

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL REGIMEN JURIDICO DE LA RELACION LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION

por

Antonio Tapia Hermida

Doctor en Derecho.

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

* Este artículo es continuación del titulado «La relación laboral del personal de alta dirección», aparecido en el n.º 104, noviembre de 1991, de esta misma Revista, páginas 129 a 145.

Sumario:

- I. El contrato de trabajo del personal de alta dirección.
- II. Duración del contrato y jornada de trabajo del personal de alta dirección.
- III. Las limitaciones de prestación del trabajo para otros empresarios. Los pactos de no concurrencia y permanencia en la empresa.
 1. La limitación de la prestación del trabajo para otras empresas.
 2. El pacto de permanencia en la empresa.
 3. El pacto de no concurrencia.

IV. Modificación y sustitución de una relación laboral común por otra de alta dirección en el seno de la misma empresa o grupo de empresas.

V. La suspensión de la relación laboral especial de alto cargo (remisión).

VI. La extinción del contrato de trabajo del alto cargo.

1. La extinción de la relación laboral a instancia del alto cargo.

1.1. El desistimiento sin justa causa.

1.2. El desistimiento con justa causa.

1.3. Incompatibilidad de la acción del alto cargo, dirigida a procurar la extinción del contrato de trabajo con el desistimiento del empresario y el despido del alto cargo.

2. La extinción de la relación laboral a instancia del empresario.

2.1. El desistimiento del empresario.

2.2. El despido del alto cargo.

VII. Relación entre el desistimiento del empresario de la relación laboral del alto directivo y el despido disciplinario de la misma persona en la relación común reavivada. Excepciones de litispendencia y de cosa juzgada.

VIII. Faltas y sanciones. Prescripción de acciones.

IX. Los derechos de representación de los altos cargos.

X. La competencia jurisdiccional.

I. EL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION

Para considerar existente el contrato de trabajo del personal de alta dirección, como sucede en todo contrato, sea o no de trabajo, es preciso que se den los elementos que se establecen en el artículo 1.261 del Código Civil, consentimiento, objeto y causa; sin entrar en el análisis de dichos elementos, baste con destacar la extraordinaria importancia del consentimiento, respecto del cual debe destacar que la clásica distinción entre capacidad para trabajar y capacidad para contratar el propio trabajo carece de aplicación en este régimen laboral espe-

cial, así como el supuesto del menor desatendido y demás clásicos del régimen laboral común, y en consonancia con lo establecido en el Derecho Mercantil ha de tenerse la plena capacidad de obrar para que el trabajador pueda concluir su contrato de trabajo, al no ser aplicables los supuestos de ejercicio del comercio por un menor, establecidos en el artículo 5 del Código de comercio.

Tampoco puede actuarse con los esquemas propios de la contratación laboral común en lo que hace a los elementos personales del contrato. Ciertamente, de una parte será contratante el trabajador, cuya definición se presupone en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, y que no es otra que la propia del Derecho Laboral común, esto es, siempre una persona física, con la capacidad de obrar antes señalada (desde la perspectiva del Derecho Mercantil no puede olvidarse al factor, art. 282 C. de c.); sin embargo, diferente es el concepto de empresario, pues aquí empresario no equivale a empleador como en el régimen del Estatuto, y a pesar de que la norma reguladora en ocasiones se refiera a empleador como sinónimo de empresario, sino que empresario, coincidiendo con la noción mercantil de tal concepto, es el titular de una empresa, de ahí la sobresaliente importancia en este régimen laboral especial, como en el Derecho Mercantil, de la noción de empresa y de empresario. No es el caso de entrar en el estudio de la noción mercantil de empresario, centro de gravedad de todo el Derecho Mercantil, sino baste con señalar que en este especial régimen o sistema laboral ha de conceptuarse al empresario desde la perspectiva mercantil y no desde la laboral.

