



Roj: **SAN 3752/2013 - ECLI:ES:AN:2013:3752**

Id Cendoj: **28079240012013100167**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2013**

Nº de Recurso: **118/2012**

Nº de Resolución: **166/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil trece. La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

### EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el procedimiento 0000118/2012 seguido por demanda de D. Severino (Lda. D<sup>a</sup> Belén Sánchez Caja) contra MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (Abogado del Estado D. Javier Loriente); ARNAIZ CONSULTORES, S.L. (Ldo. D. Vicente Martín Manzanero); D<sup>a</sup> María Purificación (Ldo. D. Rafael Navarrete), D<sup>a</sup> Gloria (Ldo. D. Rafael Navarrete), D. Estanislao (Ldo. D. Rafael Navarrete), PRODEMSA (Administrador Concursal - D. Narciso ) y FOGASA sobre impugnación de actos administrativos. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. **MARIA CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Según consta en autos, el día 21-5-12 se presentó demanda de impugnación de resoluciones administrativas, promovida por D. Severino , contra la Resolución del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 22-3-12, dictada en Expediente núm. NUM000 , por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 30-11-11, por la que se acordó autorizar a la empresa ARNÁIZ CONSULTORES, S.L. para la extinción de contratos de trabajo. La resolución impugnada confirmó íntegramente la resolución de la Dirección General de Trabajo de 30-11-11. Con fecha 7 de junio de 2012, se amplió la demanda contra los representantes de los trabajadores, DOÑA María Purificación , DOÑA Gloria y DON Estanislao . Posteriormente, el 11 de septiembre de 2013 se amplió demanda contra PRODEMSA (ADMINISTRADOR CONCURSAL) y se citó al Fondo de Garantía Salarial para los actos de conciliación y juicio.

**Segundo.-** La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado, tras diversos avatares procesales que obran en autos, se señaló el día 17-9-13 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosies de prueba

**Tercero.-** Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto. **Cuarto.-** Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , debe destacarse que las partes debatieron sobre los extremos siguientes: La parte demandante se ratificó en el contenido de su demanda, en cuyo suplico, aclarado posteriormente, solicita que " se declare no conforme a derecho la resolución impugnada únicamente en lo que se refiere a los términos de antigüedad en que se han autorizado las extinciones de los contratos, acordando su anulación parcial, e imponiendo el reconocimiento de la antigüedad real del recurrente, que es la de 24 de octubre de 2005". Y ello por entender que el acuerdo que ha dado lugar a la citada Resolución que autoriza el despido, toma



