

## EDJ 2007/46854

TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 2ª, S 28-2-2007, nº 178/2007, rec. 5914/2006

Pte: García Álvarez, Rosario

### Resumen

*El trabajador recurre en suplicación la sentencia que denegó la reclamación por despido. El TSJ desestima el recurso al considerar que no son de aplicación las previsiones del art. 9,2 y 3 RD 1392/1985 sobre reanudación de la relación laboral común una vez finalizada la relación de alta dirección, apreciando que la contratación inicial del trabajador reunía los requisitos para ser calificada también de especial de alta dirección al ser titular de unidad de gestión que dirigía con plena autonomía y responsabilidad, sólo sujeto a los criterios e instrucciones emanadas de los órganos superiores de gobierno. Señala la Sala que con la extinción de mutuo acuerdo del primer contrato especial no se produjo renovación, promoción interna o sustitución de una relación por otra sino simplemente la extinción del contrato a todos los efectos sin indemnización alguna.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

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

art.49.1

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

art.9.2 , art.9.3

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

CUESTIONES GENERALES

MUTUO ACUERDO

RELACIONES LABORALES ESPECIALES

ALTA DIRECCIÓN

Requisitos

Grado de autonomía y poder de decisión

Efectos sobre la relación laboral común

En general

Extinción

Dimisión del directivo

Desistimiento por el empresario

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Empresa/Empresario; Desfavorable a: Trabajador

Procedimiento:Recurso de suplicación

#### Legislación

Aplica art.49.1 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Aplica art.9.2, art.9.3 de RD 1382/1985 de 1 agosto 1985. Relación Laboral Especial del Personal de Alta Dirección

Cita art.191, art.216 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

### 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 en calidad de expresamente declarados probados: "PRIMERO.- El actor D. Jon prestaba servicios para el demandado INSTITUTO DE CREDITO OFICIAL (en adelante ICO), con antigüedad de 1-5-02, en virtud de nombramiento como Subdirector de Operaciones, denominado a partir de 19-5-04 Subdirector de Inversiones Crediticias Directas, realizado por el Presidente del mismo, suscribiendo contrato en los términos que son de ver a los folios 39 a 41 de autos y percibiendo un salario mensual, que con los incrementos legales que en 2006 ascenderían a 6.166,22 euros brutos prorrateados.

SEGUNDO.- Con fecha 31-5-05 ambas partes suscribieron acuerdo de extinción del contrato de trabajo con efectos desde esa fecha, cursándose la baja del actor en la Seguridad Social.

TERCERO.- Con fecha 1-6-05 el demandante suscribió con la codemandada AXIS PARTICIPACIONES EMPRESARIALES S.G.E. C.R, SA. UNIPERSONAL (en adelante AXIS) el contrato que figura al documento 10 del ramo de prueba de la parte actora, que igualmente se tiene por reproducido.

CUARTO.- Con fecha 16-3-06 la empresa AXIS notificó al actor el desistimiento del contrato anteriormente referido con efectos desde esa fecha.

QUINTO.- Mediante burofax de 4-4-06 el actor solicitó a ICO su reincorporación en su puesto de trabajo, recibéndose por este Instituto el siguiente día.

SEXTO.- Mediante idénticas escrituras notariales de 14-2-03 se otorgaron poderes al actor y otro para la realización de las facultades que con carácter solidario o mancomunado se concreta en los mismos, dándose por reproducido el documento 1 de la prueba documental de ICO.

SÉPTIMO.- ICO participa al 100% en el capital social de AXIS y en el Balance de Situación al 31- 12-05 la participación de ICO en AXIS se contabiliza en el epígrafe "Participaciones en empresas del grupo".

Las sedes de estas dos demandadas están situadas en un inmueble propiedad de ICO que desde 16-3-05 ocupa AXIS en régimen de arrendamiento.

OCTAVO.- Además ICO participa en un 23% en el capital social de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE REAFIANZAMIENTO, SA. (en adelante CERSA). El actor acudía al consejo de Administración de CERSA, quien le abonaba por asistencias al mismo la cantidad de 595,02 euros.