Cuestión del máximo interés que no se plantea, al menos ordinariamente, en la contratación laboral común, y que afecta a la prestación del consentimiento, es la posibilidad de que una determinada persona que tiene facultades y poderes amplísimos en una sociedad de la que es socio, se autocontrate como alto cargo, supuesto analizado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991 (RA 1869) y de 14 de diciembre de 1990 (RA 9789), en las que al respecto señala:

«Admitida la posibilidad y la eficacia genérica del autocontrato, sin que pueda decirse que el mismo incida en falta de consentimiento que exige el artículo 1.261.1 del Código Civil como concurso de voluntades contractuales a que se refiere el artículo siguiente del mismo Código, como consecuencia del mecanismo de la representación que en el ámbito de la contratación admite expresamente el mencionado cuerpo legal en su artículo 1.259, en el caso de autos está recíprocamente admitido que el poder que le fue otorgado al aquí recurrido (...) se concedía "aunque el apoderado tenga intereses contrapuestos o incida en la figura jurídica del autocontrato"; por tanto, hay que estimar que incluso la cautela o prevención que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido siempre en cuenta para, en casos concretos, negar la eficacia del autocontrato, es decir, la existencia de intereses contrapuestos, fue tenida en cuenta por las partes para eliminarla».

La forma se constituye en una exigencia más de este contrato, bien que con el valor relativo propio de nuestra contratación, esto es, sin eficacia *ad solemnitatem*, tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988 (RA 859): «La exigencia de forma es-

crita en el contrato en dicho Real Decreto 1382/1985, no es requisito constitutivo o *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*». Al respecto se establece en el artículo 4. uno del Real Decreto 1382/1985: «El contrato especial de trabajo del personal de alta dirección se formalizará por escrito, en ejemplar duplicado, uno para cada parte contratante. En ausencia de pacto escrito se entenderá que el empleado es personal de alta dirección, cuando se den los supuestos del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores y la prestación profesional se corresponda con la que se define en el artículo 1.2 del presente Real Decreto». Remisión, pues, expresa al Estatuto, concretamente al punto uno del artículo 8, y exigencia de forma por escrito, con mera eficacia *ad probationem*, por lo que las partes podrán compelerse recíprocamente a otorgarla en los términos del artículo 1.279 del Código Civil, y existencia del contrato entre el empresario, que recibe el trabajo propio de alto personal a cambio de una remuneración, y el trabajador (establecido con la incorrecta forma de presunción *iuris et de iure*, que en definitiva es una norma).

El contenido mínimo del contrato, siempre que se observe la forma escrita, es el que se establece en el número dos del mismo artículo 4, y consiste en:

- a) La identificación de las partes.
- b) El objeto del contrato.
- c) La retribución convenida, con especificación de las distintas partidas, en metálico o en especie.
- d) Duración del contrato.
- e) Las demás cláusulas que se exigen en este Real Decreto, que serán las relativas a jornada, horario de trabajo, fiestas, permisos y vacaciones.

Efectivamente, en el artículo 6 del mismo Real Decreto se establece que aquellos extremos relativos al contrato han de hacerse figurar en el mismo; otras cláusulas que deben figurar en el contrato, para el caso en que en ellas se convenga, son las relativas al período de prueba, al pacto de no concurrencia y a las indemnizaciones para determinados supuestos de extinción del contrato.

La importancia que en esta relación laboral especial asume la autonomía de la voluntad, determina que deben tomarse muy en consideración las normas sobre interpretación de los contratos, para lo cual la jurisprudencia aduce que se deberán aplicar los criterios señalados en los artículos 1.282 y siguientes del Código Civil, pero sólo con carácter de subsidiariedad, de tal forma que cuando las cláusulas son claras (*in claris non fit interpretatio*) ha de estarse al sentido gramatical de las mismas, tal como establece y se deduce de los dos párrafos del artículo 1.281 del Código Civil, según las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1984 (RA 694), 22 de junio de 1984 (RA 3254), 1 de abril de 1987 (RA 2482), 15 de abril de 1988 (RA 3171), 20 de diciembre de 1988 (RA 9736) y 30 de enero de 1990 (RA 196).

