



Roj: **STS 4794/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4794**

Id Cendoj: **28079140012013100654**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/09/2013**

Nº de Recurso: **2140/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 5967/2012,**  
**STS 4794/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Fernando Vizcaíno de Sas, en nombre y representación de ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de mayo de 2012, recaída en el recurso de suplicación nº 220/12, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid, dictada el 6 de septiembre de 2011, en los autos de juicio nº 731/2011, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Marco Antonio contra ANTENA 3 DE TV, S.A., MEDIARENA SERVICIOS S.A., sobre Despido.

Han comparecido en concepto de recurridos MEDIARENA SERVICIOS, S.A. representado por el Letrado D. Fernando Velasco Muñoz.

D. Marco Antonio representado por la Letrada Doña Eva Domínguez Tejeda.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Rosa María Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de septiembre de 2011, el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Previa desestimación de las excepciones de inadecuación de procedimiento, falta de acción, falta de legitimación pasiva alegada esta última por MEDIARENA SERVICIOS SA, se estima la demanda en parte y se declara improcedente el despido de D. Marco Antonio, condenando a la empresa ANTENA 3 DE TV, S.A. a que opte en el plazo de cinco días, por escrito ante este Juzgado, entre la readmisión del actor o el abono de la indemnización de 96.673,13 euros, con abono de los salarios de tramitación, por la diferencia que pudiera existir entre los declarados probados y los percibidos en su colocación. Si no opta en plazo se entiende procede la readmisión. Se absuelve a MEDIANERA SERVICIOS S.A."

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

"PRIMERO. D. Marco Antonio ha prestado servicios para ANTENA 3 DE TV, S.A. con categoría de operador de cámara de primera, salario mensual con parte proporcional de pagas de 3.772,61 y antigüedad de 16 de mayo de 1991; SEGUNDO. El actor solicitó la excedencia voluntaria mediante escrito de 13 mayo de 2008 y por un período de tres años con fecha de inicio el 26 de mayo de 2008. (Folio 45); TERCERO. La empresa ANTENA 3 DE TV, S.A. le contesta que le concede la excedencia desde el 26 de mayo de 2008 hasta el 25 de mayo de 2011 (folio 46). El actor remite, el 15 de abril de 2011, a ANTENA 3 DE TV, S.A.