como referencia una antigüedad, a los efectos del cálculo indemnizatorio, que fue establecida con carácter general por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para todos los trabajadores entonces regularizados, pero que es de fecha posterior a la que realmente tiene el actor. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social, representado por el Abogado del Estado, se opuso a la demanda, alegando, en primer término, la excepción de inadecuación de procedimiento, puesto que lo que se discute es la concreta antigüedad del demandante, siendo ello propio de un proceso ordinario. En cuanto al fondo, interesó la desestimación de la pretensión, pues a su juicio no resulta apreciable fraude o abuso de derecho alguno en un acuerdo ratificado mayoritariamente en asamblea, que beneficia a todos los trabajadores estableciendo una indemnización superior en diez días al mínimo legal y con extinciones a llevar a cabo hasta un año después de la autorización administrativa. Es más, según indicó, entre los trabajadores a los que la mencionada acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social confería la misma antigüedad, algunos no se integraron a la empresa hasta después, viéndose entonces beneficiados. Arnáiz Consultores, S.L. se opuso a la demanda, alegando incompetencia de jurisdicción material y territorial, pues a su entender debería haberse impugnado el despido por los cauces de los arts. 122 a 124 LRJS. Subsidiariamente, alegó falta de litisconsorcio pasivo necesario, al solicitarse la nulidad de una cláusula que afectaría a otros trabajadores que, sin embargo, no participan en el proceso. Posteriormente, la empresa indicó que la antigüedad aplicada deriva de una Resolución de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que es firme al no haberse impugnado, y que, para resolver el conflicto que de ahí pudiera derivarse para trabajadores incorporados a la empresa con anterioridad, se acordó abonar una indemnización de 30 días de salario, en vez del mínimo legal. Los tres representantes de los trabajadores demandados, que componían la comisión ad hoc que alcanzó el acuerdo extintivo, se opusieron a la demanda, adhiriéndose a la excepción de inadecuación de procedimiento, por entender que se trata de una reclamación de cantidad. Reconocieron que la antigüedad del actor se remonta al año 2005, pero explicaron que, a su entender, no podían obviar la existencia de un Resolución firme de la Inspección de Trabajo que fijaba una antigüedad determinada, excediendo de sus facultades alterar este dato. Sin embargo, buscaron y acordaron compensar esta situación: En primer lugar, fijando en un anexo al acuerdo una compensación económica adicional para los trabajadores que vinieran prestando servicios antes de 2008, que cobraron todos ellos salvo el actor. En segundo lugar, aunque con carácter previo al despido se había llevado a cabo una reducción salarial, suscrita por el demandante, el salario que se tomó como referencia a efectos indemnizatorios no fue el rebajado sino el previo a tal circunstancia. Finalmente, la administración concursal también se opuso a la demanda. La parte actora rechazó las excepciones procesales opuestas de contrario. No habría inadecuación de procedimiento porque es la Resolución administrativa impugnada la que establece la antigüedad que se ataca, lo que exige su impugnación para hacer valer la antigüedad real. En cualquier caso, la representación legal del actor instó la aplicación del art. 102.2 LRJS para, en su caso, reconducir el proceso. Se opuso seguidamente a la falta de litisconsorcio pasivo necesario, al haber ampliado la demanda contra los firmantes del acuerdo, sin considerar preciso extenderla a más trabajadores. Por último, negó la incompetencia de jurisdicción, puesto que se ha seguido el procedimiento correspondiente ante el órgano competente a estos efectos. **Quinto**. - Cumpliendo el mandato del art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, se significa que los hechos controvertidos fueron los siguientes: -El acuerdo no sólo fue refrendado por la comisión ad hoc sino también por asamblea de trabajadores. -Las mejoras recogidas en el acuerdo respecto de los mínimos legales tenían por objeto compensar las disfunciones en la antigüedad provocada por la Resolución de la Inspección de Trabajo. - En anexo al acuerdo se fijaron daños y perjuicios para compensar las diferencias en la antigüedad de los trabajadores afectados en conjunto. -Las cantidades pactadas se cobraron por todos menos por el actor. -En mayo de 2012 el actor aceptó una reducción salarial. Se asumieron como hechos pacíficos e incontrovertidos los siguientes: -En el acuerdo se establecen mejoras de los mínimos legales: una indemnización de 30 días de salario y períodos de ejecución mayores. -En el acuerdo se fijó un módulo indemnizatorio tomando en consideración el salario sin reducir y una antigüedad de 2008 señalada por la Inspección de Trabajo.

Resultando y así se declaran, los siguientes

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.** - El 24 de mayo de 2011 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levanta acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta, por un descubierto identificado con falta de afiliación o alta durante el período de noviembre de 2008 a marzo de 2011. En el acta, que obra en autos y se tiene por reproducida, se explica que la liquidación es el resultado de un proceso de investigación comenzado en marzo de 2008 en el sector de despachos de arquitectura, comprobándose que ARNÁIZ CONSULTORES, S.L. "ha tenido empleados a numerosos técnicos y otro personal sin dar de alta en el Régimen General de la Seguridad Social". Tras numerosas reuniones con representantes de la empresa (la primera visita es de noviembre de 2010), se delimitó el personal objeto de la liquidación (114 trabajadores en total, entre los que se encuentra el actor) y sus respectivos períodos de trabajo. Consta igualmente en