Una reciente jurisprudencia, de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991 (RA 3396), en la que se enjuicia un supuesto al menos próximo al personal de alta dirección, y cuya doctrina *mutatis mutandis* podría considerarse trasladable a ésta, viene considerando que la relación laboral requiere para su perfeccionamiento la iniciación efectiva de la prestación del trabajo, razonamiento que no parece sostenible, pues tal circunstancia no se deduce de la regulación positiva, y desde luego es perfectamente contraria al carácter consensual del contrato de trabajo (que aquella resolución jurisdiccional, sin embargo, afirma). La relación laboral se origina cuando concurren todos los elementos del contrato, esencialmente el consentimiento, y sólo puede someterse a condición suspensiva o resolutoria si las partes acuerdan expresamente tal, pero desde tal elemento accidental del contrato no viene establecido por la regulación jurídico-positiva.

II. DURACION DEL CONTRATO Y JORNADA DE TRABAJO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION

Se establece en el artículo 6 del Real Decreto regulador que el contrato de trabajo tendrá la duración que las partes acuerden, y a falta de pacto expreso se entenderá que la duración es por tiempo indefinido, lo cual plantea la cuestión de la extinción del contrato llegado el vencimiento del mismo. Ha de considerarse que en la relación laboral común el contrato se presume celebrado por tiempo indefinido (art. 15 del Estatuto), por ello en esta relación laboral especial, en la que la duración temporalmente limitada del contrato no tiene la impronta de excepcionalidad (al menos teórica) de la relación laboral común, ha de considerarse que llegado el vencimiento del contrato éste se extingue automáticamente sin que existan plazos de preaviso, que no se producen las prórrogas automáticas que para la relación laboral común se prevén (arts. 15.3 y 49.3 del Estatuto), ni las sanciones que transforman el contrato por tiempo cierto en contrato por tiempo indefinido (apartados 5 y 7 del citado art. 15), especialmente en caso de fraude de ley. Igualmente la ausencia de la forma escrita no hace presumible la duración indefinida del contrato, esto es, no opera presunción alguna por el defecto de forma, con lo cual no hay traslación de la carga de la prueba al empresario para el caso en que el contrato se haya concertado con duración determinada y verbalmente.

Se indica en el artículo 5 la posibilidad de establecer un período de prueba, que en ningún caso puede ser superior a los nueve meses; tal posibilidad operará en todos los contratos, sean por tiempo limitado o de duración indefinida, y en ese sentido ha de interpretarse el último inciso del número uno del artículo 5, «si su duración es indefinida». Transcurrido el período de prueba, el contrato produce sus plenos efectos, lo cual excluye que pueda hablarse de contrato o pacto de prueba como diferente y ajeno al contrato de trabajo, el cual durante aquel período quedaría en suspenso, es decir, que pactado el período de prueba, al menos en esta especial relación, el mismo no opera como *condictio iuris* de la eficacia del contrato, sino únicamente de determinadas obligaciones, y éste devendrá eficaz en todos sus extremos, salvo en cuanto a su duración y al cómputo de la antigüedad. La posibilidad de desistir del contrato no es excepcional en esta especial relación, por lo que el contrato de trabajo deberá considerarse eficaz desde su conclusión, con las excepciones vistas de su duración (indefinida o la pactada) y el cómputo de la antigüedad del trabajador a todos los efectos, especialmente salariales.

Respecto de la duración de la jornada, horario, fiestas, permisos y vacaciones, se dejan al libre pacto de las partes, salvo que «configuren prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente», de tal manera que se configura un límite a la autonomía de la voluntad de las partes, ubicado en los usos y costumbres profesionales; en el supuesto en que no se respetara ese límite habrá de integrarse el contrato por referencia a los mismos.

