

## EDJ 2011/177585

TSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1ª, S 12-4-2011, nº 1039/2011, rec. 586/2011

Pte: Biurrun Mancisidor, Garbiñe

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### RELACIONES LABORALES ESPECIALES

##### ALTA DIRECCIÓN

##### Extinción

Desistimiento por el empresario

Indemnización

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita Ley 2/2004 de 27 diciembre 2004. Presupuestos Generales del Estado para 2005

Cita 12/2001 de 9 julio 2001. Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para incremento del empleo y mejora de su calidad

Cita art.632 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.191, art.233.1, art.233-1 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

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

Cita art.11 de RD 1382/1985 de 1 agosto 1985. Relación Laboral Especial del Personal de Alta Dirección

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por Demanda y terminó por Sentencia, cuya relación de Hechos Probados, es la siguiente :

1º.-) "El actor D. Luis Carlos, prestó servicios para la empresa demandada desde el 1/12/2.004, con la categoría profesional de CAPITAN DE PESCA, y un salario mensual bruto de 2.500 euros.

2º.-) En fecha 28/06/2.005 ambas partes suscribieron un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, acordándose una retribución total de 5.889,92 euros brutos en 14 pagas, y participación en capturas de 6.010 euros/tonelada, celebrado al amparo de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , Ley 12/2001 de 9 de julio EDL 2001/23492 y Ley 2/2004 de 27 de diciembre EDL 2004/184083 .

3º.-) Con fecha 3/03/2.010, el actor recibió carta de la empresa comunicando el desistimiento del contrato de trabajo con efectos de 2/06/2.010, donde tras relatar una serie de acontecimientos que afirma la empresa conducen a la misma a perder definitivamente la confianza depositada en el trabajador y a dicho desistimiento, comunican que ponen a disposición de aquel la cantidad de 7 días de salario por año trabajado que asciende a 2.045,87 euros, que "usted podrá recoger en las oficinas de la empresa en Bermeo o comunicándonos un num. de cuenta en donde usted desee que se haga el ingreso". Damos por reproducida la carta por obrar en la prueba documental.

4º.-) El 31/03/2.010 fue celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin efecto".

SEGUNDO.- La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia dice :

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Luis Carlos contra NIC, S.L., debo confirmar la extinción del contrato de trabajo del actor por desistimiento de la empresa, estableciendo la indemnización por desistimiento de la relación laboral en 3.256,95 euros "

TERCERO.- Frente a dicha Resolución se interpusieron los Recursos de Suplicación anteriormente reseñados, siendo impugnado por DON Luis Carlos el Recurso formalizado por la Mercantil "NICRA-7, S.L."

CUARTO.- Elevados los autos a este Organismo Colegiado, los cuales tuvieron entrada en Secretaría el 7 de marzo, y comunicada a las partes litigantes personadas ante la presente instancia la designación de Ponente (por medio de Diligencia de Ordenación que data del mismo día de la recepción del pleito) y; por otra parte, de un lado; la composición del resto de Magistrados constituyentes de la terna, y, por otro, la fecha señalada para la Deliberación y Fallo del Recurso, la cual fue fijada para el siguiente 5 de abril (notificaciones éstas que se llevaron a cabo - de manera conjunta - a través de Providencia del anterior 10 de marzo) se dispuso el pase del procedimiento a la Il.tra. Sra. Magistrada nombrada a tal efecto, para el examen y subsiguiente resolución por la Sala de la cuestión suscitada.

QUINTO.- En la jornada señalada se llevó a efecto la deliberación mentada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha dictado sentencia en la que ha estimado parcialmente la demanda que, en reclamación por despido, dirigió D. Luis Carlos frente a la empresa "NIC, S.L." y ha confirmado la extinción del contrato de trabajo del actor por desistimiento de la empresa, estableciendo la indemnización por desistimiento de la relación laboral en 3.256,95 euros.

Frente a esta sentencia se alzan en suplicación ambas partes.

La parte demandante, D. Luis Carlos, lo hace dirigiendo frente a la sentencia denuncia de carácter exclusivamente jurídico, en tanto que la empresa demandada pretende la modificación de los hechos probados. En consecuencia, analizaremos en primer lugar el recurso de la empresa y continuaremos con el del demandante.

### A).- EL RECURSO DE LA EMPRESA. LA REVISIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989, y construyendo el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional ( Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero).