burofax solicitando la reincorporación con efectos 25 de mayo de 2011 (folio 49); QUINTO Con fecha 16 de mayo de 2011, la empresa remitió al trabajador la siguiente comunicación: "En contestación a su carta lamentamos comunicarle que, como usted sabe, el departamento de planificación y operaciones, al que usted pertenecía, fue externalizado y las funciones correspondientes a su categoría se prestan a través de una contrata externa MEDIARENA SERVICIOS SA. Por lo que, en estos momentos, no existe ninguna vacante de su categoría o similar por lo que nos es imposible atender a su solicitud. Insistimos, máxime cuando el departamento al que usted pertenecía no existe. Ello no obstante, puede usted dirigirse a la empresa MEDIARENA SERVICIOS SA reclamando si así entiende que le asiste el derecho preferente a ocupar un puesto de su categoría en esta empresa." (Folio 50); SEXTO. Con fecha 18 de marzo de 2010, ANTENA 3 TV, S.A., MEDIARENA SERVICIOS SA, y 29 trabajadores de ANTENA 3 SA, suscribieron un documento que recogía las siguientes manifestaciones: "Primero. Los comparecientes personas físicas han venido prestando sus servicios para la empresa ANTENA 3 TELEVISION SA. Segundo. Por parte de ANTENA 3 TELEVISION SA se comunicó el deseo de subcontratar su servicio de operaciones de Gestión de estudios, imagen, iluminación, y sonido con la empresa MEDIARENA SERVICIOS SA, compareciente en este acuerdo; subcontratación que afectaría a los comparecientes en su totalidad, al estar integrados en MEDIARENA SERVICIOS SA. Tercero. A la vista de la subcontratación anunciada y con el fin de evitar cualquier procedimiento judicial en caso de discrepancia de los trabajadores con la misma, los trabajadores afectados iniciaron conversaciones con la empresa, habiéndose llegado a unos determinados acuerdos al respecto que se regirán por lo establecido en el presente documento." Dicho documento recogía las siguientes estipulaciones: "PRIMERA. Con efectos del próximo día 25 de marzo de 2010 ANTENA 3 TELEVISION SA procederá a extinguir la totalidad de los contratos de los comparecientes personas físicas y a abonar una indemnización igual a cuarenta y cinco días por año de antigüedad, prorrateándose por meses los períodos en tiempo inferiores a un año. Una vez hecho efectivo el despido y abonadas las cantidades que correspondan por liquidación, los trabajadores comparecientes declaran que, salvo buen fin de los pagos y excepción hecha de las condiciones que se regulan en el presente acuerdo a continuación, se dan totalmente por saldados y finiquitados de la relación que les unía con ANTENA 3 TELEVISION SA, declarando no tener nada más que reclamar y por ningún otro concepto (excepto los derivados de las estipulaciones del presente acuerdo) desde la fecha de extinción, liberando a la empresa de cuantas responsabilidades pudiera tener por la extinción de la relación ahora acordada y comprometiéndose a no impugnar dicha extinción, ni los presentes acuerdos. En la fecha prevista esto es el próximo 25 de marzo de 2010, se hará entrega a los trabajadores de una carta de despido reconociendo su improcedencia a todos los efectos, incluso a los efectos de que puedan ocasionalmente solicitar la prestación por desempleo. SEGUNDA. Por parte del compareciente MEDIARENA SERVICIOS SA se garantiza que a la vez y en el mismo acto ATV les entregue la carta de despido como improcedente y se les abone la indemnización correspondiente, se formalizarán con los trabajadores comparecientes que así lo deseen un nuevo contrato de trabajo con fecha de inicio de 26 de mayo de 2010 en el que, además de las cláusulas generales correspondientes, se incluyan de manera obligatoria las que se hacen constar a continuación: 1. El contrato se realizará ex novo, y sin antigüedad, siendo de aplicación desde el primer momento de su inicio las condiciones recogidas en el CC de la Industria de la Producción Audiovisual. Los trabajadores declaran expresamente aceptar ambas condiciones como contenido esencial de su relación laboral y renunciando a cualquier reclamación derivada de estos dos extremos. 2. Se establecerá en dichos contratos que independientemente del salario que corresponda por el convenio aceptado de aplicación en el párrafo anterior, se garantizará a cada empleado una retribución bruta anual total de. "(en la documental aportada por el actor y por antena 3 consta tachado el importe)". 3. Dicha retribución anual incluirá un plus de disponibilidad de retribuirá tanto el hecho en sí de la disponibilidad (de acuerdo con lo recogido en el CC de la Industria de la Producción Audiovisual) como el tiempo de trabajo invertido, siempre que dicha jornada no exceda de la legal o pactada en 10 horas mensuales, las cuales no tendrán consideración de horas extraordinarias y cuya compensación económica está por tanto comprendida en el importe de este plus. Asimismo incluirá un plus de prolongación de jornada "consta tachado el importe") euros brutos anuales; mediante este plus se compensa el ajuste horario necesario para adaptar el que venían realizando los trabajadores antes de su incorporación a MEDIARENA SERVICIOS SA. Así, y mientras que el trabajador preste servicios en un horario de 40 horas semanales, percibirá la cantidad por tal concepto, cesando en su cobro cuando retorne a una jornada de 35 horas semanales. Ambos complementos no podrán ser suprimidos salvo acuerdo entre trabajador y empresa. Asimismo la retribución anual incluirá un plus a cuenta de convenio que no tiene carácter compensable ni absorbible y es totalmente consolidable y estará sujeto a la subida que se pacte para le salario base. 4. Durante el primer año de contratación, es decir, desde 26 de marzo de 2010 a 25 de marzo de 2011 el trabajador tendrá la opción entre la indemnización y la readmisión si es despedido y su despido es declarado o reconocido improcedente. 5. La empresa MEDIARENA SERVICIOS SA se compromete, respecto a de los trabajadores firmantes del presente acuerdo, a no llevar a cabo ninguna medida colectiva de extinción de contratos por expedientes de regulación de empleo o individual a través de extinciones por causas objetivas en idéntico período de un año (desde 26 de marzo de 2010 a 25 de marzo de 2011). 6. En todo momento, MEDIARENA SERVICIOS SA facilitará la formación y cursos precisos de