Se ha planteado la posibilidad de que el trabajador de alta dirección preste su trabajo en régimen de tiempo parcial; al respecto, la jurisprudencia de suplicación viene pronunciándose, discutiblemente, por su admisibilidad. Son de citarse las Sentencias de 22 de mayo y 5 de junio de 1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en la última de las cuales se razona que:

«La tesis de la (...) sería correcta a la luz de la primitiva redacción del Estatuto de los Trabajadores, en cuya disposición transitoria tercera se limitaba el contrato a tiempo parcial: "... a los trabajadores perceptores de prestaciones por desempleo; los que hubieran agotado la percepción de la misma en situación de desempleo; los trabajadores agrarios que hubieran quedado en desempleo y los jóvenes menores de 25 años". Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 32/84, de 2 de agosto, que modifica sustancialmente el Estatuto, se da una nueva regulación -arts. 12 y siguientes- al trabajo a tiempo parcial, y en su disposición derogatoria se dice: "Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley y, especialmente, ... la disposición transitoria tercera de la Ley de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores"; por lo que, partiendo de tales antecedentes normativos, se han de entender desaparecidas las limitaciones peculiares de la modalidad contractual a tiempo parcial, que dejó de ser de fomento de empleo de determinados colectivos para ser una modalidad normal de trabajo que resulta aplicable a quien preste sus servicios por cuenta ajena, bien sea en un puesto de operario o en otro de mayor responsabilidad, pues no hay razón que obligue a excluir de este tipo de contratos a determinado personal, como es el gerente de la empresa (...).»

III. LAS LIMITACIONES DE PRESTACION DEL TRABAJO PARA OTROS EMPRESARIOS. LOS PACTOS DE NO CONCURRENCIA Y PERMANENCIA EN LA EMPRESA

1. La limitación de la prestación del trabajo para otras empresas.

Señala el Real Decreto 1382/1985, en su artículo 8 uno, que: «El trabajador de alta dirección no podrá celebrar otros contratos de trabajo con otras empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra Entidad fuese pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo». El precepto merece una severa crítica por chocar frontalmente con la li-

bertad de trabajo que consagra el artículo 35 de nuestra Constitución, pues no parece admisible el considerar que el trabajo en cualquier otra empresa de por sí constituya un comportamiento concurrente con el propio empresario.

Cuestión diferente es que se hubiere limitado la posibilidad de prestar el propio trabajo, en la condición de alto cargo, en otras empresas respecto de las cuales se pudiera plantear una actividad concurrente o de competencia, debiendo entenderse la competencia y la concurrencia en los términos propios del Derecho Mercantil, y aquí es relevante la legislación mercantil española reguladora de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia, así como la amplia regulación de la CEE al respecto.

Lo que no parece de recibo es el ataque al principio, constitucionalmente garantizado, de la libertad de trabajo, pues no cabe desconocerse que cuando se admiten restricciones al mismo, por ejemplo, en materia de empleados y funcionarios públicos, su constitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional atendiendo a superiores intereses públicos, y no a los intereses privados de un determinado empresario. Existe además un problema de rango normativo que hace inoperante el precepto, en los amplios términos que una interpretación literal o gramatical del precepto pudiera deparar. Aquél debe ser entendido en los términos usuales de la conceptualización de la concurrencia con el empresario como una conducta contraria a la buena fe en su sentido objetivo [que se define por la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 22 de mayo de 1986 (RA 2069) y 4 de marzo de 1991 (RA 1822), como «un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de Derecho, que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de derechos subjetivos (arts. 7 y 1.258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones y que en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza] y a la diligencia debida en el desempeño del trabajo, pero no más allá».

2. El pacto de permanencia en la empresa.

El alto directivo puede pactar con el empresario la permanencia en la empresa, con dos requisitos:

- a) Que el pacto sea de duración determinada.
- b) Que sea contraprestación de haber recibido una especialización profesional acorde con su trabajo de alto directivo, a cargo de la empresa, según señala el artículo 8. dos del Real Decreto regulador del régimen laboral especial.

La libertad de pacto al respecto parece muy amplia; no obstante, deberá mantenerse una cierta adecuación entre lo que reporte la especialización recibida para el propio alto directivo,

las consecuencias beneficiosas que aquella reporte para la empresa y el coste representado para aquella de la especialización recibida por el alto cargo. Parece que la adecuación, en términos de una determinada interpretación de la equidad, que en la aplicación del Derecho debe ponderarse al tenor del artículo 3 del Código Civil, impone tener en cuenta los tres términos y no solamente el primero y el tercero, pues la ausencia del segundo generaría una espectacular plusvalía (en estrictos términos económicos no necesariamente marxianos) a favor del empresario.