el acta que la empresa reconoció la relación laboral de los 114 trabajadores, facilitando al Inspector sus respectivos períodos de prestación laboral, y que este último "ha revisado una por una cada factura emitida por los trabajadores del caso, más de 4.500 en el período contemplado en la presente acta, de donde se han determinado las bases de cotización y los períodos de prestación laboral de cada trabajador que figuran en el cuerpo del acta de liquidación". Para todos los trabajadores, incluido el actor, figura como mes inicial de liquidación noviembre de 2008, siendo que algunos de ellos prestaban servicios en la empresa desde fechas anteriores y otros se incorporaron en fechas posteriores. Al actor se le reconoce un salario mensual de 2.145,61 euros.

**SEGUNDO** .- El 28 de septiembre de 2011 la empresa comunica a la autoridad laboral el comienzo de un expediente de regulación de empleo. El 29 de septiembre tiene lugar una asamblea de trabajadores para elegir a tres representantes en el período de consultas (aquí codemandados). Este expediente es archivado por defectos formales, recomenzándose las negociaciones el 11 de noviembre de 2011, y alcanzándose un acuerdo ese mismo día, ratificado también en asamblea de trabajadores de la misma fecha por 153 votos a favor, 36 en contra y 3 abstenciones. El citado acuerdo, que obra en autos y se tiene por reproducido, establece que las extinciones tendrán lugar a lo largo del período que va desde su autorización hasta el 30-4-12, y fija dos parámetros diferenciados para el cálculo de la correspondiente indemnización: En primer lugar, respecto del "personal no afectado por el Acta de Liquidación de la Inspección", se abonaría una indemnización de 30 días de salario por año de servicio, tomando como referencia el salario percibido en marzo de 2011 (pues con posterioridad tuvo lugar una reducción salarial) y la antigüedad que figura en la nómina de dicho mes o en el contrato. En segundo lugar, para el "personal laboral desde el 1-11-2008, afectados por el Acta de Liquidación y que se les extinga su contrato de trabajo por ERE", se abonaría una indemnización de 30 días de salario por año de servicio, tomando como referencia salarial "el importe fijado en la factura emitida por el extinguido en el mes de marzo de 2011", y la antigüedad de 1-11-2008.

**TERCERO** .- En la asamblea que ratificó el acuerdo se ofreció a los trabajadores afectados por el despido e incluidos en el acta de liquidación, unos pagarés para compensar que la antigüedad que se tendría en cuenta para ellos sería la de 1-11-2008. Los pagarés compensarían la antigüedad previa a dicha fecha. El actor se negó a recibir estos pagarés.

**CUARTO** .- El 23 de noviembre de 2011 la Tesorería General de la Seguridad Social dicta Resolución en la que, con modificación parcial del acta de liquidación, eleva a definitiva la liquidación. Las modificaciones consisten en la eliminación de dos trabajadores inicialmente incluidos, y respecto de otros dos se elimina la liquidación correspondiente a los ejercicios 2008 y 2009. Consta igualmente lo siguiente: "Por último, en cuanto a las alegaciones formuladas por los trabajadores de la empresa en fecha 29/06/2011, se estima que las mismas no desvirtúan el contenido del Acta de Liquidación, dado que no se refieren al período objeto del acta del liquidación ni a las bases de cotización figuradas en la misma sin perjuicio, todo ello, de que puedan realizarse futuras actuaciones inspectoras comprobatorias en relación a los hechos expuestos por el trabajador."

**QUINTO** .- El 30 de noviembre de 2011, la Dirección General de Trabajo dicta Resolución autorizando la extinción de 110 contratos de trabajo " en los términos, forma y plazos que se determinan en el Acuerdo de 11-11-2011 celebrado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En anexo a la presente resolución se adjunta copia del Acta de Acuerdo y la relación nominativa de los trabajadores afectados. (...)". La Resolución es objeto de corrección de errores por Resolución complementaria de 16-12-2011. En el anexo aparece el actor, con fecha de ingreso en la empresa de 1-11-08.

