

Volviendo a la supuesta operación internalizadora, este Tribunal no desconoce que la integración de la entidad empleadora en un determinado grupo empresarial y la subsiguiente centralización de determinados servicios en una de las sociedades que lo conforman constituye una solución organizativa habitual que puede redundar en mejora de la eficiencia, la productividad y la rentabilidad de dicho conglomerado y de las compañías que lo integran, así como que tal operación puede provocar que los puestos de trabajo de los empleados que llevaban a cabo esas tareas queden vacíos de contenido y que su amortización sea una medida adecuada. Empero lo anterior, este Tribunal no puede fundar la declaración de procedencia del **despido** en un acto de fe en la veracidad de la versión que ofrece la Letrada recurrente en el desarrollo del motivo sin respaldo en el relato fáctico de la sentencia combatida, y efectuar esa calificación sin disponer de los datos indispensables para conocer el sustrato fáctico sobre el que asentar el juicio de legalidad en torno a la existencia de las causas alegadas y sin contar con elemento de juicio alguno que permita inferir razonablemente que la decisión que originó la extinción del contrato de trabajo de la actora fuese plausible en términos de gestión empresarial. Debemos reiterar que el recurso de suplicación es un recurso extraordinario y que la Sala llamada a resolverlo no puede, de oficio, suplir las deficiencias en las que incurre.

En definitiva, este Tribunal no puede considerar acreditada la concurrencia de las causas organizativas y productivas alegadas por la empleadora para justificar la medida enjuiciada, lo que de conformidad con lo previsto en los arts. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 122.1 "in fine" de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comporta que haya de mantenerse el pronunciamiento judicial referido a la improcedencia del **despido** pero en base a argumentos de fondo distintos de los formales empleados por el órgano de instancia.

**SEPTIMO.-- I.-** El acogimiento del tercer motivo de recurso determina que el importe de la indemnización por **despido** improcedente haya de fijarse en 139.706,02 euros, partiendo de un salario anual de 44.296,50 euros, en lugar de en la suma de 155.487,83 euros establecida en el fallo de la sentencia de instancia.

II.- Atendiendo a lo preceptuado en los arts. 203 y 235.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción la estimación parcial del recurso formulado por la empresa demandada comporta la devolución del depósito constituido





para recurrir y la aplicación de la cantidad de condena consignada al cumplimiento del fallo de la sentencia, y que no hay lugar a imponerle las costas causadas.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa CITRACC contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 17 de los de Madrid en los autos nº 727/2017, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Otilia en materia de **despido**, que se revoca en parte en el sentido de declarar que la indemnización por **despido** improcedente asciende a 139.706,02 euros, de la que habrá lugar a deducir la suma ya percibida de 44.741 euros y que los eventuales salarios de tramitación deben calcularse a razón de 121,36 euros diarios, manteniendo sus restantes pronunciamientos. Sin costas.

Una vez firme esta resolución, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento, debiendo reintegrarse a la mercantil recurrente el depósito de 300 euros y aplicar la cantidad de condena consignada al cumplimiento del fallo.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número 28260000000060922.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.