Las consecuencias para el trabajador de alta dirección de romper el pacto y desistir del contrato antes del término fijado en aquél se establecen también en el precepto antes citado: «Habrà de indemnizar al empresario por los daños y perjuicios causados». Aquí la expresión «daños y perjuicios» ha de tomarse en el sentido estrictamente jurídico, esto es, como comprensivo del lucro cesante y del daño emergente, pero con la carga de la prueba al empresario y la demostración real de los daños, su conexión causal y su valoración, lo cual parece realmente difícil. Por ello, nada deberá oponerse a la posibilidad de que las partes los valoren alzadamente en una suma determinada al concluir el contrato o el pacto.

3. El pacto de no concurrencia.

Se establece en el apartado tres del Real Decreto regulador del régimen o sistema especial que el personal de alta dirección y el empresario pueden concluir un pacto de concurrencia para después de extinguido el contrato, el cual tendrá la duración que pacten las partes pero que, en todo caso, no podrá superar los dos años, y para cuya validez y eficacia se requiere:

- a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.
- b) Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada.

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que, como indica la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1990 (RA 6467) y de junio de 1991 (RA 1835), y concretamente la primera de ellas: «La promulgación de la Constitución Española, cuyo artículo 35 consagra como fundamental, el derecho al trabajo y el deber de trabajar y del que es fiel reflejo el artículo 4.1 del repetido Estatuto de los Trabajadores, supuso una trascendental modificación en el régimen normativo de aquel deber laboral previsto para después de la vigencia del contrato de trabajo, que pasó, en efecto, de constituir una propia obligación legal a convertirse en un pacto específico, requerido de precisas e insoslayables exigencias, que se incorpora a la concreta relación laboral concertada. Obviamente, ello no limita la libertad contractual de las partes, en los términos que consagra el artículo 1.255 del Código Civil, ni neutraliza la efectividad de las obligaciones recíprocas que puedan surgir de un contrato de trabajo a tenor de su naturaleza bilateral, onerosa y sinalagmática».

El pacto de no concurrencia requiere, pues, el interés de las dos partes, el trabajador y el empresario, y su naturaleza es bilateral, afirmación que tiene señaladas consecuencias, pues si

aquel pacto fuera establecido en interés exclusivo del empresario, una vez que el interés deja de existir sería perfectamente renunciable por el empresario, pero como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1990 (RA 7042):

«El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en cuanto supone una limitación de la libertad en el trabajo consagrado en el artículo 25 CE y del que es reflejo el artículo 4.1 ET, recogido en el artículo 21.2 ET y en el artículo 8.3 del Decreto regulador de esta relación especial, preceptos similares, requiere para su validez y licitud, aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos: Por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro, que se establezca una compensación económica. Existe por un lado un doble interés: Para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento, por imperativo del artículo 1.256 del Código Civil, no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes contratantes; dicha cláusula tiene naturaleza indemnizatoria: Su incumplimiento por alguna de las partes da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, extinguiéndose el pacto por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil; éstos, de acuerdo con el artículo 1.167 del Código Civil se concretaron en los previstos o que se hayan podido prever al constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento».

Suficientemente expresiva es la sentencia citada en el apartado anterior. Únicamente cabe apostillar que por su naturaleza sinalagmática, proclamada jurisprudencialmente como antes se ha visto, ha de existir una relativa adecuación entre los intereses en juego, tal como recuerda la legislación positiva, con la referencia a la «compensación económica adecuada».

IV. MODIFICACION Y SUSTITUCION DE UNA RELACION LABORAL COMUN POR OTRA DE ALTA DIRECCION EN EL SENO DE LA MISMA EMPRESA O GRUPO DE EMPRESAS

El artículo 9 del Real Decreto regulador del régimen o sistema laboral especial, bajo el título de «Promoción interna», establece en su apartado uno que deberá formalizarse el contrato escrito regulado en el artículo 4 de este Real Decreto, en los supuestos en que un trabajador vinculado a una empresa por una relación laboral común promocionase el ejercicio de actividades de alta dirección en esa misma empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar.