adaptación, obligándose a mantener actualizados los conocimientos de la plantilla al respecto. TERCERA De igual forma, durante el mencionado período de un año (desde 26 de marzo de 2010 a 25 de marzo de 2011) la empresa MEDIARENA SERVICIOS SA no podrá aplicar medidas de movilidad geográfica de las previstas en el artículo 40 del ET, ni siquiera de carácter temporal, y excepción hecha de los desplazamientos necesarios para cubrir el servicio concreto de que se trate. CUARTA. En caso de discrepancia entre el contenido de los contratos individuales de las personas intervinientes y el presente documento, se dará preferencia a lo recogido en este contrato." ; SEPTIMO. Con fecha 26 de marzo de 2010, ANTENA 3 TELEVISION SA y MEDIARENA SERVICIOS SA suscribieron contrato cuyo objeto era el siguiente: "El presente contrato tiene por objeto regular la prestación por parte de MEDIARENA SERVICIOS SA a favor de ANTENA 3 TELEVISION SA como proveedor exclusivo, de los servicios de operaciones de estudios y platós de televisión que figuran descritos e identificados en el Anexo 1 (en adelante, "los servicios") con la extensión, continuidad y calidad que se establecen más adelante. Los servicios incluyen todas las actividades que son necesarias para la gestión, operación y control de estudios y platós de televisión, para la producción de cualquier programa de televisión, sea de ANTENA 3 TELEVISION SA o de cualquier empresa del grupo, todo ello de conformidad con lo detallado en el Anexo I. Estos servicios serán de carácter integral e incluirán desde las labores de diseño y montaje de cada una de las áreas implicadas hasta las tareas de operación y desmontaje final, todo ello sujeto a los planes de "producción y/o emisión de ANTENA 3 TELEVISION SA que a tal efecto serán comunicados a MEDIARENA SERVICIOS SA con la suficiente antelación. Sin perjuicio de la descripción de tareas que figuran en el mencionado Anexo I, ambas partes consideran que la prestación de MEDIARENA SERVICIOS SA es de carácter integral, y que por tanto debe incluir todas las necesidades de ANTENA 3 TELEVISION SA en relación con los servicios acordados por ambas partes, debidamente presupuestados, y recogidos en este contrato y sus anexos. Se incluye en el alcance del presente contrato la prestación, con carácter general, de los siguientes servicios: Gestión, control y operación de la iluminación.

Gestión, control y operación del sonido.

Gestión, control y operación de las cámaras.

Gestión, control y operación de los mezcladores.

Control de imagen.

Gestión, control y operación de las grúas.

Operaciones auxiliares.

Organización y gestión de estudios.

Los servicios contratados incluyen todos los aspectos que son necesarios para su prestación en condiciones adecuadas de acuerdo con el presente contrato y sus anexos, tanto en lo relativo a recursos técnicos y medios humanos como en la celebración de acuerdos con otros proveedores para su adecuada prestación. MEDIARENA SERVICIOS SA garantiza a ANTENA 3 TELEVISION SA que su organización empresarial tiene por sí misma la capacidad y flexibilidad imprescindibles para ofrecer la prestación de los servicios, y se compromete a asegurar su correcta ejecución según las necesidades definidas por ANTENA 3 TELEVISION SA." Para el desarrollo de esta actividad, MEDIARENA SERVICIOS SA hace uso de sus propios medios productivos: cámaras, equipos de grabación y montaje, y estudios. Se da por reproducido el documento obrante en folios 161 a 165. OCTAVO. El actor está trabajando para otra empresa, alega que percibe salario inferior al que alega en la demanda a efectos de esta litis; NOVENO. Presentada por el actor papeleta de conciliación, el 31 de mayo de 2011 se celebró sin efecto el 15 de junio de 2011, el 17 de junio se presentó la demanda."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 2012, en la que consta el siguiente fallo:

"Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por ANTENA 3 TELEVISION, S.A., contra la sentencia de fecha SEIS DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL ONCE, dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de los de MADRID, en sus autos número 731/11, y en consecuencia, debemos confirmar la sentencia de instancia."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Letrado de ANTENA 3 DE TELEVISION S.A., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), de fecha 15 de septiembre de 2008 (rec. suplicación 505/2008).