**SEXTO**.- El 30 de diciembre de 2011, el demandante interpone recurso de alzada contra la Resolución de la DGT, que es desestimado por Resolución del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de fecha 22 de marzo de 2012, que se impugna por medio de la presente demanda. La desestimación se funda en el informe emitido por la DGT de la Comunidad de Madrid, según la cual no se estaría impugnando realmente la autorización de los despidos sino que habría mera disconformidad en una cuestión derivada de su cumplimiento o ejecución, como es el cálculo de una cuantía indemnizatoria.

**SÉPTIMO** .- El 24 de febrero de 2012 el actor interpone denuncia ante la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la que relata que el proceso de inspección que culminó con el acta de liquidación referenciada en el hecho probado primero adoleció de defectos, al "no haber detallado en un listado las antigüedades reales de los trabajadores, al margen del período final por el que se liquidaran las cuotas pendientes de la Seguridad Social", lo que dio lugar a que se tomara la fecha de inicio del período de liquidación como fecha de antigüedad en el Expediente de Regulación de Empleo. La Dirección General contesta que, estando recurrida administrativamente la resolución derivada de la citada acta de liquidación, no procede practicar otras actuaciones al respecto.



**OCTAVO** .- Por Auto de 22-7-13, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid , la empresa es declarada en concurso voluntario.

**NOVENO** .- El actor prestaba servicios para la empresa desde el 24 de octubre de 2005. Constan "recibos de colaboración" emitidos por el actor contra la empresa demandada, conceptuados como "para la realización de diversos trabajos". El primero es de fecha 31 de octubre de 2005, y a partir de entonces se reiteran mensualmente ya con cantidades que, en general, no varían de mes a mes, salvo incrementos esporádicos normalmente a partir del primer mes del año. El último recibo que consta es de 31 de marzo de 2011.

**DÉCIMO** .- El actor disponía, al menos desde febrero de 2007, de cuenta de correo electrónico corporativa. Al menos desde el 17-9-07, contaba con un "servicio de móvil de empresa" para ser "utilizado en salidas a campo, reuniones externas a la oficina, etc." Al menos desde el 15-10-07 realizaba trabajos accediendo al servidor de la empresa. Al menos desde el 25-1-08 figuraba integrado en el Departamento de Planteamiento de la empresa, disponiendo de una mesa de trabajo en el mismo. Al menos desde el 4-2-2008 tenía que fichar y comunicar gestiones fuera de la oficina con hora de inicio y fin. El menos desde el 16-6-08 utilizaba una aplicación informática de gestión de incidencias propia de la empresa. Implantada la jornada de verano en 2008, se aplicó al actor. Al menos ese año la empresa lo instó a "pedir" sus vacaciones, en orden a hacer un cuadrante al objeto de que no coincidiera mucha gente.

**UNDÉCIMO** .- El actor fue despedido el 7 de diciembre de 2012, abonándosele la indemnización conforme a los parámetros del acuerdo.

Se han cumplido las previsiones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial , en relación con lo establecido en los artículos 8.2 y 2.s de la Ley 36/2011, de 14 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

