

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	6

## FICHA TÉCNICA

### Legislación

Cita RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.2.2, art.4.1, art.4.2, art.55 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

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

Cita art.14 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.1225 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por Carlos Francisco, ante el Juzgado de lo Social número 3 de Gijón en reclamación de despido siendo demandada la Empresa DIRECCION000., y celebrado el acto del juicio oral por el mencionado Juzgado de lo Social, se dictó sentencia de fecha 3 de marzo de 1999, por la que se estimaba parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- En la mencionada sentencia y como hechos declarados probados, los siguientes:

1º.- El accionante D. Carlos Francisco, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 27 de noviembre de 1965 -pese a lo cual no fue dado de alta en la Seguridad Social hasta el 1 de enero de 1967- como Director-Gerente. No ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

2º.- Su retribución en nómina a la fecha de extinción del contrato estaba constituida por salario base de 243.381 pesetas mensuales; un complemento de antigüedad del dos por ciento por cada año de servicio correspondiendo a treinta y dos años un 64% con 155.763 pesetas mensuales; una mejora voluntaria de 408.400 pesetas al mes, un plus de convenio de 2.836 pesetas por día efectivo de trabajo que al año alcanza un total de 637.806 pesetas, previo descuento de sábados, domingos, festivos y vacaciones y cuatro gratificaciones extraordinarias por importe de 399.145 pesetas cada una de ellas lo que determina un total de 11.924.924 pesetas. Además de las retribuciones anteriores, percibía el accionante desde el inicio de la relación laboral otras cantidades en concepto de proyectos y direcciones de obras; estas cantidades se liquidaban en un principio mediante recibos semestrales, posteriormente al trimestre y la liquidación del mes de octubre se hizo mensualmente por indicación del accionante al Jefe administrativo de la empresa que siempre confeccionaba los percitados recibos siguiendo las instrucciones del Gerente que le daba un documento cuando había variación indicándole en caso contrario que era igual que el anterior recibo; dichas cantidades, que últimamente ascendían a 2.203.828 pesetas al trimestre (8.815.312 pesetas anuales) iban al capítulo de gastos de la empresa cuyos balances y memoria eran aprobados al final del año por el Consejo de Administración, se las calificaba a efectos fiscales como rentas salariales efectuando la retención correspondiente y se incluía al actor en el grupo A como trabajador figurando la totalidad de lo percibido por él como renta de salarios; por otra parte, los proyectos y direcciones de obras que se retribuían de tal forma, los realizaba el accionante dentro de su horario y lugar de trabajo y auxiliándose del personal de la empresa demandada.

3º.- El 24 de noviembre de 1998 recibió el accionante comunicación de la empresa demandada del siguiente tenor literal: "En virtud de lo acordado por el Consejo de Administración de esta empresa, notifico a Vd. el siguiente acuerdo adoptado por el citado órgano, en la fecha que se expresa: D. Carlos Francisco viene desempeñando el cargo de Director-Gerente de esta empresa municipal prácticamente desde la constitución, realizada ante escritura pública en fecha 2 de noviembre de 1965 ante el notario D. Juan Ramón, actuando con los poderes inherentes a dicho cargo, según escritura pública realizada ante el mismo notario en fecha 2 de marzo de 1996. Las funciones de Director-Gerente desempeñadas por D. Carlos Francisco son las propias de una relación laboral de carácter especial, y reguladas por el Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto EDL 1985/8994 . Considerando que compete al Consejo de Administración el nombramiento y separación libre del Director Gerente de dicha sociedad, conforme al artículo 29 de los Estatutos de la empresa, por lo que el existir la voluntad de este Consejo de renovar este cargo, previa deliberación, se ACUERDA: 1º.- Cesar a D. Carlos Francisco en el cargo de Director-Gerente de la empresa y, en consecuencia, dar por extinguida su relación laboral especial, con efectos del día siguiente al de la notificación de este acuerdo. 2º.- Abonar al mismo los salarios correspondientes al período de preaviso previsto en el Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto EDL 1985/8994 , así como la indemnización por cese establecida en el artículo 11 del citado Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto EDL 1985/8994 . 3º.- Revocar los poderes otorgados en su día al Sr. Carlos Francisco como Director- Gerente. 4º.- Recabar del mismo informe justificativo del estado de las cuentas de la empresa y de sus movimientos hasta la fecha de su cese, facultando al Sr. Presidente del Consejo para requerir al Sr. Carlos Francisco cuantas aclaraciones y justificaciones considera más convenientes en interés de la empresa. Contra el citado acuerdo podrá Vd. interponer demanda ante el Juzgado de lo Social de esta ciudad en el plazo de 20 días siguientes a la notificación de este acuerdo, sin perjuicio de que pueda interponer cualquier otro recurso o reclamación que estime conveniente a sus intereses".