**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida D. Marco Antonio , se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar PROCEDENTE el recurso.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 10 de septiembre de 2013, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si se ha producido un despido o extinción contractual, y si tienen o no derecho a la indemnización correspondiente, los trabajadores, cuyos puestos de trabajo ha sido objeto de externalización junto con el de otros trabajadores del mismo servicio o departamento, cuando aquellos se encontraban en situación de excedencia voluntaria.

2.- La sentencia recurrida ( Sentencia de la Sala de lo Social de Madrid de 18 de mayo de 2012 -recurso 220/2012 -, confirmatoria de la de instancia - Sentencia del Juzgado de lo Social nº 18 de los de Madrid de 6 de septiembre de 2011 -autos 731/2011-) da una respuesta positiva, razonando que en anteriores sentencias de 29 de abril de 2011 (rec. 527/11 ) y de 8 de julio de 2011 (rec. 1784/11 ) ya resolvió recursos de suplicación que guardan estrecha relación con el presente, en demanda seguida precisamente contra Antena 3 Televisión, y declara la improcedencia del despido del trabajador condenando a Antena 3 a su readmisión o al abono de una indemnización.

En el caso, el trabajador demandante solicitó una excedencia voluntaria a la empresa Antena 3 TV para la que venía prestando servicios con la categoría de iluminador, que le fue concedida desde el 26/5/18 por tres años de duración. El 25/4/2011 el actor solicitó su reincorporación con efectos del 26/5/2011 y la empresa denegó su petición por falta de vacante mediante escrito de 16/5/2011 en el que señalaba que "como usted sabe el departamento de planificación y operaciones al que usted pertenecía, fue "externalizado" y las funciones correspondientes a su categoría se prestan a través de una contrata externa [por] Mediarena Servicios, SA. Por lo que, en estos momentos, no existe ninguna vacante de su categoría o similar, por lo que nos es imposible atender a su solicitud. Insistimos, máxime cuando el departamento al que usted pertenecía no existe. Ello no obstante, puede usted dirigirse a la empresa Mediarena Servicios, SA, reclamando si así entiende que le asiste el derecho preferente a ocupar un puesto de su categoría en esta empresa"; constando que el 18/3/2010 Antena 3 y Mediarena llegaron a un acuerdo con 23 de los trabajadores afectados en el que esta última se comprometía a contratarlos con determinadas condiciones. La sentencia recurrida entiende que la actitud de Antena 3 de no comunicar al actor en su momento el acuerdo de 18/3/2010 a efectos de darle la oportunidad de adherirse, unida a la comunicación remitida al mismo el 16/5/2011, evidencia una negativa al reingreso solicitado por el trabajador que debe considerarse como despido improcedente.

**SEGUNDO.-** 1.- La entidad empleadora del trabajador demandante Antena 3 TV recurre en casación unificadora la citada sentencia de suplicación, alegando la infracción del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los arts. 54 y 56 del RD. 1382/85 , e invocando como sentencia contradictoria la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de fecha 15 de septiembre de 2008 (recurso 505/2008 ).

2.- En la sentencia referencial se rechaza la existencia de despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria en el periodo durante el que la empresa había contratado con una entidad externa la prestación de los servicios de rotulista que efectuaba el demandante, y que contesta a la petición de reingreso señalando : "*que no puede incorporarlo a la plantilla por no existir actualmente ni en la fecha prevista para su incorporación posible en la empresa, la categoría de Ayudante de Rotulista, por haber ya externalizado la empresa dicho servicio y no existir* ", constando que la empleadora con una empresa tercera habían acordado un contrato para el mantenimiento anual de la rotulación de vehículos, limitado al suministro por parte de la empresa tercera de la mano de obra necesaria por personal contratado por la misma para mantener la flota de vehículos rotulados y no incluye el material. La sentencia referencial rechaza la existencia de despido por entender que el puesto de trabajo del demandante estaba amortizado "*dado que las funciones de rotulación de vehículos se han externalizado y encomendado a una empresa especializada y que ya no existe ningún trabajador en plantilla que las desarrolle*".