El precepto no es de fácil entendimiento si no se tiene en cuenta lo establecido en los apartados siguientes del mismo artículo 9. Efectivamente, en el apartado dos se dice que en tales supuestos en el contrato se especificará si la nueva relación especial sustituye a la común anterior, o si esta última se suspende. Caso de no existir en el contrato especificación expresa

al respecto se deberá entender que la relación laboral común queda suspendida. Si se optase por la sustitución de la relación laboral común por la especial, tal novación sólo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio. Nacimiento, pues, de una nueva relación laboral, con efectos suspensivos sobre la anterior o novación modificativa (que es admisible en nuestro Derecho, según la doctrina más segura) de la anterior relación laboral; en ambos casos se requiere la existencia de una previa relación laboral común, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1990 (RA 6088): «Tal precepto (el art. 9 citado) juega únicamente en los supuestos de relación común subyacente a una relación especial de trabajo», pero no cuando el fenómeno es inverso, ni cuando se trata de sucesión de relaciones especiales de alta dirección.

La referencia a empresas que mantengan «relaciones de grupo u otra forma asociativa similar», nos lleva a la necesidad de definir qué debe entenderse por grupo de empresas. Como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1990 (RA 3946), «En lo que concierne a la relación individual de trabajo, el tratamiento jurídico-laboral de los grupos de empresas está siendo construido por la jurisprudencia, con la ayuda de la doctrina científica, sobre unos datos normativos muy parcos. Varios son en el momento presente los puntos firmes de esta construcción interpretativa. El primero de ellos es la imposibilidad de dotar de un tratamiento único los muy diversos supuestos de agrupación o vinculación de empresas que aparecen hoy en la vida económica (...). Hace falta, por tanto, que el nexo o vinculación reúna ciertas características especiales para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en este ámbito de relaciones», pues efectivamente, tal como ya señalara la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1983 (RA 3043), que «una empresa tenga acciones en otra» o que varias empresas «lleven a cabo una política económica de colaboración», «no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales».

Son diferentes los criterios que la jurisprudencia ha ido elaborando a los efectos de considerar la existencia de un grupo de empresas a efectos jurídico-laborales. Ciertamente existe una importante jurisprudencia respecto de grupos de empresas y otros tipos de asociación en otros ámbitos del Derecho, pero atendiendo al estricto ámbito de la jurisprudencia social o laboral, caben destacarse, como los más relevantes:

- a) El funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1981 (RA 2103) y 8 de octubre de 1987 (RA 6973).
- b) La prestación del trabajo indistintamente o común, simultánea o sucesivamente, en favor de varios empresarios, Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1968 (RA 126), 4 de marzo de 1985 (RA 1270) y 7 de diciembre de 1987 (RA 8851).
- c) La búsqueda mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales, Sentencias del Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 1985 (RA 6094), 3 de marzo de 1987 (RA 1321), 8 de junio de 1988 (RA 5256) y 12 de julio de 1988 (RA 5802).

d) La concurrencia de los siguientes factores o de algunos de ellos, o incluso de uno solo de ellos, con suficiente intensidad:

1. Confusión de plantillas.
2. Confusión de patrimonios.
3. Apariencia externa de unidad empresarial.
4. Unidad de dirección, Sentencias del Tribunal Supremo 19 de noviembre de 1990 (RA 8583), 6 de marzo de 1991 (RA 1834) y 22 de marzo de 1991 (RA 1889).