4º.- El 2 de noviembre de 1965 se otorgó escritura notarial de constitución de la Empresa Municipal de Aguas de Gijón S.A., de exclusiva titularidad pública, cuyos "órganos de gobierno serán la Corporación Municipal, que asumirá las funciones de Junta General de la Empresa, el Consejo de Administración, integrado por nueve vocales, seis de ellos de libre designación y los tres restantes miembros de la Corporación, presidido por el Alcalde, y finalmente la Gerencia, cuyo titular será designado por el Consejo. "; en el artículo 30 de dicha escritura de constitución- incluido en el Título Tercero "de los órganos de la Sociedad"- se establece que el Director-Gerente tendrá las facultades que en cada caso confiera el Consejo de Administración y le corresponderán "por derecho propio: a) la ejecución de los acuerdos del Consejo; b) la fiscalización de las actividades de la Sociedad; c) la propuesta al Consejo de la plantilla de empleados al servicio de la Sociedad y sus oportunas variaciones en todos los órdenes y categorías así como la suspensión y propuesta de la destitución de los mismos, sus emolumentos y gratificaciones, d) la Jefatura directa e inmediata de todo el personal al servicio de la Sociedad incluso cuando preste su servicio en comisión de servicio o bajo cualquiera otra modalidad; e) la firma de la correspondencia, recibo, libramientos, facturas, talones y en general cuantos documentos sean precisos para el desarrollo de su cometido; f) la concesión a los usuarios solicitantes de alta o baja en el servicio así como la suspensión del mismo por falta de pago o en cumplimiento de pactos establecidos y g) la preparación y presentación al Consejo de Administración en su reunión mensual de cuantos informes y propuestas estime oportunas en relación con las actividades de la Sociedad o que puedan redundar en el mejor logro y desenvolvimiento de los intereses sociales.

5º.- El 2 de marzo de 1966, interviniendo el Sr. Alcalde en su condición de Presidente del Consejo de Administración y autorizado por éste en reunión del 5 de febrero anterior, se otorgó poder a favor del Director-Gerente, aquí demandante facultándole para que, en nombre y representación de la empresa, pueda llevar a cabo lo siguiente: a) girar, aceptar, protestar por falta de aceptación o de pago, endosar o negociar de cualquier otra forma letras de cambio, pagarés, libranzas y mandamientos de pago y giro; b) representar a la Sociedad frente a terceros y ante las Dependencias del Estado, Provincia o Municipio, Tribunales de Justicia, Magistraturas de Trabajo y en general ante toda clase de Organismos y dependencias entablado las acciones y reclamaciones que estime oportuno, transigiendo y desistiendo de las mismas; c) conferir poderes a Procuradores de los Tribunales sustituyéndolos y transmitiéndoles todas o parte de las facultades que al Gerente le son propias o que en este acto y mediante este apoderamiento se le confieran a él; d) adquirir y enajenar bienes inmuebles y muebles necesitando para la enajenación de inmuebles previa aprobación de la misma por el Consejo y pudiendo firmar cuantos contratos, escritura y documentos fueran necesarios para ello; e) señalar indemnizaciones en los casos de ocupación permanente o temporal de terrenos, abonando las mismas y firmando los oportunos contratos y documentos para ello así como rescindir los contratos suscritos sobre el particular; f) firmar la correspondencia, recibos, libramientos, facturas, talones y en general cuantos documentos sean precisos para el desarrollo del cometido social, abriendo o cancelando cuentas bancarias incluso en el Banco de España; g) la concesión a los usuarios solicitantes del alta y baja en el servicio así como la suspensión del mismo por falta de pago o en cumplimiento de pactos establecidos; y h) admitir y despedir personal fijando las oportunas condiciones de trabajo e indemnizaciones de despido.

