**Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia 146/2007 de 8 Feb. 2007, Rec. 5068/2006**

**Ponente: Morales Vallez, Concepción**

**Ponente: Morales Vallez, Concepción.**

**LA LEY 45225/2007**

Cabecera

CONTRATO DE TRABAJO. Exclusiones. Consejeros y miembros de órganos de administración de sociedades. Existencia de relación laboral. PERSONAL DIRECTIVO. Ámbito de aplicación de la relación laboral de carácter especial. Elementos objetivos. -- Extinción del contrato. Despido del alto cargo. Improcedencia.

A Favor: TRABAJADOR.

En Contra: EMPRESA.

En MADRID a ocho de Febrero de dos mil siete

RSU 0005068/2006

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

MADRID

**SENTENCIA: 00146/2007**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002 (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2006 0017993, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPLICACION 0005068 /2006

Materia: OTROS DCHOS. LABORALES

Recurrente/s: Everardo , VENTURA 24 SL

Recurrido/s: Everardo , VENTURA 24 SL , TIPP 24

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 33 de MADRID de DEMANDA 0000664

/2005 DEMANDA 0000664 /2005

Sentencia número: 146/07-L

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

CONCEPCIÓN MORALES VALLEZ

habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 002 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as

Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION 0005068 /2006, formalizado por los Sres. Letrados D/Dª. ANTONIO BERNAL PEREZ-HERRERA y D. ELOY CASTAÑER PAYA, en nombre y representación, respectivamente, de Everardo y VENTURA 24 SL , contra la sentencia de fecha once de octubre de dos mil cinco, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº: 033 de MADRID en sus autos número DEMANDA 0000664 /2005, seguidos a instancia de Everardo frente a VENTURA 24 SL y TIPP 24, parte demandada, en reclamación por despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. CONCEPCIÓN MORALES VALLEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

**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:

1º.- El 7-11-01 se constituye la mercantil Ventura 24 SL como sociedad unipersonal cuyo único socio es la mercantil alemana TIP 24 AG, siendo su objeto la colaboración en la gestión de administración de loterías a través de Internet.

2º.- El 16-07-04 Ventura 24 SL suscribe con D. Everardo , contrato de trabajo indefinido cuyo objeto es la prestación de servicios como director de marketing.

En el organigrama de la empresa figura el demandante en la cúspide junto al directo de productos Sr. Javier .

3º.- El 9-12-04 el socio único de ventura 24 SL, nombra miembros del Consejo de Administración y consejeros delegados solidarios al Sr. Everardo y al Sr. Bruno .

Desde enero de 2005 figuran ambos en la cúspide del organigrama de la demandada como directores de marketing y de producto.

4º.- El 27-04-05, EL ACTOR Y EL Sr. Imanol en representación de las dos codemandadas suscriben documento que denominan "Cláusulas Adicionales" y cuyo contenido, por aportado por ambas partes se da íntegramente por reproducido.

Interesa el contenido de su cláusula 2ª que es el siguiente: "En caso de despido improcedente y con anterioridad al pago de las indemnizaciones contempladas en la legislación laboral española, D. Everardo tendrá derecho a apercibir por Ventura 24 una indemnización bruta de 20.000,00 euros pagadera, como máximo, en su última jornada de trabajo. Esta indemnización no se abonará si los accionistas aducen "mala gestión" especialmente si se han cumplido claramente los objetivos del plan de negocio.

Tipp 24 garantiza este pago hasta el 31 de agosto de 2005 en caso de despido debido a la quiebra o quiebra técnica de Ventura 24".

5º.- El salario que percibía el demandante ascendía a 110.886,46 euros anuales.

6º.- El 11-07-05 la empresa le remite carta suscrita por el Sr. Imanol en la que le indica lo siguiente: "Por la presente le comunico que en la fecha de hoy el accionista único de Ventura 24, S.L. ha adoptado la decisión de cesarle en su cargo de Consejero Delegado de la Sociedad. En consecuencia, con efectos desde el día de la fecha, queda relevado de todos sus cargos y funciones de cualquier naturaleza en ventura 24, S.L. quedando asímismo terminados a todos los efectos cualesquiera vínculos y relaciones jurídicas entre ud. Y la Sociedad."

7º.- El 8-8-05 se celebró acto de conciliación ante el SMAC, manifestando la demandada Ventura SL lo siguiente: "que reconoce la improcedencia del despido y ofrece por el concepto de indemnización legal correspondiente a la relación laboral la cantidad de 5.741,82 euros y por el concepto de salarios de tramitación la cantidad de 6.407,80 euros brutos que hacen un neto de 3.857,49 euros, que en caso de no ser aceptados por el solicitante se depositarán en el Juzgado de lo Social. En cuanto a la liquidación la tiene el solicitante a su disposición en la empresa.