La mera alusión al grupo de empresas o a empresas vinculadas supone dar carta de naturaleza al mismo y, lo que es más importante, acentuar la legalidad de la circulación de los trabajadores dentro del grupo. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (RA 8605), «las diferencias entre misión en grupo y cesión son también notables y han sido destacadas por la doctrina científica más autorizada: Salvo supuestos especiales (...), los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real. La movilidad responde a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo en las empresas del grupo, en una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el artículo 43 del Estatuto (...). Es cierto que, salvo previsión en contrario, en las normas profesionales o en el contrato de trabajo, la misión dentro del grupo es de voluntaria aceptación para el trabajador (...). Hay ciertamente una modificación de condiciones de trabajo por cambio del destinatario real de la prestación laboral», doctrina que es plenamente aplicable a esta relación laboral especial cuando la anterior relación laboral no se nova, sino que se suspende.

El artículo 9 citado, en su apartado tres, establece las consecuencias para cuando la anterior relación laboral común se suspende; en tal caso el trabajador, extinguida la relación laboral de alta dirección, puede solicitar la reanudación de la relación laboral común suspendida, el artículo se refiere a la «relación laboral de origen», la cual debe entenderse en los términos antes expuestos para cuando se trate de grupos de empresas o empresas vinculadas, y todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones a que pueda tener derecho como consecuencia de la extinción de la relación laboral de alta dirección. No obstante, si el alto cargo opta por extinguir también la relación suspenda tendrá derecho a la indemnización procedente, que tendrá el carácter de complementaria, en su caso, tal como entienden las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1980 (RA 2355) y 6 de junio de 1990 (RA 5030).

No se distingue en la causa de extinción de la relación laboral de alto cargo, para poder solicitar la reanudación de la relación laboral común, ésta podrá ser cualquiera, el desistimiento del trabajador o del empresario, como reconocen las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de

septiembre de 1986 (RA 5139), 24 de noviembre de 1986 (RA 67806), 22 de febrero de 1988 (RA 746), 24 de octubre de 1988 (RA 88141) y 18 de julio de 1990 (RA 6421), o el despido del alto cargo, siempre que éste, si es disciplinario, no sea declarado procedente. Efectivamente como resulta del último apartado del número tres antes citado, y se corrobora por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1990 (RA 5972), se exceptúa de la posibilidad de reanudar la relación laboral común suspendida el supuesto «de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario declarado procedente». Se precisa, pues, la declaración en Sentencia o el reconocimiento en Acto de Conciliación (judicial), por el trabajador de alta dirección, que el despido es procedente, pues aun cuando éste lo fuera en el fondo, si no existe alguna de las anteriores manifestaciones expresas de su procedencia, por ejemplo, si el alto cargo se aquieta y no impugna el despido, el alto cargo despedido tendrá derecho a la reanudación de su relación laboral común.

La determinación del plazo en el que deba reanudarse la relación laboral común o si tal reanudación se produce automáticamente, ha sido abordada en el último de los sentidos expuestos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1990 (RA 9833), que establece:

«La causa extintiva de esa relación laboral especial alza la suspensión de la relación laboral común».

Y con mayor claridad, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1990 (RA 5549) en los siguientes términos:

«El artículo 15.2 del Decreto 1382, de 1 de agosto de 1985, dice que dicha relación laboral especial podrá suspenderse con los efectos y para los casos previstos en el artículo 45 del ET; se está refiriendo, por tanto, a la suspensión de dicha relación especial; no comprende el supuesto de cese en la misma y la reanudación de la anterior común suspendida, a la que se refiere, pero sin establecer plazo, el artículo 9.3 del Decreto, en el que, terminada la especial, la misma debe reanudarse; por otra parte, los artículos 46.1 y 48.3, ambos del ET, que establecen el plazo de un mes para el reingreso en caso de excedencia forzosa y de 30 días para los casos de suspensión del contrato por prestación del servicio militar, ejercicio de cargo público representativo o funciones sindicales, al desarrollar ambos el artículo 45 ya citado y regular las causas y efectos de la suspensión del contrato, al conceder dicho plazo sólo está comprendiendo aquellos supuestos, no los demás relacionados en el precepto, y ello porque la causa origen de la referida situación de suspensión del contrato es distinta, y lo mismo su razón de ser: En un caso, son derivadas del desempeño de funciones públicas, sindicales o de carácter obligatorio que exigen que una vez cesen, se regule el plazo en el que deba volver a la situación anterior, al prestarse aquellos servicios fuera del ámbito de la empresa, siendo necesario el conceder un plazo para que la reincorporación se lleve a efecto; y en otro supuesto, aquí contemplado, se trata de relaciones laborales que se desenvuelven dentro de la empresa, y en el que, de nada decirse, la reincorporación debe ser inmediata».