6º.- En la adaptación a la nueva legislación de Sociedades Anónimas decidida en acuerdos del Consejo de Administración de 15 de junio de 1992, elevados a escritura pública el 4 de diciembre siguiente, se mantuvo la misma estructura de los órganos de dirección y administración refiriéndose al Director-Gerente los artículos 28, 29 y 30 recogiendo en este último -cuyo contenido obra en autos dándose su contenido por reproducido íntegramente- las facultades que - además de las que en cada supuesto le confiera el Consejo de Administración- en todo caso le corresponden que son, sustancialmente iguales a las recogidas en el artículo 30 de la escritura de constitución de la empresa demandada detalladas anteriormente, añadiendo la de llevar la contabilidad de la sociedad con arreglo a las normas legales vigentes en cada momento y ejecutar materialmente cuantas operaciones requiera el funcionamiento de la sociedad y la ejecución material de los acuerdos de la Junta General y del Consejo de Administración.

7º.- En reunión del Consejo de Administración de 15 de julio de 1992 se acordó delegar en el Gerente las siguientes atribuciones: 1) Otorgar escritura de venta de viviendas a favor de empleados de la Empresa Municipal de Aguas, S.A., 2) Presentar, depositar, sustituir, ampliar y retirar avales, fianzas y depósitos en nombre de la Empresa Municipal de Aguas de Gijón, S.A., ante toda clase de organismos, incluidos estatales, autonómicos, municipales y cualesquiera otras entidades públicas o privadas; y 3) interponer toda clase de recursos que procedan ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias y de casación ante el Tribunal Supremo y otorgar poder para designación de Abogado y Procurador que puedan actuar en dichos pleitos.

Todo lo anterior fue oportunamente inscrito en el Registro Mercantil de Asturias, y las facultades gerenciales iniciales así como las ampliaciones y delegaciones se mantuvieron igual hasta que se acordó su revocación por acuerdo del Consejo de Administración de 23 de noviembre de 1998 como consecuencia de la extinción del contrato, siendo las facultades recuperadas entonces por el Presidente.

8º.- Mediante la Instrucción número 7/1993 de 22 de abril se constituyó la Comisión de Coordinación de las Empresas Municipales dependientes del Ayuntamiento de Gijón con la finalidad de coordinar y planificar las políticas de personal, inversiones, compras, política financiera, racionalización de obras y servicios en lo referente a calidad y eficacia, establecimiento de procedimiento de contabilidad y gestión comunes así como proponer cuantas mejoras se consideren oportunas para el buen funcionamiento de los servicios dependientes de estas empresas; en la composición de dicha comisión que se reunía periódicamente, estaba incluido el accionante en cuanto gerente de la empresa demandada, junto con los integrantes señalados en el punto segundo de la antedicha instrucción obrante en autos y cuyo contenido se da por reproducido íntegramente; las conclusiones y criterios elaborados por la Comisión se trasladaban en calidad de propuesta o directiva a la Alcaldía que era quien decidía si se aplicaban imperativamente junto con el Coordinador General de Servicios correspondiendo luego al Presidente y Gerente de cada sociedad o empresa municipal su aplicación en la misma; la referida Comisión cumplió sus objetivos al menos en lo relativo a plantillas, incrementos retributivos y convenios.