**SEGUNDO** .- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se hace constar que los anteriores hechos declarados probados se han obtenido de los medios de prueba siguientes: -El primero, del acta contenida en el bloque I del Expediente Administrativo. El que algunos de los trabajadores prestaran servicios desde antes del 1-11-08 y otros se incorporaran a la empresa con posterioridad, y sin embargo a todos se les diera de alta con la misma fecha reseñada, fue afirmado por el Abogado del Estado y posteriormente confirmado en fase de prueba por la testigo que depuso a instancias de la parte actora. -El segundo, del documento 5 adjunto a la demanda (descripción 6 de autos), reconocido de contrario, y se observa igualmente en el bloque II del Expediente administrativo.- El texto del acuerdo se aprecia como documento 5 adjunto a la demanda (descripción 6 de autos), reconocido de contrario.- La existencia de una reducción salarial en 2011, que no se tomó en cuenta en el cálculo de las indemnizaciones, fue afirmada por los representantes firmantes del acuerdo, y confirmada esa rebaja por la testigo que depuso a instancias de la parte actora. -El tercero, del interrogatorio del actor a instancias de la empresa, quien así lo reconoció. - El cuarto, del documento 2 adjunto a la demanda, reconocido de contrario. -El quinto, no fue controvertido, y se deduce de los documentos 3 y 4 adjuntos a la demanda (descripciones 4 y 5 de autos).- El anexo, figurando el actor con fecha de ingreso 1-11-08, consta en el bloque II del Expediente administrativo que obra en autos. -El sexto, de los documentos 7 y 8 adjuntos a la demanda (descripciones 8 y 9 de autos), reconocidos de adverso. - El séptimo, de los documentos 4 y 5 del ramo de prueba de la parte actora (descripción 108 y 109 de autos), reconocidos de contrario. -El octavo, del correspondiente Auto, que obra en la descripción 114 de autos. -El noveno, en cuanto a la fecha de ingreso del actor en la empresa, se deduce del cuadro horario que figura como documento núm. 6 del ramo de prueba de la parte actora (descripción 110 de autos), reconocido de contrario. También los representantes firmantes del acuerdo reconocieron, en fase de alegaciones, que el actor prestaba servicios en la empresa desde 2005.- Los recibos pueden verse en el documento 9 adjunto a la demanda (descripción 10 de autos), reconocido de contrario. -El décimo, del documento 7 del ramo del actor (descripción 11 de autos). -El undécimo no fue controvertido.

**TERCERO** .- Procede analizar en primer lugar si concurre la excepción procesal de inadecuación de procedimiento, tal como alegaron el Abogado del Estado y los representantes firmantes del acuerdo. Aducen, a estos efectos, que se está reclamando que la indemnización se ajuste a una determinada antigüedad del actor, lo que entraría de lleno en el proceso ordinario, y estaría en todo caso excluido del presente por disponerlo así el art. 18.2 del RD 801/2011 , aplicable a este expediente. La Sala no comparte esta apreciación en los términos expuestos. Es verdad que el actor discute la antigüedad tenida en cuenta para el cálculo de su indemnización, pero resulta que esa antigüedad forma parte inescindible del acuerdo en el que se sustenta la autorización administrativa de los despidos. En el mismo se fija expresamente una fecha determinada de antigüedad para





el colectivo al que pertenece el actor, y si este último desea discutir esa fecha, no le queda más camino que atacar la Resolución administrativa que la contiene (pues, como es lógico, anexa el texto del citado acuerdo y se remite expresamente a sus términos), para lo que el procedimiento adecuado es el que regula el art. 151 LRJS, aquí seguido. La misma respuesta negativa ha de recibir la excepción de incompetencia de jurisdicción material y territorial alegada por la empresa, sustentada en que, a su entender, debió seguirse, en su caso, si no el procedimiento ordinario, el de impugnación de despido previsto en el art. 124 LRJS, llegando a aludir a fraude procesal por no haberlo hecho así. Recuérdese que este último precepto, incorporado a la norma rituarial por el Real Decreto-Ley 3/2012, regula la impugnación del despido una vez suprimida la exigencia legal de su autorización administrativa. Aquí, sin embargo, estamos conociendo de un despido autorizado, de los "antiguos" expedientes de regulación de empleo, de modo que la única modalidad procesal hábil a estos efectos es la de impugnación de resoluciones administrativas, que es la que se ha seguido y para la que esta Sala es plenamente competente tanto material como territorialmente. Por último, la empresa alegó también falta de litisconsorcio pasivo necesario, al instarse la nulidad de la cláusula sobre antigüedad y no formar parte del proceso el resto de los trabajadores afectados por dicha cláusula. Tampoco en este punto podemos estar de acuerdo, porque no se está pidiendo la nulidad genérica de esta cláusula, para todos los trabajadores, sino exclusivamente en lo atinente al trabajador. Así se deduce de un suplico que postula la anulación parcial de la resolución, "imponiendo el reconocimiento de la antigüedad real del recurrente, que es la de 24 de octubre de 2005". Es verdad que podría haber sido más claro, pero esa falta de nitidez queda completamente salvada por las alegaciones vertidas en la demanda y en el juicio, en las que, en todo momento, se ha centrado el problema en la situación del actor, única sobre la que se ha practicado prueba. Por tanto, todas las excepciones procesales quedan desestimadas, pasando la Sala a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