8º.- El 9-08-05 comparece Ventura 24 SL en el decanato y consigna la suma de 5.741,82 euros en concepto de indemnización y 3.857,49 por salarios de tramitación, reconociendo la improcedencia del despido en los términos contenidos en el escrito al folio 13 de autos y que e da por reproducido.

El 14-9-05 se le hizo entrega de la cantidad consignada por importe de 9.599, 31 euros.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva, que tras corregir error material por auto de aclaración de fecha 25.10.05 , queda como sigue:

"Previo rechazo de la falta de jurisdicción del orden social para el conocimiento de este litigio, estimo parcialmente la demanda formulada por D. Everardo contra la empresa Ventura 24 S.L. y por el desistimiento causado el 11-7-05 la condeno a indemnizarle con la suma de 2.126,59 euros.

Habiendo retirado el demandante la cantidad consignada a su favor en cuantía de 9.599,31 euros, deberá reintegrar a dicha mercantil la diferencia resultante, a lo que se le condena.

Absuelvo a la codemandada Tipp 24 AG de las pretensiones deducidas en su contra."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante y demandada 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 en fecha 25.10.06 , 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 el día 30.01.07 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.-** Frente a la sentencia de instancia en la que se desestima la pretensión actora articulada en la demanda rectora de las presentes actuaciones por despido improcedente, cuya improcedencia ha sido reconocida por la mercantil VENTURA 24, S.L., depositando ante el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, con fecha 04/05/05 , la cantidad de 9.599,31 €, en concepto de indemnización por despido y salarios de tramitación, y en la que se declara la extinción por desistimiento ex artículo 11.1 del RD 1382/1985, de 1 de agosto , se formalizan sendos Recursos de Suplicación, por la representación procesal de cada una de las partes procesales.

**SEGUNDO.-** En el Recurso de Suplicación que se formaliza por la representación procesal de la mercantil VENTURA 24, S.L., se articulan cuatro motivos de recurso.

El primero, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado b) del RDL 2/1995, de 7 de abril, interesando la modificación del Hecho Probado Segundo , para el que se propone un texto alternativo del siguiente tenor literal, "El 16/07/04, VENTURA 24 S.L. suscribe con D. Everardo , contrato de trabajo indefinido cuyo objeto es la prestación de servicios como Director de Marketing.

En el organigrama de la empresa correspondiente al mes de julio de 2004 figura el demandante en la cúspide como Director General (o su equivalente acepción inglesa Managing Director), si bien encargado funcionalmente del área funcional de Marketing, junto al Director de Productos Sr. Javier , que también aparece como Director General responsable principalmente del área de Producto.", citando en apoyo de su pretensión el organigrama de julio de 2004, obrante al folio 76 de las actuaciones.

El segundo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado b) del RDL 2/1995, de 7 de abril, interesando la modificación del Hecho Probado Tercero , para el que se propone un texto alternativo del siguiente tenor literal, "el 09/12/04 el socio único de VENTURA 24, S.L., nombra miembros del Consejo de Administración y Consejeros Delegados solidarios al Sr. Everardo y al Sr. Bruno .

En enero de 2005 continúan figurando ambos en la cúspide del organigrama de la demandada como Directores Generales (o su equivalente acepción inglesa Managing Director), si bien el Sr. Everardo se responsabiliza principalmente del área de Marketing y Don. Bruno del área de Producto.", citando en apoyo de su pretensión el organigrama de enero de 2005, obrante al folio 78 de las actuaciones.

El tercero, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado c) del RDL 2/1995, de 7 de abril , por infracción del artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que expresamente se cita en apoyo de su pretensión, por entender en síntesis la recurrente, recapitulando, y se trascribe su literalidad, que:

"El Sr. Everardo mantuvo una relación de alta dirección desde su contratación el 16/07/04 hasta el 08/12/04."

"Posteriormente, ha mantenido desde el 09/12/04 hasta el 11/07/05 una relación mercantil con la Sociedad, período en el que ha ostentado la posición de Consejero Delegado de la misma."

"En consecuencia, no procede indemnización alguna por el cese de dicha relación mercantil, de modo que procede la devolución a esta parte del exceso consignado de forma cautelar a los únicos efectos de detener el devengo de los eventuales salarios de tramitación."

El cuarto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado c) del RDL 2/1995, de 7 de abril , por infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de fecha 31/01/03 , que expresamente se cita en apoyo de su pretensión, por entender en síntesis la recurrente, y se trascribe su literalidad, que "debería especificarse que la cantidad objeto de condena es una cantidad bruta y, por lo tanto, el trabajador debe proceder a la devolución de la diferencia entre la cantidad consignada por la Empresa y la cantidad neta que le corresponda en concepto de indemnización por desistimiento de su relación laboral de alta dirección."