9º.- En octubre de 1996 y con el objeto de coordinar la política de empleo municipal se comunicó a las empresas municipales la obligación de recabar de la Alcaldía autorización expresa, a través de la Oficina de Coordinación de Recurso Humanos, para la formalización de contratos de naturaleza indefinida debiendo remitir mensualmente a la Oficina una relación de los contratos temporales

suscritos por cada empresa. A partir de diciembre de 1996 se aprobó una nueva normativa de contratación de bienes y servicios en las empresas municipales, creando una mesa de contratación compuesta por el Director-Gerente que actuará como presidente, el responsable económico-administrativo de la Empresa y el Técnico o técnicos responsables de la adquisición del bien o servicio, mesa que -en general- actuaba en la contratación de bienes servicios o suministros en cuantías superiores a 500.000 pesetas siendo detallados en cada caso los órganos de contratación atendiendo a la clase de bienes y a la cuantía de la contratación en la resolución de la Alcaldía de 3 de diciembre de 1996 copia de la cual obra unida a las actuaciones dándose su contenido íntegramente por reproducido.

10º.- A partir del nombramientos del accionante por el Consejo de Administración de la empresa demandada el 27 de noviembre de 1965, el precitado órgano de administración fijó las retribuciones del Director-Gerente en las siguientes fechas:

-16 de noviembre de 1998.

-06 de mayo de 1972.

-25 de abril de 1974.

-01 de marzo de 1975.

-28 de agosto de 1976.

-28 de febrero de 1977.

-18 de marzo de 1978 y

-02 de febrero de 1979, fecha desde la que no consta acuerdo específico del Consejo de Administración relativo a las retribuciones del Director-Gerente.

11º.- El demandante era quien actuaba ante los Tribunales en representación de la empresa demandada y la única persona autorizada para retirar los fondos de las distintas cuentas que la misma tenía en la práctica totalidad de las entidades bancarias de Gijón hasta el 24 de noviembre de 1998; era quien participaba en la representación de la empresa en la negociación de los convenios colectivos y formaba parte también, en representación de la empresa junto con otras dos personas, de la comisión de vigilancia de los convenios; suscribía todos los contratos de trabajo que se celebraban en la empresa, autorizaba préstamos de vivienda a los trabajadores de conformidad con las disposiciones del convenio y era el único que cuantificaba las mejoras voluntarias de aquéllos que generamente se producían el 1 de julio, teniendo en cuenta el I.P.C. y también otras consideraciones como trabajos realizados, sin intervención alguna de los representantes de los trabajadores en el reconocimiento de esas mejoras.

En la actualidad y desde el 15 de diciembre de 1998 son tres las personas cuyas firmas están autorizadas para disponer de los fondos de las cuentas de la empresa demandada: D. Cristobal, presidente, el nuevo director-gerente D. Jesús Luis y D. Miguel, Jefe Administrativo.

12º.- Durante algún tiempo el presidente de la empresa demandada desde 1995 D. Cristobal -que hasta el cese del demandante no actuó como presidente ejecutivo con poderes- mantuvo conversaciones con D. Carlos Francisco sobre su fecha de jubilación dado que el accionante cumpliera los 65 años de edad el próximo 27 de marzo; en el curso de dichas conversaciones, que no llegaron a fructificar debido a que el accionante sostenía que debía jubilarse a los 70 años, se intercambiaron ambas partes diversos documentos, uno de ellos fechado en noviembre de 1998 y no suscrito por el actor cuya copia obra unida a las actuaciones dándose su contenido íntegramente por reproducido, estaba redactado como una solicitud del demandante para acogerse al sistema de jubilación voluntaria del Régimen General de la Seguridad Social a partir de los 65 años con dispensa de ejercer desde esa fecha las funciones inherentes a su cargo y con derecho a percibir la indemnización prevista en el artículo 11 del Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto EDL 1985/8994 .