**CUARTO** .- Tenemos un acuerdo de despido colectivo autorizado por la administración competente, que ofrece treinta días de indemnización por año de servicio para todos los trabajadores afectados por las extinciones contractuales. Ahora bien, mientras a algunos de los afectados se les reconoce la antigüedad que figura en sus nóminas o contratos, a otros, con absoluta independencia de la fecha de incorporación a la empresa como trabajadores, se les fija una antigüedad de 1-11-2008 para el cálculo de la indemnización, porque tal es el inicio del período de liquidación establecido en un acta de la Inspección de Trabajo que devino en su alta de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social. Según alegaron los abogados de la empresa y de los representantes ad hoc firmantes del acuerdo, justamente la mayor indemnización respecto del mínimo legal respondió a la voluntad de resolver el conflicto existente con este colectivo de trabajadores a los que la Inspección de Trabajo había fijado como fecha de inicio del período de liquidación, para absolutamente todos ellos, el 1-11-2008. Existiendo esa acta, que se pronuncia sobre la naturaleza laboral de los vínculos de estos trabajadores pero lo hace sólo retro trayéndolos, a efectos liquidatorios, a la fecha citada, se decide seguir esa misma fecha en el acuerdo de despido, con la aquiescencia mayoritaria de los trabajadores afectados que así lo manifestaron en asamblea. La Sala se ha planteado si cabría convalidar el que, como resultado de la negociación colectiva propia del período de consultas, se hubieran fijado parámetros indemnizatorios que, respetando los mínimos legales, jugaran con los conceptos incluidos en el salario diario y con las antigüedades a tomar en cuenta a los exclusivos efectos del cálculo cuantitativo. Es decir, si, cumpliendo el mínimo de 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades, sería posible establecer, por ejemplo, que el salario computable comprendiera unos conceptos determinados y no otros, o que la antigüedad computable fuera a partir de determinada fecha. Eso siempre que - insistimos- se respetara en todo caso el mínimo legal, que resulta indisponible para los negociadores colectivos (en este sentido, la *STSJ Castilla y León, Valladolid, de 23 de enero de 2013, Rec. 2399/2012*, niega incluso que quepa pactar el pago diferido de ese mínimo legal indemnizatorio). El presupuesto, pues, para un debate como el señalado, es que se hayan respetado los mínimos legales, así que eso es lo primero que debemos despejar. ¿Cuál sería ese mínimo legal en el caso del actor? Serían 20 días de su salario multiplicados por su antigüedad hasta el 7 de diciembre de 2012, fecha de su despido. Y esa antigüedad la empresa la computa desde el 1-11-2008 porque así se deduce de la reiterada acta de liquidación, mientras que el actor la remonta al 24-10-2005. Si, tal como mantiene el actor, su relación laboral hubiera tenido comienzo en 2005, un simple cálculo matemático desvelaría que 30 días de su salario por una antigüedad de 3 años y más de un mes (el resultado del acuerdo de despido), arroja una suma inferior en más de 2000 euros a la que se obtiene multiplicando 20 días de su salario por una antigüedad de 6 años y más de un mes (el mínimo legal). Por tanto, si fuera cierto que la antigüedad del actor en la empresa como trabajador se remonta al 24-10-2005, el acuerdo de despido sería nulo en este específico punto en lo que al demandante se refiere, pues habría establecido para él una indemnización inferior a la legalmente reconocida. Y resulta que, a juicio de la Sala, hay suficientes elementos en presencia como para entender que la antigüedad laboral del demandante es la que postula. En primer lugar, por los datos fácticos reflejados en los hechos probados noveno y décimo, que presentan un panorama indiciario realmente contundente, con percepciones regulares y constantes, recibos desde 2005 que no se diferencian respecto de los que la Inspección de Trabajo tuvo en cuenta para dar lugar a su alta de oficio a partir de 2008, utilización de materiales e instrumentos de