**TERCERO.-** En el Recurso de Suplicación que se formaliza por la representación procesal de la parte actora, se articulan seis motivos de recurso

El primero, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado a) del RDL 2/1995, de 7 de abril , por incongruencia extra petita, por entender en síntesis la recurrente, y se trascribe su literalidad, que "el juzgador se excede en su resolución al condenar de manera expresa al demandado sin formular reconvención y sin que, ni tan siquiera, las pretensiones de la parte adversa tuvieran el alcance reflejado en el fallo, pues limitándose a solicitar la devolución de siete días consignados de diferencia, la sentencia condena al reintegro de una cantidad mucho mayor, provocando la indefensión mencionada, lo que obliga a la estimación de este primer motivo de suplicación."

El Tribunal Constitucional viene afirmado, con reiteración que la incongruencia omisiva o no resolución por el órgano judicial en su Sentencia de alguna de las pretensiones ante él debidamente formuladas lesiona, al igual que la incongruencia por exceso, el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC nº 20/1982, 116/1986, 244/1988 y 203/1989), habiendo establecido, en cuanto ahora específicamente nos interesa, que para que la incongruencia extra petita tenga relevancia constitucional se precisa que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, por lo cual requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre una cuestión no incluida en las pretensiones procesales, impidiendo así a las partes efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido (SSTC nº 88/1992, 44/1993, 125/1993, 369/1993, 172/1994, 222/1994, 311/1994, 91/1995, 189/1995, 191/1995, 13/1996, 60/1996, 98/1996, entre otras).

El Tribunal Supremo de forma inveterada viene afirmando que la exigencia de la congruencia en el proceso laboral resulta de la aplicación del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , según el cual las Sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, y que la incongruencia supone confrontar la parte dispositiva de la sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos, subjetivos y objetivos, causa de pedir y "petitum", si bien tal confrontación no significa una conformidad rígida y literal con los pedimentos de los suplicos de los escritos (STS de fecha 04/3/1996), bastando que el fallo se adecue sustancialmente a lo solicitado, pues, además, en el proceso laboral el principio dispositivo tiene menos rigor que en el civil, por lo que no es incongruente que el Juez Social aplique por derivación las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas por normas de derecho necesario o, que se concedan efectos no pedidos por las partes siempre que se ajusten al objeto material del proceso (fundamentalmente, STS de fecha 16/02/1993). Aunque si que existe incongruencia si se alteran "de modo decisivo los términos en que se desarrolla la contienda, substrayendo, a las partes, el verdadero debate contradictorio propuesto por ellas, con merma de sus posibilidades y derecho de defensa, y ocasionando un fallo no ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes" (STS de fecha 01/02/1993), más no el supuesto en el que habiéndose pedido lo más se concede lo menos (STS de fecha 10/12/1990 y 24/03/1995), reflejándose en nuestra jurisprudencia los mismos principios interpretativos sobre el concepto y límites de la congruencia que los fijados en la jurisprudencia constitucional (entre otras, STS de fecha 14/01/1997).

Partiendo, por tanto, de que la congruencia tiene su fundamento en los principios dispositivo o de aportación de parte y de contradicción y, también tiene raíz en el derecho a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión constitucionalmente consagrados (ya citada STS de fecha 16/02/1993), debe concluirse que, en el caso ahora enjuiciado, no existe la incongruencia denunciada, puesto que lo declarado en la parte dispositiva de las misma formaba parte del contenido sustancial de la pretensión de la mercantil VENTURA 24, S.L. que había consignado judicialmente una cantidad que considerada no era debida al trabajador, siendo evidente además que la sentencia impugnada no incurrió en incongruencia al no haber alterado sustancialmente el debate procesal y al no haber causado indefensión alguna a la parte actora recurrente.

El segundo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado b) del RDL 2/1995, de 7 de abril , se estructura a su vez en cuatro pretensiones, de modo que se interesa:

La adición al Hecho Probado Segundo, de un texto del siguiente tenor literal, "El contrato suscrito con el trabajador, en impreso oficial del INEM, era tiempo completo, por tiempo indefinido y como Director de Marketing, si bien se fijó una cláusula adicional según la cual la empresa se comprometía a ascender al Sr. Everardo cuando transcurrieran seis meses desde la suscripción del contrato (16/07/2004) al puesto de Director General. Entre los meses de Julio de 2004 y Mayo de 2005, ambos inclusive, percibió su nómina salarial, con igual salario base, consignando como categoría profesional la de Director de Marketing.", citando en apoyo de su pretensión el contrato de trabajo (folios 31 y 32), su comunicación al INEM (folio 33), y las nóminas (folios 34 a 46).