13º.- El día 4 de diciembre del pasado año le fueron ingresadas en cuenta al accionante 7.501.054 pesetas líquidas de las que 5.208.900 pesetas corresponden a la indemnización y el resto a compensación del preaviso y liquidación de retribuciones al cese, importando el total bruto 9.316.289 pesetas partiendo de una retribución de 33.124,76 pesetas diarias a efectos indemnizatorios.

14º.- Instada la conciliación el 4 de diciembre de 1998, el acto tuvo lugar el día 16 de dicho mes y año finalizando sin avenencia entre las partes.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante y demandada, siendo impugnado de contrario.

Elevados los autos a esta Sala, se dispuso el pase a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de suplicación que el actor formula, con amparo en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , pretende la modificación parcial del hecho probado segundo con el fin de sustituir los datos reflejados en la primera parte del mismo por la siguiente redacción: "el actor, en el periodo comprendido entre el 1 de enero y 31 de octubre de 1998, percibió por conceptos retributivos salariales de: salario base, antigüedad, mejora voluntaria, plus de convenio, gratificaciones extraordinarias, el importe de 10.494.681 pesetas, equivalente a 12.600.521 pesetas anuales".

Argumenta el recurrente que el cálculo efectuado por la Magistrada de Instancia es erróneo y que así se deduce de los recibos de salarios y hoja de cálculo obrantes a los folios 217 a 231 de los autos.

El rechazo del motivo resulta forzoso pues ni la documental invocada es prueba hábil para lograr la rectificación de lo declarado probado por la Juzgadora a quo, según reiterada y consolidada doctrina legal, ni la referencia genérica que a ella se hace, de forma inaceptable por su indeterminación, patentiza la realidad del error denunciado.

Debe rechazarse igualmente la solicitud de enmienda del hecho probado duodécimo en lo relativo a la inclusión de dos nuevos párrafos donde se recoja lo publicado en distintos medios de comunicación, antes y después del cese del recurrente, pues los recortes de prensa en que se funda (folios 172 a 174 y 178 a 186) son ineficaces para lograr la revisión fáctica postulada.

SEGUNDO.- Debe aceptarse, en cambio, la solicitud de ampliar el hecho probado duodécimo para reflejar en él que "en el Acta del Consejo de Administración en el que se acordó el cese del actor y en el punto referido a Asuntos de Personal, el Presidente del Consejo de Administración hizo constar que...con fecha 27 de abril el actual director gerente cumplirá la edad de 65 años por lo que se le planteó la posibilidad de que aceptase voluntariamente su jubilación en el cargo, circunstancia que no estaba definida ni en el contrato ni tampoco le es de aplicación el Convenio Laboral, y aunque se le planteó la posibilidad de un cese mediante acuerdo con la empresa éste no pudo producirse y por ello existe una retirada de la confianza en su persona que conduce a una rescisión de su contrato".

Las razones que determinan el acogimiento de esta pretensión son dos: 1º. que aunque el documento invocado en su apoyo es una fotocopia del acta de la reunión del Consejo de Administración de la empresa celebrada el 23 de noviembre de 1998, su realidad y contenido, lejos de ser impugnada, ha sido reconocido expresamente por el Presidente del Consejo de Administración en prueba de confesión, lo que otorga el valor de documento privado reconocido legalmente ( artículo 1.225 del Código civil EDL 1889/1 ) y 2º. que la consignación de las circunstancias que llevaron a plantear la decisión de desistimiento y la adopción del acuerdo impugnado afecta directamente a la cuestión sometida a enjuiciamiento y es relevante para el examen del derecho aplicado ya que la sentencia de instancia desestimó la demanda por no apreciar indicios de discriminación alegada.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalmente amparado en el artículo 191, c) de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , denuncia el recurrente la infracción del artículo 1.2 del Real Decreto 1382/85 EDL 1985/8994 por considerar que su relación laboral no era de alta dirección desde el año 1993, en que se creó la Comisión de Coordinación de las Empresas Municipales dependientes del Ayuntamiento de Gijón, argumentando que a partir de ese año el cargo de director gerente quedó constreñido a la realización de aquellas actuaciones que ya no constituyen el eje o núcleo esencial de la actuación empresarial.