NOVENO.- El demandante en el año 2004 percibió cheques restaurante por valor de 1.824 euros.

En el periodo 1-6-05 a 16-3-06 recibió 7,81 euros/día por día laborable.

DECIMO.- Se agotó la vía previa."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Desestimo la demanda formulada por D. Jon ante la inexistencia de despido, absolviendo a las demandadas INSTITUTO DE CREDITO OFICIAL, CIA ESPAÑOLA DE REAFIANZAMIENTO, S.A. y AXIS PARTICIPACIONES EMPRESARIALES S.G.E.C.R., S.A. libremente y a todos los efectos de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante considera que la relación laboral que inició con el ICO el 1 de mayo de 2002 es de naturaleza común y sujeta, por tanto, a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 . Como consecuencia, estima que la extinción de mutuo acuerdo acordada el 31 de mayo de 2005 no es operativa hasta el 31 de mayo de 2007, al haber suscrito el día 1 de junio de 2005 un contrato de alta dirección con AXIS, sociedad del grupo, contrato que, a su vez, se ha extinguido por desistimiento del empresario, todo ello por aplicación del art. 9.2 del RD 1382/1985 EDL 1985/8994 y partiendo de la premisa, que asume, de ser la primera relación laboral común y sustituida por la segunda, especial de alta dirección. La conclusión que obtiene de su razonamiento es que ha sido despedido de ICO, al no haber reanudado la empresa la relación laboral común.

La resolución de instancia ha considerado que la relación laboral con ICO fue especial de alta dirección, atendiendo a los pactos del contrato, a los poderes otorgados y a las funciones encomendadas, concluyendo así con la inexistencia de despido.

En sede de recurso, el demandante insiste en su planteamiento, destinando los tres primeros motivos de su recurso a combatir el relato de hechos probados, por el cauce que al efecto proporciona el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 .

SEGUNDO.- En primer lugar, se interesa la modificación del hecho probado primero, mediante la adición de un nuevo párrafo, en el que se deje constancia de la existencia en el ICO de la figura de un DIRECTOR GENERAL, como superior jerárquico del actor (Los Subdirectores del ICO dependen jerárquicamente del Director General al que están adscritos o subsidiariamente consta en el organigrama de ICO el cargo de Director General). La documental alegada como soporte de la pretensión, es la siguiente: documentos núm. 1, 2, 3 y 4 del ramo de prueba de ICO, que analiza tratando de evidenciar que en el ICO existe el cargo de Director General.

Es de advertir que, obviamente, la sola existencia de una Subdirección implica de por sí la también existencia de una Dirección, cuya realidad no se niega por los demandados, desprendiéndose así de los poderes otorgados al actor. No existe obstáculo para adicionar el párrafo solicitado, si bien en su petición subsidiaria, dado que no cabe colegir con rotundidad ni la dependencia jerárquica ni la adscripción que se afirma.

Por el mismo cauce procesal, se solicita la modificación del ordinal séptimo, mediante la introducción de un tercer párrafo, por el cual se haga constar lo siguiente: a fecha de 28 de febrero de 2006 los empleados del ICO que pertenecían al Consejo de administración de AXIS eran 11 personas (folios 94 y 98) de las que 3 eran Altos Cargos del Instituto: el presidente y 2 Directores Generales del ICO.

El recurrente acude a la prueba de confesión, inhábil a los efectos pretendidos aún cuando lo sea por vía de informe. En cualquier caso, tampoco puede aceptarse la adición solicitada por cuanto la misma parte de aceptar un determinado significado a la expresión "alto cargo" del que se tratan de derivar determinadas consecuencias, en interpretación subjetiva e interesada, excediéndose así de la actividad estricta de revisión de hechos.

Finalmente, se solicita la adición al mismo ordinal séptimo de un cuarto párrafo con el texto que sigue: En la imagen corporativa de AXIS se hace constar la figura "Grupo ICO" bajo la expresión "AXIS Participaciones Empresariales Grupo ICO". Adición que resulta indiferente, y por tanto innecesaria, dado que es manifiesto y no se discute que nos encontramos ante un grupo empresarial, constando así en la sentencia.