La adición al Hecho Probado Tercero, de un texto del siguiente tenor literal, "Entre la fecha de 16/07/2004 en que el Sr. Everardo inició su prestación de servicios como Director de Marketing hasta el 09/12/2004, fecha en la que el Sr. Everardo fue designado Consejero Delegado solidario, el demandante careció de poderes en la entidad demandada. La primera constancia documental de documentos suscritos por el Sr. Everardo en representación de VENTURA 24 no aparece hasta el 17/03/2005 fecha en la que, conjuntamente con D. Bruno , firma una póliza de negociación de documentos y otras operaciones bancarias. Hasta entonces los Consejeros de la sociedad VENTURA 24, S.L. eran D. Imanol y D. Rodrigo y D. Javier .", citando en apoyo de su pretensión el contrato de trabajo (folios 31 y 32), la Escritura de fecha 09/12/04, de elevación a público de Acuerdos Sociales (folios 87 a 100), la Escritura de fecha 07/11/01, de constitución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada VENTURA 24, S.A. (folios 102 a 119), y la póliza de negociación de documentos y otras operaciones bancarias 873.105, suscrita con DEUTSCHE BANK (folios 123 a 129).

La adición al Hecho Probado Sexto, de un texto del siguiente tenor literal, "En la carta extintiva no se concede al trabajador preaviso alguno, teniendo efectos la extinción del día de su fecha.", citando en apoyo de su pretensión la notificación extintiva de fecha 11/07/05 (folio 10).

La adición al Hecho Probado Octavo, de un texto del siguiente tenor literal, "En ningún momento, ni en el acto de conciliación celebrado ante el SMAC el 08/08/2005, ni en la consignación efectuada en el Decanato de los Juzgados de lo Social de Madrid, la empresa VENTURA 24, S.L., manifestó que la consignación de la indemnización reconocida se efectuaba de forma cautelar, indicándose, únicamente que se reconocía la improcedencia del despido, que se ofrecían al trabajador 9.599,31 € netos, que incluyen 5.741,82 € netos, en concepto de indemnización legal por dicho despido y 3.857,49 € netos (6.407,80 € brutos) en concepto de salario de tramitación.", citando en apoyo de su pretensión el Acta de Conciliación de fecha 08/08/05 (folio 11), y el escrito presentado por la empleadora ante el Decanato de los Juzgados de lo Social de Madrid, con fecha 08/08/05 (folios 13 a 18).

El tercero, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado c) del RDL 2/1995, de 7 de abril , por infracción del artículo 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto , de la doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que expresamente se cita en apoyo de su pretensión, por entender en síntesis la recurrente, según su propio tenor que a continuación se trascribe, que "en la relación del Sr. Everardo con la demandada se produjo una clara novación, pero hasta la fecha de promoción al cargo de Consejero Delegado y nombramiento de Director General la relación laboral era de carácter ordinario y no de Alta Dirección como se dice en el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia." Y se añade, "la propia demandada viene a reconocer en su contestación a la demanda -y en sus propios actos al consignar y reconocer la improcedencia del despido- la existencia de una relación ordinaria en el período 16/06/04 a 09/12/04."

El cuarto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado c) del RDL 2/1995, 7 de abril , por infracción del artículo 11.1 del RD 1382/1985, de 1 de agosto , de la doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que expresamente se cita en apoyo de su pretensión, por entender en síntesis la recurrente, según su propio tenor que a continuación se trascribe, que "en definitiva si la Sentencia de Suplicación mantiene la tesis de que estamos en presencia de un desistimiento empresarial habrá que convenir que la carta de despido no incluía preaviso y si el preaviso debe ser satisfecho por el período inobservado, a la indemnización legal para el caso de desistimiento deberá añadir el abono de 27.721,15 €,", y se añade que en todo caso "ello no eximiría al empresario de indemnizar conforme a lo pactado para el caso de despido improcedente, es decir con 20.000 € mas las indemnizaciones previstas en la legislación social."

El quinto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado c) del RDL 2/1995, 7 de abril , por infracción del artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores , y de la doctrina de esta Sección de Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que expresamente se cita en apoyo de su pretensión, por entender en síntesis la recurrente, según su propio tenor que a continuación se trascribe, que "la consignación efectuada de adverso fue notoriamente insuficiente y, en consecuencia claramente inoperante a efectos enervatorios respecto del abono de los salarios de tramitación, puesto que si la empresa se limitó a consignar 5.741,81 € en concepto de indemnización y el pacto alcanzado con carácter previo por las partes obligaba a que a la indemnización legal se añadieran 20.000 €, parece fuera de toda duda que la consignación fue deficitaria, claramente defectuosa y, por lo que se ha visto, notablemente ventajista."

