

EDJ 2010/180980

TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 1ª, S 16-7-2010, nº 646/2010, rec. 1981/2010

Pte: Hernández Vitoria, Mª José

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral
art.219 , art.227.2 , art.228 , art.233.1

RD 1382/1985 de 1 agosto 1985. Relación Laboral Especial del Personal de Alta Dirección
art.10.1 , art.11.1 , art.11.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

RELACIONES LABORALES ESPECIALES

ALTA DIRECCIÓN

Extinción

Desistimiento por el empresario

Indemnización

SALARIO

SALARIO REGULADOR A EFECTOS DE DESPIDO

Supuestos diversos

FICHA TÉCNICA

Legislación

Aplica art.219, art.227, art.228, art.233 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Aplica RD 1382/1985 de 1 agosto 1985. Relación Laboral Especial del Personal de Alta Dirección

Cita art.56.1 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita D 1836/1974 de 31 mayo 1974. TA Título Preliminar del Código Civil

Cita art.13 de D 1646/1972 de 23 junio 1972. Aplica la Ley 24/1972, Prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social

Cita art.7 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

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:

1)- La actora D. Ambrosio comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada Empresa Municipal del Suelo y Vivienda de Boadilla del Monte S.A.U., en fecha 3/7/03 con la categoría profesional de Gerente y con un salario mensual bruto de 5.123,98# con prorrata de pagas extras, en virtud de un contrato de obra o servicio de duración determinada "hasta fin de obra" y cuyo objeto específico era "según acuerdo de Consejo de Administración de 3/7/03". Ello se acredita mediante documental de ambas partes de: contrato y nóminas, sin que pueda darse validez probatoria al documento de finiquito unido al documento de cese (doc 1 de la actora) al no constar en el mismo sello ni firma alguna, y que además ha sido impugnado por la demandada y no reconocido por ninguno de los testigos en el acto del juicio.

2)- El Acuerdo del Consejo de Administración de la empresa demandada de fecha 3/7/03, contiene el nombramiento de 9 consejeros, la renuncia y cese del anterior gerente D. Eliseo y el nombramiento del actor en sustitución del mismo, con la relación de las 23 facultades inherentes a dicho cargo, detalladas en dicho documento y que se dan aquí por reproducidas.

Ello se acredita por documental de ambas partes de copia de la escritura notarial del referido Acuerdo.

3)- El demandante fue dado de alta en el régimen general de afiliación a la Seguridad Social el 3/7/03 según acredita la documental de la actora de: solicitud y subsiguientes resolución de alta en dicho régimen y el informe de vida laboral obtenido de oficio por este Juzgado.

4)- La relación laboral entre las partes se rigen por el IV Convenio Colectivo 2005-2008 del Ayuntamiento de Boadilla del Monte.

5)- Dicha relación laboral finalizó en fecha 17/4/09, en que la empresa demandada entregó en mano al actor certificación de su cese, acordado en el Consejo de Administración de fecha 6/4/09 y expedida por el Secretario del mismo, certificación que obra en autos y aquí se dá íntegramente por reproducida.

6)- En fecha 29/5/09 se procede al nombramiento del actual gerente, D. Indalecio, mediante el correspondiente acuerdo del Consejo de Administración, otorgándole las 23 facultades reflejadas en el punto 2. de dicho acuerdo (doc. 6 del ramo de la demandada) que se dán aquí por reproducidas y que son idénticas a las reflejadas en su día en el acuerdo de 3/7/03 para el nombramiento del actor, con la única diferencia de que, en la nº 5 se otorgaba en su día al actor la facultad de ordenar pagos y disponer de fondos por sí hasta un límite de 3.000# y, posteriormente dicho límite se elevó a 5.000# con el actual gerente.

En la misma fecha de 29/5/09 se suscribe entre la demandada y el nuevo gerente contrato de alta dirección (doc 8 del ramo de la demandada).

7)- La actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno.

8)- Con fecha 18-5-08 se celebró el acto de conciliación previa con resultado de sin efecto.

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Ambrosio frente a la EMPRESA MUNICIPAL DEL SUELO Y VIVIENDA DE BOADILLA DEL MONTE, debo DECLARAR Y DECLARO NULO EL DESPIDO de la actora y en consecuencia CONDENO a la empresa demandada a que, salvo acuerdo de readmisión, indemnice a la actora con la suma de 20.215,15 #.