TERCERO.- En sede de censura jurídica (apartado "c" del art. 191 de la LPL EDL 1995/13689), se alega la infracción de lo establecido en el art. 9, apartados 2 y 3 del RD 1382/1985 de 1 de agosto EDL 1985/8994, por inaplicación, y por su relación con el art.56 del ET EDL 1995/13475. Como hemos dicho, entiende el actor que al suscribir el contrato de trabajo de alta dirección con una empresa del grupo ICO, era trabajador común de la matriz del grupo, operándose una promoción interna, de tal forma que al extinguirse el segundo de los contratos, de alta dirección, entraría en juego lo previsto en los apartados 2 y 3 del citado precepto.

La primera cuestión que se plantea por el recurrente es la de determinar si el actor, con condición de personal directivo según los términos del contrato, reunía o no las condiciones de personal de alta dirección a los efectos del art. 1382/1985. Lo que no cabe duda es que, conforme a contrato y como hemos dicho, el demandante era personal directivo, excluido de Convenio, sujeto a libre disposición y separación por el Presidente del ICO.

Tampoco cabe duda que el demandante tenía otorgados las competencias, poderes y facultades que se recogen en los hechos probados, y que constan en la escritura de apoderamiento obrante en las actuaciones, debiendo destacarse las que de ellas, fueron concedidas con carácter solidario. Atendiendo a las mismas se comprueba, tal y como se afirma en la resolución combatida, que la actividad desarrollada por el actor en su prestación de servicios para el ICO se refería al círculo de decisiones fundamentales o estratégicas de su objeto con ostentación de la representación de la empresa afectando a área funcional de indiscutible importancia para la misma, bastando al efecto su simple lectura.

En definitiva, el actor estaba integrado o formaba parte de lo que era el alto gobierno del instituto, es decir, de los órganos a los que incumbía la dirección, gestión, administración y representación de la empresa, siendo indiferente la estructura que revista el órgano (y que el recurrente trata de hacer valer en su escrito de recurso como algo decisivo) pues, al igual que ocurre con las sociedades de capital puede tratarse de cualquier forma admitida por la ley. En suma, es erróneo entender que los integrantes de los cargos cuando son colegiados o están constituidos por varias personas o existe una división por departamentos no ostentan la condición de alta dirección porque, aun con pluralidad y división de funciones por departamentos, a ellos les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, dirección y representación de la sociedad que les ha sido conferida en virtud de especial apoderamiento otorgado a tal fin, por encima y de forma diferente a las funciones propias del personal directivo que, incluso fuera de convenio, actúa con clara dependencia.

Esta relación, en virtud de la cual el actor era titular de una unidad de gestión, que dirigía y actuaba con autonomía y plena responsabilidad, solo sujeto a los criterios e instrucciones emanadas de los órganos superiores de gobierno y basado en la más estricta confianza, estima la Sala que debe calificarse jurídicamente como especial de alta dirección, y ello con independencia de la denominación de subdirector, y de que en el contrato no se especificara de forma expresa su auténtica naturaleza.

Siendo así, resulta obvio que el 31 de mayo de 2005 las partes extinguieron de mutuo acuerdo un contrato, y dieron vida el día siguiente a otro, también de alta dirección, no entrando en juego las previsiones de los apartados 2 y 3 del art.9 del RD 1382/1985 EDL 1985/8994.