El sexto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado c) del RDL 2/1995, 7 de abril , por infracción del artículo 1258 del Código Civil , por entender en síntesis la recurrente, según su propio tenor que a continuación se trascribe, que "No existe en nuestro ordenamiento norma alguna que impida pactar indemnizaciones en cuantía superior a la establecida en las normas laborales por lo que independientemente de la calificación jurídica del acto extintivo, en aplicación del artículo infringido y del viejo aforismo pacta sunt servanda, el fallo debe incluir el pacto de las partes.", y se añade, que "la condena debe pronunciarse frente a la codemandada TIPP 24 no tanto en su condición de accionista única de la otra codemandada VENTURA 24, S.L. sino por el hecho indubitado de haber pactado con el trabajador que en el caso de despido garantizaría este pago, tal y como se recoge en el Hecho Probado Cuarto, por lo que su absolución resulta notoriamente impertinente."

**CUARTO.-** Delimitado el objeto del presente recurso, y habida cuenta que constituye el núcleo central de la controversia la cuestión competencial, es reiterada doctrina, por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 17 de mayo y 11 de julio de 1990, que, como cuestión de orden público procesal, la Sala en Suplicación no está sujeta a los concretos motivos invocados en el recurso, ni tampoco para su examen ha de estar al relato de hechos probados en la forma recogida en la sentencia de instancia, al poder valorar de nuevo y en su integridad cuantos medios de prueba se hayan propuesto y practicado, al ser cuestión que además escapa al poder de disposición de las partes.

Y es precisamente el examen de la totalidad de la prueba practicada, lo que lleva a la Sala a compartir la conclusión adoptada en la sentencia recurrida, por cuanto del conjunto de la prueba practicada en las presentes actuaciones se desprende que la relación del actor con la codemandada VENTURA 24, S.L. ha sido laboral, habida cuenta que el actor desde su contratación como Director de Marketing (contrato de trabajo obrante a los folios 31 a 33, 58 y 59), siempre ha desempeñado las mismas funciones directivas o gerenciales, compatibilizando las mismas con el desempeño de las funciones inherentes al nombramiento que, como Consejero y Consejero Delegado Solidario, se efectúa con fecha 09/12/2004 (Escritura de fecha 09/12/04, de elevación a público de Acuerdos Sociales obrante a los folios 87 a 100), por la mercantil VENTURA 24, S.L., cuyo capital social es ostentado por su socio único, la Sociedad TIPP 24, A.G., tal y como consta acreditado en la Escritura de Constitución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada VENTURA 24, S.L. (Sociedad Unipersonal), de fecha 07/11/2001 (folios 102 a 119).

Las decisiones más relevantes que le corresponden, son adoptadas por el Consejo de Administración de la empresa VENTURA 24, S.L. que, a su vez, depende directamente del órgano de administración de la sociedad matriz, TIPP 24, A.G., quien tiene designado a su propio Presidente como Presidente en la filial española (Escritura de fecha 09/12/04, de elevación a público de Acuerdos Sociales obrante a los folios 87 a 100).Tampoco consta acreditado que la mercantil VENTURA 24, S.L. le hubiera otorgado al actor poderes para representar legalmente a la Sociedad.

Lo que antecede, lejos de la pretendida autonomía es la total dependencia de la actuación del trabajador a las directrices y a las costumbres empresariales que la principal conoce, consiente y autoriza expresamente, existiendo otros trabajadores o directivos que ejecutan directamente parte de la actividad general de la mercantil VENTURA 24, S.L., en otros ámbitos estratégicos de la sociedad como pueden ser el de productos, cuya jefatura ostenta el Sr. Javier , en calidad de Director de Producto (organigrama obrante al folio 76), limitándose la actuación del actor, a la mera ejecución de las directrices emanadas de los órganos del gobierno de la empresa matriz, TIPP 24, A.G.

El actor, tampoco, tiene ninguna participación en el capital social de la mercantil VENTURA 24, S.L., y en fin, se ha de concluir por la Sala, que no se han desvirtuado las notas de ajeneidad y dependencia en los servicios prestados por el trabajador como Director de Marketing, desde su contratación el 16/07/2004, y que conforme se ha significado, se desprenden del relato histórico. A ello debe añadirse que el nombramiento del actor como Consejero y Consejero Delegado Solidario, se efectúa con fecha 09/12/2004 (Escritura de fecha 09/12/04, de elevación a público de Acuerdos Sociales obrante a los folios 87 a 100), y que ello no es obstáculo, según la interpretación jurisprudencial del artículo 1.3.c) del RDL 1/1995, de 24 de marzo , (ad exemplum, STS 15/02/1990, 14/06/1994, y 19/10/1994), al reconocimiento de una relación laboral desarrollada simultáneamente al desempeño del cargo de Consejero en la citada empresa que reviste la forma jurídica de sociedad.