Con la advertencia de que en caso de acuerdo de readmisión, éste deberá efectuarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia, sin esperar la firmeza de la misma, y en caso de no manifestar expresamente el acuerdo, se entenderá que optan por la indemnización".

Con fecha 10 de diciembre de 2009 se dictó auto de aclaración de referida sentencia en el que se emitió la siguiente parte dispositiva: "Dª ELENA DE LIZUR GARCIA-MARGALLO, Magistrada del juzgado de lo social núm. 1 de Móstoles acuerda que procede ACLARAR la sentencia dictada en fecha 16-11-09 en el sentido de declarar que la indemnización que corresponde al trabajador reflejada en el Fallo de la misma es de 19.334,56 # en lugar de 20.215,15 #".

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada y demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la demandante.

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 abril de 2010 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 30 de junio de 2010, señalándose el día 14 de julio de 2010 para los actos de votación y fallo.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 3 de julio de 2003 se suscribió un contrato de obra o servicio determinado entre la "Empresa municipal del suelo y vivienda de Boadilla del Monte (en adelante, "E.M.S.U") y el Sr. Ambrosio, cuyo objeto consistía en que este último llevase a cabo las tareas especificadas "según acuerdo del Consejo de Administración de 3 de julio de 2003". Esa relación laboral terminó el 17 de abril de 2009, por decisión unilateral de la empresa. El trabajador la impugnó judicialmente, mediante demanda en la que pedía su calificación como despido nulo o, de forma subsidiaria, improcedente.

Resolvió estas pretensiones la sentencia del juzgado de lo social núm. 1 de Móstoles de fecha 16 de noviembre de 2009, aclarada por auto de 10 de diciembre de 2009. En ella se vino a resolver que la relación laboral existente entre las partes era la propia de un contrato de alta dirección; que su terminación debía considerarse despido nulo (por "ausencia total de requisitos formales por parte de la empresa... derivando todo ello en la declaración de nulidad de la misma, aunque no haya existido vulneración de derechos fundamentales"); que, no obstante, las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento se concretaban en que "salvo acuerdo de readmisión, se indemnice a la actora con la suma de 20.215'15 euros", determinada a razón de 20 días de salario por año trabajado (cantidad que en el citado auto de aclaración se redujo a 19.224 '56 euros); que no procedía el abono de salarios de tramitación.

SEGUNDO.- Este pronunciamiento se recurre por las dos partes procesales. La empresa persigue con su recurso dar aplicación a la figura del desistimiento regulada en el art. 11.1 R.D 1.382/85 EDL 1985/8994. El trabajador sólo pretende que el cálculo de la indemnización que se le ha reconocido se cuantifique de acuerdo con los criterios que recoge la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2008 (R. C.U.D 2.639/07).

Así pues, llama de forma notable la atención a esta Sala que ninguno de los dos recurrentes cuestione esa decisión de la sentencia de instancia según la cual, aún admitiendo de modo expreso que no existe lesión de derechos fundamentales, el despido se declara nulo, y, pese a tal nulidad, la consecuencia es la indemnización a cargo de la empresa. Pero, como quiera que no se controvierten tales extremos, tampoco podremos decir nada al respecto, por razones de congruencia, como tampoco podremos, por iguales razones, cuestionar la naturaleza de contrato de alta dirección admitida por ambas partes. Nuestra decisión ha de centrarse en dos extremos:

Cuál es la modalidad de extinción contractual propia de tal relación laboral especial aplicable en este caso, y cuál la cuantía de la indemnización que corresponde en función de tal naturaleza.

TERCERO.- Empezamos resolviendo el recurso del trabajador, pues de lo que así se decida depende la determinación del importe que pudiera corresponder a su extinción contractual y a la indemnización por falta de preaviso establecida en el art. 11.1, que remite al 10.1, en ambos casos del R.D 1.382/85, de 1 de agosto EDL 1985/8994 .

Lo que se alega es que el salario diario del trabajador se determina tomando la remuneración mensual (5.123'98 euros) multiplicada por doce (61.487'76 euros) y dividiendo el resultado así obtenido por 365, resultando de este modo un salario diario de 168'46 euros diarios y una indemnización de 19.653'67 euros.