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b.-) Que el error sea evidente;

c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la empresa recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente para modificar el hecho primero en lo relativo al salario del demandante, que la instancia ha fijado en la suma de 2.500 euros brutos/mes, y que la empresa pretende se fije en la cantidad de 1.644 euros. Pretensión que sostiene en los documentos que invoca, y que no va a estimarse. Así, ha de recordarse la intervención de la empresa en el acto del juicio oral, en el que admitió un salario de 2.500 euros/mes, por lo que la cuestión no fue ya controvertida, razón por la cual la instancia ha fijado dicha cantidad sin realizar análisis ninguno. Ello se desprende del visionado de la grabación del juicio oral, que la Sala ha realizado, comprobándose que la empresa aceptó la cantidad de 2.500 euros como salario del trabajador demandante.

No planteando ninguna otra cuestión la empresa recurrente, su recurso ha de ser definitivamente desestimado.

### B).- EL RECURSO DEL TRABAJADOR DEMANDANTE. LA CALIFICACIÓN DEL ACTO EXTINTIVO DECIDIDO POR LA EMPRESA.

Con amparo en el artículo 191-c) de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , impugna D. Luis Carlos la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en el artículo 11 RD 1382/1985 EDL 1985/8994 , que exige la puesta a disposición de la indemnización de siete días de salario por año trabajado para el caso de desistimiento empresarial en la relación laboral especial de alta dirección. Añade que la empresa no ha puesto a disposición del trabajador esa cantidad junto con la comunicación extintiva, pues no hubo ni entrega ni pago de la misma, sino mero ofrecimiento de acudir a las oficinas o designación de número de cuenta bancaria y que, además, la cantidad ofrecida fue inferior a la que el Juzgado ha determinado como correcta, por lo que la extinción por desistimiento no sería válida y habría de ser calificada de despido nulo o, subsidiariamente, improcedente, invocando la STS de 19 de octubre de 2006 - -.

El artículo 11 del RD 1382/1985, de 1 de agosto EDL 1985/8994 , regulador de la relación laboral especial del personal de alta dirección, prevé la posibilidad de extinción de dicho contrato por desistimiento empresarial y somete esta decisión extintiva al siguiente régimen: comunicación escrita mediando un preaviso e indemnización pactada o, en defecto de pacto, una suma de siete días de salario en metálico por año de servicio con un máximo de seis mensualidades. Se aprecia que no está exigiendo esta norma que el abono de la indemnización se realice de manera simultánea al momento de entrega de la comunicación de desistimiento, o se ponga a disposición de la persona trabajadora en ese momento, a diferencia de lo que se prevé para la extinción por causas objetivas en el artículo 53.1.b), precepto en el que se exige la puesta a disposición de la indemnización y que ello se realice de manera simultánea a la comunicación de la extinción.

La STS de 19 de octubre de 2006 - Rjud. 617/2005 - razona, obiter dicta, que "No cabe duda de que en el contrato especial de Alta Dirección a la empresa le cabe la facultad de ejercer el desistimiento en cuyo caso debería ajustarse a las normas que rigen el mismo". Ciertamente es que el empresario ha de cumplir dichas formalidades, para el caso de optar por el desistimiento de la relación laboral, pero lo que aquí se trata de determinar es, precisamente, el contenido de dichas formalidades, sin que, por lo dicho más arriba, ello alcance a la puesta a disposición de la indemnización, y menos aún a su puesta a disposición simultánea, sino que la norma se limita a prever el derecho de la persona trabajadora al percibo de una indemnización en los términos arriba indicados.

En consecuencia, ni la falta de puesta a disposición del demandante ni la comunicación de una cantidad indemnizatoria inferior a la que judicialmente se ha determinado van a provocar que el desistimiento deje de ser tal para pasar a ser calificado de despido.

De ahí que el recurso sea desestimado.

La desestimación de los dos recursos lleva aparejada la íntegra confirmación de la Sentencia de instancia.

SEGUNDO.- No procede hacer declaración sobre costas en el recurso del trabajador por gozar el recurrente vencido del beneficio de justicia gratuita (artículos 233-1 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , y 2-2 -d) de la Ley 1/1.996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita).

En cuanto al recurso de la empresa, procede condenarla en costas, por no gozar del beneficio de justicia gratuita (art. 233-1 LPL EDL 1995/13689 ), costas en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte que ha impugnado el recurso, lo que se fija en 300 euros.

## FALLO

Que desestimamos los Recursos de Suplicación interpuestos por DON Luis Carlos y la empresa "NICRA-7, S.L.", frente a la Sentencia de 20 de mayo de 2010 del Juzgado de lo Social num. 4 de Bilbao, en autos num. 314/10, confirmando la misma en su integridad.

Se condena en costas a la empresa recurrente, incluyendo los honorarios del letrado de la parte impugnante del recurso, que se fijan en 300 euros.

Se decreta la pérdida de las cantidades objeto de depósito y consignación, a las que se dará legal destino.

Publicación. Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la Il.tra. Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

- ADVERTENCIAS LEGALES -.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 300 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0586/11.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0030-1846-42- 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699 -0000- 66 -0586/11.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