Tal motivo carece de posibilidad alguna de éxito pues los hechos declarados probados y no impugnados en el recurso ponen de manifiesto que la relación existente entre las partes era la especial de alta dirección definida en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/85 EDL 1985/8994 . En efecto, el recurrente ostentaba y ejercitaba poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa que afectaban a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la misma y a aspectos trascendentales de sus objetivos, desempeñando su función con autonomía y plena responsabilidad solo limitada por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad.

La anterior conclusión no se desvirtúa por el hecho de que en 1993 se constituyera una Comisión de Coordinación de las Empresas Municipales con la misión de coordinar y unificar criterios en materia de contratación de personal y de bienes y servicios en las empresas municipales, ante todo porque el recurrente formaba parte de la misma y además porque lo que caracteriza al alto directivo y determina la calificación de su relación como laboral especial es actuar con un margen de independencia sólo limitado por los criterios e instrucciones emanados de los órganos superiores de gobierno, pues si dispusiera de todos los poderes y facultades inherentes a la titularidad ya no sería un trabajador por cuenta de la empresa sino rector y administrador de la misma, resultado patente que la intervención coordinadora de determinados aspectos de la actuación de las empresas municipales por una Comisión creada por el Alcalde, en el marco general de las funciones de dirección y supervisión que tiene atribuidas, no afecta a la posición del recurrente en la empresa ni a la actividad que en ella ejerce, sino que le sujeta a las directrices emanadas de los órganos superiores de gobierno.

CUARTO.- La sentencia de instancia declara válidamente extinguida la relación laboral especial existente entre las partes por desistimiento del empresario, razonando que el móvil represivo y discriminatorio por razón de edad aducido por el accionante carece de base y fuerza suficientes para obtener el efecto de nulidad pretendido y que el mero hecho de que los litigantes mantuvieran conversaciones sobre la jubilación sin llegar a ningún acuerdo no conduce necesariamente a apreciar indicios de represalia en el cese toda vez que el desistimiento patronal es perfectamente congruente con la dinámica ordinaria de la confianza que informa la relación laboral de alta dirección en cuanto que la causalidad en la extinción de tales contratos es subjetiva y no objetiva y por tanto radicalmente diversa al supuesto del trabajador común.

Sostiene el recurrente en el último motivo del recurso, con amparo en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , que tal decisión infringe los artículos 4.1, c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , en relación con los artículos 55.5 y 6 del mismo cuerpo legal puesto que la parte demandada, a la que se imputó una posible violación de derechos constitucionales con indicios suficientes para que se viera obligada a adoptar mecanismos probatorios en contrario, se limita a alegar principios legales y jurisprudenciales respecto a la licitud extintiva del artículo 11 del Real Decreto 1382/85 EDL 1985/8994 . Para resolver la cuestión planteada ha de ponerse de relieve, antes de nada, que el ámbito de libertad reconocido por el artículo 11 del Real Decreto regulador de la relación laboral especial de alta dirección, respecto a la resolución unilateral del contrato por desistimiento del empresario, no es absoluto sino que debe respetar necesariamente los derechos fundamentales del directivo ( artículo 2.2 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 ) y entre ellos el derecho a no ser discriminado por razón de edad dentro de los límites marcados por la ley.