Las alegaciones indicadas han de valorarse de acuerdo con la jurisprudencia, de la que es reflejo la sentencia Tribunal Supremo de 30 junio 2008 (RCUD núm. 2639/2007), según la cual: "Muy diversa es la solución a la que hemos de llegar en el segundo de los motivos, relativo a la forma de cálculo para determinar el salario/día que ha de tenerse en cuenta para calcular la indemnización por despido improcedente. Sobre este punto las decisiones a contrastar ofrecen respuesta absolutamente divergente, pues en tanto la recurrida -dando por válidos los cálculos realizados en la instancia- parte de la acreditada retribución anual, la divide por los 12 meses del año y el resultado vuelve a dividirlo por 30 días, nuestra decisión referencial (STS 27/10/05 - rcud 2513/04 -) mantiene la tesis -que hemos de reiterar- de que los parámetros que establece el art. 56.1 ET EDL 1995/13475 para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios (textualmente: «cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio»), y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir -supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los 365 días que al año corresponden (366 para el caso de año bisiesto); y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados (12x30) y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30, 42 días (365/12) y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forense con inequívoco apoyo en la redacción originaria -vigente hasta el Decreto 1836/1974 EDL 1974/1333 , de 31/mayo -del art. 7 CC EDL 1889/1 («Si en las leyes se habla de meses... se entenderá que los meses son de treinta días... Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan») y que también en ocasiones establece el legislador (así, para la determinación de la base reguladora en las situaciones de IT, conforme al art. 13 Decreto 1646/72 EDL 1972/1462)".

De acuerdo con este criterio resulta que el salario diario asciende a 168'45 euros, resultado de multiplicar 5.123'98 euros mensuales por 12 y dividir por 365. Por lo tanto, la indemnización por despido calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado (art. 11.2 R.D 1.382/85 EDL 1985/8994) ascendería a 19.612'11 euros. Mientras, si se aplicase la figura del desistimiento, el importe de la indemnización establecida en el art. 11.1 R.D 1.382/85, de 1 de agosto EDL 1985/8994 , ascendería a 6.863 '85, euros y la indemnización por falta de preaviso (art. 11.1 en relación con el art. 10.1 del R.D. 1.382/85 EDL 1985/8994) a 19.610'94 euros.

Para ver cuál de estos importes ha de reconocerse en el caso presente hemos de pasar al recurso interpuesto por la empresa.

CUARTO.- Señala la sentencia Tribunal Supremo de 19 octubre 2006 (RCUD núm. 617/2005) a propósito de la calificación de la extinción contractual decidida por iniciativa del empresario que afecta a una relación de alta dirección:

"Cuando en una relación como es la especial de Alta Dirección cabe cuestionar no sólo el cumplimiento de las formalidades del despido, lo que en la relación laboral ordinaria sólo redundaría ciertamente en una declaración de improcedencia en el caso de un despido carente de requisitos formales, sino también la diversa naturaleza de la extinción en relación a la voluntad subjetiva del empresario, es exigible un mayor rigor en la expresión de voluntad. Esa falta de rigor no puede, en su ambigüedad, amparar una elección caprichosa en favor de la fórmula económicamente más favorable, por cuanto ello significaría el uso fraudulento de la norma. La empresa consignó en el Juzgado el 11 de noviembre de 2003 la suma de 1.681,59 euros en concepto de despido improcedente.

A falta de cláusula específica sobre indemnización en caso de desistimiento, el artículo 11-1º del Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto EDL 1985/8994 (, 2156) contempla una indemnización de siete días por año, con el límite de seis mensualidades. Establecidos en el relato de hechos probados un salario anual de 60.000 euros y una antigüedad comprendida entre el 15 de septiembre de 2003 y el 19 de noviembre del mismo año, la indemnización derivada de la antigüedad asciende a 197,60 euros y el preaviso omitido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1º párrafos primero y segundo en relación con el artículo 10-1º, ambos del Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto EDL 1985/8994 (RCL 1985 \2011, 2156), a 14.787 euros.

Es obvio lo menos ventajoso del desistimiento, en su repercusión económica, lo que puesto en relación con la fórmula adoptada en el despido, sin una mínima base fáctica, sirve de apoyo a la aplicación de la doctrina antes expuesta, a la que se acomoda la doctrina de contraste, procediendo unificar lo resuelto con arreglo a la misma.