**TERCERO.-** 1. Como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de 30 de abril de 2012 (rcud. 2228/2011 ), dictada en asunto sustancialmente idéntico con respecto a la misma empresa y trabajador en la misma situación que los aquí demandantes, con la misma sentencia de contraste, y destaca el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, concurre la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 219 de la LRJS aplicable. En efecto, estando los trabajadores, en uno y otro caso, en





situación de excedencia voluntaria, sus respectivas empleadoras externalizaron el contenido de sus funciones y alegaron amortización de los correspondientes puestos de trabajo de los trabajadores excedentes, siendo las soluciones dadas por una y otra distintas, pues mientras la recurrida declaró la existencia de un despido improcedente, la de contraste entiende que la plaza que ocupaba el demandante había sido válidamente amortizada y no tenía derecho al reingreso.

**CUARTO.-** 1. La cuestión controvertida que -como ya se ha señalado- consiste en determinar si se ha producido un despido o extinción contractual, y si tienen o no derecho a la indemnización correspondiente, el trabajador, cuyo puesto de trabajo ha sido objeto de externalización junto con el de otros trabajadores del mismo servicio o departamento, cuando aquellos se encontraban en situación de excedencia voluntaria, ha sido ya resuelta por la señalada sentencia de esta Sala de 30 de abril de 2012 (rcud. 2228/2011), dictada -como igualmente se ha indicado- en asunto sustancialmente idéntico con respecto a la misma empresa y hallándose el trabajador en la misma situación que los aquí demandantes. En el cuarto de los fundamentos jurídicos de esta sentencia, como recuerda la STS más reciente de 30 de noviembre de 2012 (rcud. 3232/2011) razonábamos que:

" [ 1.- En cuanto al fondo del asunto, como recuerda la STS/IV 15-junio-2011 (rcud 2658/2010) es doctrina ya unificada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 14-febrero-2006 (rcud 4799/2004) y 21-enero-2010 (rcud 1500/2009) que, matizando tesis anterior (22-enero-1987 y 16-marzo-1987), en síntesis, sostiene que " *el derecho potencial o expectante del trabajador en excedencia voluntaria sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando su mismo puesto de trabajo, u otro similar o equivalente, se encuentre disponible en la empresa, y ello no ocurre cuando la plaza del trabajador excedente voluntario fue cubierta con una nueva contratación o cuando, como es aquí el caso, fue amortizada por reasignación de sus cometidos laborales a otros trabajadores* ".

2.- Como se detalla en la STS/IV 21-enero-2010 (rcud 1500/2009), con cita de la STS/IV 14-febrero-2006 (rcud 4799/2004), interpretando el art. 46.5 ET, a cuyo tenor " *el trabajador excedente (se sobreentiende: en excedencia voluntaria común) conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa* ", resulta que:

a) " *La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que este derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o expectante, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso ( s. de 18-7-1986 ). En este punto se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador ( STS 25-10-2000, rcud 3606/1998 )* ".

b) " *El tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas, encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y cualificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, el interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa ( STS 25-10-2000 rcud 3606/1998 )* ".

c) " *Esta posición de la STS 25-10-2000, que refleja los criterios de flexibilidad laboral y adaptabilidad de la organización de trabajo acogidos en nuestro ordenamiento especialmente a partir de la Ley 11/1994, matiza declaraciones precedentes de esta Sala del Tribunal Supremo (ss. de 22-1-1987 y 16-3-1987) sobre el alcance del derecho de reingreso del excedente voluntario y sobre la calificación como vacantes de las plazas desempeñadas antes de la excedencia. De todas maneras, las decisiones adoptadas en las sentencias citadas resolvieron supuestos litigiosos distintos del actual, en los que se había producido bien una negativa empresarial clara y terminante a la reincorporación, o bien la amortización de un número elevado de vacantes no ajustada a las normas sobre despido colectivo vigentes a la sazón* ".