Señala el Tribunal Constitucional, en su sentencia 90/97 de 6 de mayo, que los poderes empresariales se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulan, sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido el de la utilización lesiva de aquellos. Tan elemental premisa no se excepciona en los supuestos en que el empresario no está sujeto por la norma a causas o procedimientos en su actuación; antes al contrario, opera, si cabe, con más intensidad en tales casos, por cuanto en ellos el empleador puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las verdaderas razones de sus decisiones. Que la norma legal o convencional no le exija una causa que justifique aquellas desde el plano de la legalidad ordinaria, no supone la desaparición de los límites que provienen del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales del trabajador.

La prevalencia de esos derechos y las especiales dificultades probatorias de su vulneración constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (hoy recogida en los artículos 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689), doctrina que se proyecta no solo sobre los actos disciplinarios del empresario, sino también en relación a otras decisiones empresariales no requirentes de causa que las justifique desde el plano de la legalidad ordinaria como la resolución del contrato en periodo de prueba.

De conformidad con dicha doctrina, cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales y se aporten indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de tal alegato, incumbe al empresario la carga de probar que su decisión obedece a causas que la explican objetiva, razonable y proporcionadamente, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria- que debe llevar a la convicción del Juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador.

QUINTO.- El razonamiento empleado por la Magistrada de Instancia al resolver la controversia no puede admitirse si se contrasta con los criterios que acaban de recordarse puesto que se ha acreditado que la decisión empresarial impugnada se produjo inmediatamente después de que el actor rechazara la propuesta de jubilarse voluntariamente; sin respetar siquiera el período de preaviso, y que ha sido la falta de acuerdo sobre esa extinción del contrato lo que determina la retirada de confianza en su persona, pues así se refleja en el acta de la reunión del Consejo de Administración donde se propuso y aceptó su cese.

Estos indicios no han sido neutralizados por la empresa demandada ya que no acreditó, ni siquiera alegó, que su decisión obedeciera a motivos relacionados con el trabajo desempeñado por el actor o con una alteración de sus cualidades para el cargo que le hicieren perder la confianza que en él tenía depositada desde hacía más de 30 años.

Que el desistimiento empresarial de la relación de alta dirección no tenga carácter causal implica que no se impone al empresario la invocación y prueba de la concurrencia de una causa tasada legalmente para la extinción de un contrato basado en la recíproca confianza de las partes. En modo alguno significa que carezca de límites y pueda hacerse valer por razones ajenas al propio trabajo en contra de un derecho fundamental de alto directivo y de las exigencias de la buena fe a que ha de acomodarse su ejercicio ( artículo 2 del Real Decreto 1382/85 EDL 1985/8994 ).

La conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el derecho.

En el caso enjuiciado, el único hecho probado y dato cierto es que el actor fue cesado cuando se negó a aceptar la propuesta de jubilación voluntaria, negativa que, según la empresa, determinaba una retirada de confianza en su persona. La decisión del actor era legítima, pero no puede decirse lo mismo de la adoptada por la empresa ya que, ante la ausencia de toda justificación sobre la real existencia de una pérdida de confianza por circunstancias relacionadas con la actividad desarrollada por aquel, aparece como única razón del cese la de su edad.

El derecho a no ser discriminado por razón de edad alcanza a todos los trabajadores, estén sujetos a una relación laboral común o a una especial, pues así resulta de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución EDL 1978/3879 , en los artículos 4.2, c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , que no son más que el reflejo del principio constitucional de no discriminación en la relación de trabajo, y en el artículo 2.2 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , por lo que resulta forzoso concluir que la decisión empresarial impugnada en estos autos es constitutiva de despido nulo ( artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 ).

SEGUNDO.- Quedan por analizar los efectos que debe producir la declaración de nulidad del despido. Según el recurrente no pueden ser otros que su inmediata readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir, de conformidad con los artículos 108 y 113 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689, sin que sea aplicable lo dispuesto en el num. 3 del artículo 11 del Real Decreto 1382/85 EDL 1985/8994 , no solamente por tratarse de un Real Decreto que indudablemente cede ante una norma de rango superior como es una ley, sino también porque la nulidad a que se remite el precepto citado es la derivada de defectos formales.