Por lo expuesto, procede la estimación del recurso, casar y anular la sentencia recurrida y revocando el Fallo de instancia, estimar la demanda, declarando extinguida la relación laboral especial de Alta Dirección por desistimiento de la empresa, condenar a la demanda al pago de 197,70 euros en concepto de indemnización por antigüedad y 14.787 euros en el de preaviso, con deducción de las cantidades consignadas en concepto de indemnización por despido improcedente, sin que haya lugar a la imposición de costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 (, 1563)".

De esta doctrina parece deducirse que, cuando la empresa que extingue un contrato de alta dirección no expresa de modo inequívoco si esa extinción se debe a su decisión de desistir o de despedir al trabajador afectado, hay que optar por la fórmula que resulte más beneficiosa para este último.

QUINTO.- En el caso presente resulta que la fórmula más beneficiosa para el trabajador es la que resulta del desistimiento empresarial, si para ello sumamos la indemnización por extinción contractual y la de omisión de preaviso. En principio, por tanto, ésta sería la fórmula que deberíamos aplicar.

Pero procesalmente no cabe tal decisión por aplicación de la doble figura de la prohibición de la "reformatio in peius" y la congruencia. Ciertamente, si el trabajador es quien ha pedido que su extinción se considere despido y así se ha concedido en la instancia, no es posible que la Sala cuestione tal decisión como petición formulada por el trabajador. Y, en cuanto petición formulada por la empresa, sí cabe que decidamos si lo procedente debería ser declarar el desistimiento empresarial, pero resulta que, al hacerlo así, el recurso de la empresa le depararía una consecuencia más gravosas (pago de 27.474'96 euros) que las fijadas en la instancia (pago de 20.215'15 euros), con lo cual sería el propio recurso de la empresa el que le acarrearía unas consecuencia peores que si no hubiese recurrido, lo cual resulta contrario al indicado principio de "reformatio in peius". Insistimos, por tanto, en que es la propia posición del trabajador la que lleva esta decisión, pues él es quien pide que se le aplique la figura del despido, que, obviamente, no puede mezclar con la del desistimiento, a fin de intentar percibir la indemnización de 20 días de salario por año trabajado propia de aquél, más la indemnización por falta de preaviso propia del desistimiento.

SEXTO.- En suma, el recurso de la empresa no se puede estimar porque lo que ella postula es menos beneficioso que la condena que le ha sido impuesta en la instancia.

Y lo mismo cabe decir del recurso del trabajador, puesto que sus cálculos son incorrectos y la verdadera indemnización que le corresponde por despido es de 19.612'11 euros, que es inferior a la concedida en la instancia, tal como quedó cuantificada en aclaración, la cual, sorprendentemente, fue instada por el propio trabajador también para que redujeran la indemnización que le había sido reconocida en sentencia.

SÉPTIMO.- Se acuerda la pérdida del depósito y la consignación efectuados para recurrir por la empresa, a los que se dará el destino que corresponda cuando la presente sentencia sea firme.

En materia de costas no procede su imposición a ninguna de las partes por lo que toca al recurso del trabajador, porque la parte vencida de la que habla el art. 233.1 L.P.L EDL 1995/13689 es sólo la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión. Por lo que toca al recurso de la empresa, la pérdida de su recurso supone que se haga curso de los honorarios de la letrada que lo impugnó, los cuales se cuantifican en 200 euros.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Ambrosio y desestimamos el interpuesto por "EMPRESA MUNICIPAL DEL SUELO Y LA VIVIENDA DE BOADILLA DEL MONTE SAU" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 1 DE MOSTOLES (Madrid) de fecha 16 DE NOVIEMBRE DE 2009, en sus autos 803/09, seguidos a instancia de la citada parte RECURRENTE contra la RECURRENTE, en reclamación de DESPIDO. En consecuencia, revocamos la sentencia de instancia, tal como quedó aclarada por autos de 10 de diciembre de 2009, sólo en el sentido de cuantificar la indemnización que corresponde por despido al actor en 19.610'94 euros. Acordamos la pérdida del depósito y la consignación efectuados para recurrir por la empresa. Con costas.

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 resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral EDL 1995/13689, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del depósito de 300 euros conforme al art. 227.2 L.P.L EDL 1995/13689 y la consignación del importe de la condena cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos separadamente en la C/C núm. 2826000000 y núm. de recurso, que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1026 de la Calle Miguel Ángel núm. 17, 28010-Madrid.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse 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.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el,por el Iltmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079340012010100566