trabajo corporativos, prestación de servicios en el centro de trabajo cumpliendo un horario y siendo controlado a estos efectos, y con vacaciones fijadas de acuerdo con la empresa. En este sentido, el Tribunal Supremo ( SSTS unif. doct. 27-11-07 , 12-2-08 , 9-3-10 ) ha explicado que *"Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación; de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra; estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.4) Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo [ STS 23-10-1989 ], compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones [ STS 20-9-1995 ], la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad [ SSTS 8-10-1992 y 22-4-1996 ], y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.5) Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados [ STS 31-3-1997 ], la adopción por parte del empresario -y no del trabajador- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender [ STS 15 (sic)-4-1990 y 29-12-1999 ], el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo [ STS 20-9-1995 ], y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones [ STS 23-10-1989 ].6) En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas [ STS 15-4- 1990 y 3-4-1992 ] o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes [ STS 22-1-2001 ]; en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados [ STS 7-6-1986 ] o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad , en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena [ STS 20-9-1995 ].7) No está de más señalar, por último, que (...) en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas [ STS 11-12-1989 ]."* Pero además de este panorama indiciario, ha de tenerse en cuenta, también, que la empresa reconoció con sus propios actos una antigüedad laboral que excedía del 1-11- 2008, cuando ofreció al actor y a los demás en su misma situación unos pagarés para compensar la merma indemnizatoria que suponía tomar en consideración la fecha del acta de la Inspección. Por lo demás, aunque competía al actor acreditar la existencia de la relación laboral previa a 2008 -lo que entendemos que ha hecho-, la empresa no la negó. Al contrario, la asumió tácitamente en sus alegaciones al explicar que el aumento de la indemnización respondía a la voluntad de resolver el conflicto generado por este motivo. Y tampoco alegó ni intentó acreditar mínimamente la condición mercantil del vínculo previo al 1-11-2008. En definitiva, concluimos que la antigüedad del actor como trabajador de la empresa se remonta al 24-10-2005, de modo que la indemnización que se le fija en virtud de los parámetros del acuerdo de despido no respeta el mínimo que legalmente le corresponde, sin que los negociadores pudieran disponer del mismo sin incurrir en abuso de derecho. Consecuentemente, resulta una cláusula nula en lo que al actor se refiere. Es cierto que la empresa ofreció al actor un pagaré para compensar ese perjuicio, pero esto no altera en absoluto nuestra conclusión de nulidad, por dos motivos. En primer lugar, porque no ha quedado acreditada su cuantía, de modo que no cabe afirmar que, necesariamente, mediante este pagaré se alcanzara la indemnización mínima legal correspondiente al trabajador. En segundo lugar, y principalmente, porque de ningún modo podemos aceptar la validez a estos efectos de una indemnización de la que la autoridad laboral no tuvo constancia, pues no figura en el expediente administrativo al no haberle sido remitida como anexo al acuerdo, y que, por tanto, no ha entrado en el ámbito de su control previo a la autorización, defraudando así la exigencia de autorización administrativa prevista en el art. 51 ET vigente al tiempo de los hechos.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**



Estimamos la demanda interpuesta por D. Severino y en consecuencia acordamos la anulación parcial de la Resolución impugnada en cuanto a la antigüedad del actor, reconociéndosela desde el 24 de octubre de 2005 .

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000118 12. Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.