La tesis del recurso debe ser aceptada. La doctrina constitucional sobre despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales precisó, desde un principio, que la lesión declarada del derecho sólo queda reparada a través de la readmisión del trabajador, siendo inaplicable la opción por la extinción del contrato con la indemnización propia del despido improcedente que posibilitaba la legislación laboral. Esta doctrina fue incorporada al artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 por la Ley 11/94 de 23 de mayo, que redujo la calificación de nulidad a los supuestos de despidos discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales y libertades públicas. El artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 es aplicable a los altos directivos por mandato directo del num. 2 del artículo 11 del Real Decreto 1382/135 y lo dispuesto en el apartado tercero de este artículo, que concede los mismos efectos al despido nulo y a el improcedente, contradice abiertamente lo ordenado en el num. 6 del artículo 55, norma de rango jerárquico superior. Por último, la atribución. de competencia a los jueces y magistrados del orden jurisdiccional social para conocer de los conflictos que surjan entre el personal de alta dirección y las empresas ( artículo 14 del Real Decreto 1382/85 EDL 1985/8994 ) determina la obligada aplicación de las normas contenidas en la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 cuyo artículo 113 establece que si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir, sin excepción o salvedad alguna a diferencia de lo que ocurre en el artículo 110.1 donde, tras determinar los efectos del despido improcedente, se señala que en los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida en su caso por la norma que regula dicho relación especial.

SEPTIMO.- A los efectos del despido, el salario a tener en cuenta no puede ser otro que el declarado probado por la Magistrada de Instancia ya que ninguna base fáctica tiene lo alegado por la empresa en el primer motivo de su recurso, con amparo en el artículo 191, c) de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , acerca de la coexistencia de dos relaciones contractuales, una civil de arrendamiento de servicios y otra laboral, apareciendo en cambio probado que los proyectos y direcciones de obras que determinaban las remuneraciones cuya naturaleza se discute las realizaba el actor dentro de su horario y lugar de trabajo, auxiliándose del personal de la empresa y que la propia recurrente los calificaba fiscalmente como rentas salariales. La calificación denulidad del despido priva de objeto al segundo motivo de suplicación que la empresa articula, donde denuncia que la sentencia de instancia incurre en incongruencia por conceder una indemnización por incumplimiento total de preaviso que el actor no había solicitado en la demanda. Por todo ello, procede la desestimación del recurso interpuesto por la empresa y la estimación del recurso formulado por el actor, salvo en el particular relativo al salario computable y a la naturaleza común de su relación laboral.

Por cuanto antecede;

## FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. José Luis Díaz Coneja Burgoleta y desestimando el formulado por la Empresa DIRECCION000. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social num. 3 de Gijón en los autos sobre despido seguidos entre las recurrentes, revocamos la sentencia de instancia y declaramos nulo el despido del actor, condenando a la empresa demandada a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar a razón de 56.711 pesetas día, condenando a la empresa a la pérdida del depósito y la consignación constituidos para recurrir a los que se dará destino que ordena la Ley y a satisfacer al abogado del trabajador recurrido en concepto de honorarios la suma de 15.000 pesetas.

Adviértase a las partes que contra esta sentencia, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina en el plazo de diez días para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo acreditarse al personarse en ella haber efectuado el depósito especial de cincuenta mil (50.000) pesetas en la cuenta que dicha Sala tiene abierta en la sucursal del Banco Bilbao-Vizcaya de la Calle Génova num. 71 de Madrid (clave oficina 4043), si fuere la empresa condenada la que lo hiciere. Incorpórese el original al correspondiente Libro de Sentencias; líbrese certificación para unión al rollo de su razón. Notifíquese a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y una vez firme devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la presente.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33044340011999101550