Así pues, a criterio de la Sala, la actividad directiva desempeñada por el actor no se ha de subsumir en la actividad netamente mercantil efectivamente desempeñada, al constar en autos el desempeño por el mismo de funciones distintas a las que por razón de su cargo mercantil le fueron encomendadas desde el 09/12/2004, debiéndose de tener en cuenta la reiterada doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentada en Unificación de doctrina, en las Sentencias de 27 de enero de 1992, 29 de abril de 1991, 13 de mayo de 1991, 3 de julio de 1991, 18 de junio de 1991, 21 de enero de 1991, 28 de septiembre de 1988 y 22 de diciembre de 1994 , que determina que aquellos que forman parte del órgano directivo de la sociedad como personas naturales que lo componen e integran esos mismos órganos, tienen una naturaleza societaria y no de carácter laboral, señalando que "cuando se ejercen funciones de esta clase la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad", así como que "la identificación por tal posición con la titularidad empresarial impide que la actividad pueda ser calificada con las notas de dependencia y ajeneidad...", recalcando además que "... cuando se ostenta un puesto en los órganos de administración de una sociedad, si las funciones que luego se realizan son las propias de un gerente de la empresa, no cabe imputar el título por el que esos servicios se prestan a un contrato de trabajo, por cuanto que esas tareas son las inherentes al cargo de administrador societario y en consecuencia entre en juego la exclusión legal prevista en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores ", doctrina ésta recogida por esta Sala entre otras en sus Sentencias de fechas 6 de junio de 1995, 9 de mayo de 1996, 20 de noviembre de 1997, 17 de octubre de 2000 , y otras muchas más, y plenamente aplicable al caso que nos ocupa a sensu contrario por cuanto efectivamente no consta en autos que el actor haya desempeñado más funciones que las inherentes a su condición de Director de Marketing, desde la fecha de su contratación efectivamente verificada con fecha 16/07/2004, por la mercantil VENTURA 24, S.L., filial de TIPP 24, A.G. en España, caracterizada por las notas definidoras de toda relación laboral, esto es, la voluntariedad, la retribución, la ajeneidad y la dependencia, entendida ésta como prestación de servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, en este caso, jurídica, denominada empresario. Por lo que, debe concluirse, que se dan los supuestos necesarios para calificar de laboral la relación vigente entre las partes, tal y como ha entendido por el juzgador de instancia.

El artículo 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto , considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejerciten poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

Uno de los elementos indiciarios de la relación especial de servicios de los empleados de alta dirección es que las facultades otorgadas "además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad". Ello es así porque este contrato especial de trabajo se define en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto , de un lado por la inexistencia de subordinación en la prestación de servicios (autonomía y plena responsabilidad), y de otro lado por el ejercicio de los poderes que corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa y no para las distintas unidades que la componen (poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma. (Entre otras, STS de fechas 24/01/90, 12/09/90, 02/01/91 y 22/04/97).

Es necesario para atribuir a una relación laboral el carácter especial que es propio de las de alta dirección y que explícitamente figura en el mencionado artículo 1.2 Real Decreto 1382/1984 , que la prestación de servicios haya de ejercitarse asumiendo, con autonomía y plena responsabilidad, poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativa a los objetivos generales de la misma, y que trabajador, en el desarrollo de sus funciones y ejercicio de sus facultades, ha de gozar, además, de autonomía, asumiendo la responsabilidad correspondiente. Autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa, por lo que, normalmente, habrá de entenderse excluido del ámbito de aplicación del referido Real Decreto y sometido a la legislación laboral común, aquellos que reciban tales instrucciones de órganos directivos, delegados de quien ostente la titularidad de la empresa, pues los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, ya que la calificación de alto cargo requiere la concurrencia de las circunstancias expuestas, en tanto que definitorios de tal condición, a tenor del repetidamente citado artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores (STS de fecha 12/09/90).

No cabe pues, confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores (fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad), con la alta dirección que delimita el artículo 1.2 Real Decreto 1382/1985 , en relación con el artículo 2.1.a) del RDL 1/1995, de 24 de marzo , en concepto legal, que, en la medida en que conlleva la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva, como han señalado entre otras las STS de fecha 13/03/90 y 11/06/90 .

Ha de destacarse a estos efectos, que lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial y que para apreciar la existencia de trabajo de alta dirección se tienen que dar los siguientes presupuestos: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma, y la autonomía en su ejercicio, sólo subordinado al órgano rector de la sociedad. Y precisamente como consecuencia de estas consideraciones referentes a la delimitación del concepto de «alto cargo», es por lo que se ha proclamado que este especial concepto ha de ser de interpretación restrictiva y hay que entender, para precisarlo, al ejercicio de funciones de rectoría superior en el marco de la empresa, como han señalado entre otras las STS de fecha 24/01/90 y 02/01/91 .