d) " *Si la excedencia voluntaria común no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad ello, quiere decir que el empresario puede disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador para el desempeño de la misma, bien reordenando los cometidos laborales que la integran, bien incluso procediendo a la amortización de la misma. Ello significa, desde el punto de vista del trabajador, que el derecho expectante del excedente voluntario común sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa* ".



e) "... al no venir obligada la empresa por la ley a la reserva de la plaza, es evidente que su decisión de disponer de la vacante producida por la excedencia del actor en la forma expresada, ha de considerarse ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo ".

3.- Por otra parte, en la STS/IV 25-octubre-2000 (rcud 3606/1998 , Sala General) se rechazó la reclamación de indemnización de despido colectivo por cierre del centro de trabajo de los trabajadores demandantes, que habían pasado a la situación de excedencia voluntaria común por su exclusiva voluntad, desarrollando en tal situación otras actividades profesionales, argumentando, en esencia, que " *No es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional* ".

Llegando la Sala a la conclusión, en el apartado primero del fundamento jurídico quinto, de que:

" La aplicación de la anterior doctrina al caso, evidencia que ha sido la sentencia referencial la que ha aplicado la buena doctrina y no la recurrida, cuyos argumentos no comparte esta Sala. Porque el relato de hechos probados contiene los datos fácticos suficientes que acreditan, que " *cuando el actor solicitó el reintegro no existía vacante de su categoría* " al haber sido externalizadas las funciones desempeñadas en el departamento en que había prestado sus servicios el demandante con anterioridad al inicio de la situación de excedencia voluntaria, incluso con el consentimiento de los trabajadores que habían continuado tras dicha fecha prestando servicios en dicho departamento, por lo que el puesto de trabajo que desempeñaba el actor no ha sido conservado o reservado para él, sino que fue amortizado junto con los restantes puestos del referido departamento; y al no venir obligada la empresa por la ley a la reserva de la plaza, es evidente que su decisión de disponer de la vacante producida por la excedencia del actor en la forma expresada, ha de considerarse ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo; y, sin que, como destaca el Ministerio Fiscal, la alegación de la parte recurrida sobre la falta de acreditación de la necesidad objetiva de amortizar puestos de trabajo, por tratarse de una cuestión que no se ha debatido en estos autos ya que *no a discutirse* (sic) [al no discutirse] si la decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios fue o no ajustada a Derecho, no es posible debatir tal cuestión en esta sede casacional y, menos aún, al haber sido formulada por la parte recurrida.] "

2.- La doctrina sentada en la referida sentencia, que hemos transcrito en aras a la economía procesal -dada la identidad del caso allí resuelto con el que aquí es objeto de enjuiciamiento, según se desprende de lo expuesto en los fundamentos primero, segundo y tercero de la presente resolución-, conlleva, de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, y por razones de seguridad jurídica, a la estimación del recurso de casación unificadora, casando y anulando la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, a estimar el recurso de tal clase interpuesto por la representación de Antena 3 de Televisión SA, revocando la sentencia de instancia, y desestimando la demanda; sin pérdida del depósito constituido para recurrir, con devolución o cancelación de consignaciones o aseguramientos conforme al fallo de esta sentencia y sin imposición de costas ( arts. 225 , 228 y 235.1 LRJS ).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "**ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A.**" contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 18 de mayo de 2012 (recurso 220/2012 ), confirmatoria de la dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid en fecha 6-septiembre-2011 (autos 731/2011) en proceso de despido seguido a instancia de **Don Marco Antonio** contra la empresa ahora recurrente y la entidad "**MEDIARENA SERVICIOS S.A.**" . Casamos y anulamos la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A., revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda con absolución de las codemandadas de las pretensiones deducidas en su contra; sin pérdida del depósito constituido para recurrir, con devolución o cancelación de consignaciones o aseguramientos conforme al fallo de esta sentencia y sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