En cualquier caso, la Sala considera que los términos del mutuo acuerdo de extinción del contrato suscrito el 1 de mayo de de 2002 son los suficientemente claros para estimar que no se trata de la sustitución de una relación laboral común por una especial, esto es, de una renovación, pues para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente. Efectivamente, lo único que con tal carácter terminante se establece es, por cierto, la extinción por mutuo acuerdo, no una renovación, ni una promoción interna, ni la sustitución de una relación por otra, sino pura y simplemente la extinción a todos los efectos del contrato de trabajo suscrito el 1 de mayo de 2002, al amparo de lo previsto en el art. 49.1.a) del ET EDL 1995/13475 sin indemnización alguna como consecuencia de la extinción de la relación laboral al tratarse de una extinción de mutuo acuerdo que producirá efectos el día 1 de junio de 2005. Tan claros, expresos y contundentes términos no dejan lugar a dudas sobre la intención de las partes, que fue,

precisamente, la de extinguir a todos los efectos, y en esa concreta fecha, el contrato que, por cierto, conforme a su cláusula novena, se regía por la voluntad de las partes.

CUARTO.- Finalmente, considera el recurrente que la sentencia examinada infringe lo establecido en el art.26 del ET EDL 1995/13475 (tal debe ser la referencia y no el art.29 del mismo texto legal). Argumenta que la cantidad abonada como cheques restaurantes eran salario y no indemnización o dieta.

Es sabido que la ayuda por comida tiene una naturaleza indemnizatoria que tiene por objeto compensar el perjuicio que sufre el trabajador al no poder acudir a su domicilio para el almuerzo habida cuenta del horario partido. Partiendo de lo anterior la Sala no deja de reconocer el acierto que, a priori, presenta el argumento del recurrente. Sin embargo, el mismo parte de un error de principio cual es asumir como ciertas y reales unas premisas fácticas que no aparecen en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia. En efecto, ni podemos partir de que fueron 233 los días laborables, ni asumir como cierto que el actor tenía derecho a 22 días laborales de vacaciones, que disfrutó 12 y hasta 6 por interés del empleado, ni tampoco que los viernes por la tarde no trabajaba ni que percibió las cantidades en metálico por gastos de bolsillo sin justificación que se desprenden de los folios 48 a 62, ni que le fueron entregados los cheques incluso por los días en los que viajó, por cuanto ninguno de estos datos constan en la sentencia, ni tan siquiera se ha instado la revisión fáctica pertinente.

No puede argüirse frente a lo anterior que lo expuesto es simple consecuencia de la aplicación del Convenio Colectivo porque, recordemos, lo que está fuera de toda duda y no ha sido cuestionado es que el actor es personal fuera de Convenio y aun cuando pudiera tener derecho a beneficios extrasalariales (cuya naturaleza puede mutar por la forma y condiciones de abono) como los demás trabajadores sujetos a relación laboral común (cláusula tercera del contrato de 1 de mayo de 2002 y séptima del de 1 de junio de 2005), su jornada de trabajo, vacaciones, permisos y licencias se determinaban libremente por el ICO y después por AXIS en atención al puesto desempeñado en cada momento y a la dedicación exclusiva al mismo, siendo los más adecuados para desempeñar las funciones encomendadas (cláusulas quinta y sexta de los respectivos contratos). Por consiguiente, ni consta la jornada, ni las vacaciones, permisos y licencias, ni ha quedado probado todo lo que el actor pretende y alega para negar el carácter extrasalarial que, en principio y conceptualmente atendida su finalidad, ostenta la ayuda por comida. Y si el actor en el período de 1-6-05 a 16-3-06 percibió 7'81 euros por tal concepto y por día laborable, a él corresponde probar, porque así lo alega, todas aquellas circunstancias que desvirtúen el carácter extrasalarial del importe con tal finalidad y así satisfecho por la empresa.

Se desestima el recurso, confirmándose la sentencia de instancia que no ha incurrido en ninguna de las infracciones denunciadas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLO

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por D. Jon contra la sentencia núm. 378/06 de fecha 4 de septiembre de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 30 en autos 378/06, seguidos a su instancia frente a INSTITUTO DE CRÉDITO OFICIAL, AXIS PARTICIPACIONES EMPRESARIALES SGEGR S.A. UNIPERSONAL Y COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE REAFIANZAMIENTO S.A., debemos confirmar y confirmamos la citada resolución.

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 sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, núm. 49, oficina 1006, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 282700000591406 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria 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 y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase 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

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079340022007100210