La aplicación de la doctrina expuesta, al supuesto que se somete a la consideración de la Sala, nos lleva a concluir, que las funciones encomendadas al trabajador para el desempeño del cargo de Director de Marketing de la mercantil VENTURA 24, S.L., para la que prestaba sus servicios, en manera alguna puede entenderse que entrañaran ejercicio autónomo de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Sociedad y relativo a sus objetivos generales, hasta la fecha en que fue nombrado Consejero y Consejero Delegado Solidario, esto es, hasta el 09/12/2004 (Escritura de fecha 09/12/04, de elevación a público de Acuerdos Sociales obrante a los folios 87 a 100), pues hasta la citada fecha su ejercicio había de efectuarse de manera subordinada, sin autonomía, por tanto, pues había de someterse a instrucciones generales y concretas impartidas por órganos delegados de los superiores de gobierno de la entidad, reduciéndose el área de propia decisión a materias importantes pero no trascendentes para la vida de la empresa, ya que ni siquiera tenía poderes notariales, ni tampoco firma autorizada en las cuentas bancarias, puesto que la firma, y, por tanto, la decisión última correspondía a los Consejeros Delegados. Estas circunstancias denotan la condición de mando inferior o intermedio que correspondía al hoy recurrente, en el período de la relación laboral comprendido entre el 16/07/04, esto es, la fecha de su contratación y el 09/12/04, esto es la fecha en que fue nombrado Consejero y Consejero Delegado Solidario, no incluible en la definición de alta dirección que figura en el citado artículo 1.1 del RD 1382/1985, de 1 de agosto .

Habida cuenta que conforme a lo expuesto la relación laboral vigente entre las partes, desde el 16/07/04 hasta el 09/12/04, ha sido, común; y que la relación laboral vigente entre las partes, desde el 09/12/04 hasta el 11/07/05, ha sido, especial de Alta Dirección, y resultando obvio que el cese se ha producido por desistimiento unilateral del empresario basado en la falta de confianza, en atención al tenor literal de la notificación extintiva de fecha 11/07/05 (folio 10), trascrito en el Hecho Probado Sexto Noveno, y al no haberse ofrecido al trabajador la opción de volver al puesto de trabajo que ostentaba en su relación laboral común (con vigencia por el período comprendido entre el 16/07/04 y el 09/12/04, y que ha de entenderse, en suspenso, en atención a lo dispuesto en el artículo 9.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto), se ha de concluir por la Sala, que la mercantil VENTURA 24, S.L., debe abonar al trabajador la indemnización que corresponde por el desistimiento de la relación especial y la que procede por el cese en la relación común, cese que, por carecer de causa ha de ser declarado improcedente a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.1 del RDL 1/1995, de 24 de marzo , con los efectos inherentes a la citada declaración expresamente establecidos en el artículo 56.1 del citado RDL 1/1995, de 24 de marzo , incluidos los salarios de tramitación.

Como ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que por inveterada excusa su cita, el tiempo de prestación de servicios como alto directivo, sometido ya a relación laboral especial, no computará como antigüedad (ni a efectos económicos ni indemnizatorios) en la relación laboral común. Desde la perspectiva de la relación laboral especial, tampoco el tiempo precedente de servicios en régimen de relación laboral común se tomará o "comunicará" a aquélla para el cómputo de la antigüedad, tanto a efectos económicos de vinculación como indemnizatorios, en aquellos supuestos extintivos en que proceda la indemnización en favor del empleado (entre otras, STS de fecha 26/02/90). Y ello es así porque, siguiendo una línea que ya había marcado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde su Sentencia de fecha 06/03/85 , el Real Decreto 1362/1985, de 1 de agosto , quiere mantener separadas, como lo prueba la redacción de su artículo 9.3 , las indemnizaciones que corresponden a los períodos sucesivos de prestación de servicios como trabajador de régimen común y especial de alto cargo.

En relación con la pretensión de la parte actora relativa al abono de la indemnización de 20.000 €, contenida en la Cláusula Adicional Segunda suscrita entre las partes con fecha 27/04/05 , habrá de estarse a su propia literalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1281 del Código Civil , de modo que expresamente pactado en la citada cláusula el abono de una indemnización bruta de 20.000 €, pagadera por la mercantil VENTURA 24 , S.L., en los supuestos de despido improcedente, sin mayor precisión, con independencia al pago de las indemnizaciones contempladas en la legislación española, y sin que por los accionistas se haya aducido "mala gestión", habrá de concluirse, por la Sala, el derecho del trabajador a su percepción por parte de su empleadora la mercantil VENTURA 24, S.L., y sin que la mercantil TIPP 24, este obligada a garantizar su pago, habida cuenta que el despido no ha sido debido a la quiebra o quiebra técnica de la mercantil VENTURA 24, S.L. (Cláusulas Adicionales obrantes a los folios 48 a 53).

Finalmente, se ha de tener en cuenta el reconocimiento por la mercantil VENTURA 24, S.L., de la improcedencia del despido de fecha 11/07/05, efectuado ante el SMAC con fecha 08/08/05 (folio 11), y la efectiva consignación de la cantidad de 9.599,31 € en concepto de indemnización y salarios de tramitación ante el Juzgado de lo Social nº 33 de los de Madrid, con fecha 09/08/05 (Hecho Probado Octavo), y a tales efectos, se centran los términos del presente debate en esta alzada, en el beneficio otorgado al empresario en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores .

En los supuestos de despido disciplinario en los que la opción por la readmisión o indemnización corresponda al empresario, el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores ha previsto la posibilidad de limitar la deuda por salarios de tramitación hasta la fecha de conciliación si el empresario, en dicho acto, reconoce el carácter improcedente del despido y ofrece y deposita en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador la indemnización prevista en el párrafo a) del número 1 del propio precepto.

En el presente caso, la empresa no realizó lo necesario y lo que era de esperar para el logro de los efectos propios del reconocimiento de la improcedencia del despido y de la consignación, al consignar judicialmente la cantidad de 9.599,31 € en concepto de indemnización y salarios de tramitación ante el Juzgado de lo Social nº 33 de los de Madrid, con fecha 09/08/05 (Hecho Probado Octavo), cuando debió consignar la cantidad de 34.885,71 € por el citado concepto, según el siguiente desglose:

20.000 € de indemnización expresamente pactada.

5.772,01 € de indemnización ex artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores .

9.113,7 por salarios de tramitación hasta la fecha de consignación.

El criterio de la buena fe debe presidir el entendimiento y la aplicación del citado precepto, y cuando el empresario cometa un error de cálculo que pueda calificarse como excusable, deben aceptarse las consecuencias que el RDL 1/1995, de 24 de marzo, hace derivar del ofrecimiento y la consignación, y en ese sentido, a criterio de la Sala, no puede ser calificado el cometido por la mercantil VENTURA 24, S.L., tal y como se ha razonado con anterioridad, al haber sido fijado el salario que se declara probado por la propia demandada en el acto de juicio y aceptado de adverso (Fundamento de Derecho Primero y Hecho Probado Quinto).

En virtud de cuanto antecede, procede la desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de la demandada y la estimación del recurso interpuesto por la representación procesal de la parte actora, revocar la sentencia de instancia, declarar extinguida la relación laboral de carácter especial de alta dirección, que le unía a la mercantil VENTURA 24, S.L., por desistimiento del empresario, condenando a ésta, a estar y pasar por esta declaración y a abonar al actor, la cantidad de 1.215,16 € en concepto de indemnización y la cantidad de 27.341,1 € en concepto de preaviso incumplido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1 del citado RD 1382/1985, de 1 de agosto , a razón de 303,79 €/día, y declarar la improcedencia del despido de fecha 11/07/05, condenando a la mercantil VENTURA 24, S.L., a estar y pasar por tal declaración, y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión en la reanudada relación laboral común o el abono de una indemnización cifrada en 5.772,01 €, así como otra cantidad equivalente a la suma de los salarios dejados de percibir, conforme al artículo 56 del RDL 1/1995, de 24 de marzo , a razón de 303,79 €/día, de las cantidades significadas se deducirá la cantidad de 9.599,31 €, ya percibida por el trabajador. Se condena a la mercantil VENTURA 24, S.L., al abono de los honorarios devengados por el Letrado de la parte contraria que ha actuado en el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 233.1 del RDL 2/1995, de 7 de abril , cuantificándose estos en 400 €. Dénsele a los depósitos y consignaciones el destino prevenido en la Ley.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

**F A L L A M O S**

Que desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de la demandada y la estimación del recurso interpuesto por la representación procesal de la parte actora, revocar la sentencia de instancia, declarar extinguida la relación laboral de carácter especial de alta dirección, que le unía a la mercantil VENTURA 24, S.L., por desistimiento del empresario, condenando a ésta, a estar y pasar por esta declaración y a abonar al actor, la cantidad de 1.215,16 € en concepto de indemnización y la cantidad de 27.341,1 € en concepto de preaviso incumplido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1 del citado RD 1382/1985, de 1 de agosto , a razón de 303,79 €/día, y declarar la improcedencia del despido de fecha 11/07/05, condenando a la mercantil VENTURA 24, S.L., a estar y pasar por tal declaración, y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión en la reanudada relación laboral común o el abono de una indemnización cifrada en 5.772,01 €, así como otra cantidad equivalente a la suma de los salarios dejados de percibir, conforme al artículo 56 del RDL 1/1995, de 24 de marzo , a razón de 303,79 €/día, de las cantidades significadas se deducirá la cantidad de 9.599,31 €, ya percibida por el trabajador. Se condena a la mercantil VENTURA 24, S.L., al abono de los honorarios devengados por el Letrado de la parte contraria que ha actuado en el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 233.1 del RDL 2/1995, de 7 de abril , cuantificándose estos en 400 €. Dénsele a los depósitos y consignaciones el destino prevenido en la Ley.

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 , 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 los 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, nº 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 28270000005068/06 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, 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**

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.