V. LA SUSPENSION DE LA RELACION LABORAL ESPECIAL DE ALTO CARGO (REMISION)

La posibilidad de que la relación laboral especial del personal de alta dirección quede en suspenso se establece en el artículo 15, dos del Real Decreto regulador, el cual efectúa una remisión al artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores. Unicamente cabe aquí destacar que la remisión a dicho artículo supone al propio tiempo que habrán de aplicarse los del propio Estatuto que desarrollan a aquél, como son el 46 y el 48 (doble remisión), tal como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1990 (RA 5549). Nos remitimos, pues, a lo expuesto en el apartado anterior y a la doctrina jurisprudencial sobre el particular en la relación laboral común.

VI. LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL ALTO CARGO

La extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección puede fundamentarse en diferentes causas; al respecto el artículo 12 efectúa una genérica remisión al Estatuto de los Trabajadores. No obstante algunas de ellas, las principales, tienen una regulación especial en el Real Decreto regulador del régimen especial, y en ellas nos detenemos.

1. La extinción de la relación laboral a instancia del alto cargo.

El alto cargo puede extinguir la relación de trabajo por su voluntad, como sucede en toda relación laboral, por ello, y aun teniendo en cuenta las opiniones contrarias, habrá de acudir al órgano jurisdiccional que será el que podrá disponer del vínculo contractual (STS 17-3-1987, CISS 294). No obstante, de una parte se limita indirectamente semejante facultad y de otra se señalan aquellos supuestos en los que la extinción es por justa causa y genera derecho a indemnización a su favor.

1.1. El desistimiento sin justa causa.

Al igual que en la relación laboral común el alto cargo puede en cualquier momento dar por terminada la relación laboral, pero así como en aquélla no es excepcional que se genere, por los daños y perjuicios que se causen al empresario derivados de la brusquedad de la extinción del contrato, indemnización alguna a favor de este último, en esta relación laboral especial se establecen plazos de preaviso, determinándose también que su omisión determinará el derecho del empresario a ser indemnizado, en una suma que se establece por equivalencia a los salarios del plazo de preaviso incumplido.

El artículo 10. uno y dos del Real Decreto estable tal regulación, señalando que el plazo será de tres meses, pudiéndose superar en los contratos por tiempo indefinido y en los de duración determinada superiores a 5 años, si así se pacta, como máximo hasta seis meses, fijándose la indemnización en la cuantía de los salarios de aquellos plazos, si no se observan por el alto cargo. Sin duda en el señalamiento de plazos de preaviso, tan amplios, ha tenido influencia la fundamentación del contrato en la recíproca confianza, así como la dificultad para el empresario de sustitución del alto cargo; éste es menos fungible (valga la expresión) que el trabajador común, lo cual hace que se generen fácilmente daños y perjuicios si la ruptura es brusca. No obstante la dificultad, siempre subsistente, de la prueba de los daños y perjuicios causados, especialmente por la demostración el nexa causal, ha determinado que en la propia norma se cuantifiquen. Parece, no obstante, que el plazo de 3 meses puede reducirse por pacto en el contrato del alto cargo, o incluso eliminarse.

No cabe duda de la naturaleza reparadora de los daños y perjuicios causados de la indemnización antes referida para el supuesto de incumplimiento del plazo de preaviso; por ello las consecuencias indemnizatorias serán también proporcionales al tiempo de preaviso incumplido. La importancia de la autonomía privada en la regulación de esta relación laboral, sin embargo no posibilita que en el contrato se establezcan indemnizaciones diferentes a las predisuestas por la norma reguladora, dada la limitación extraordinaria que para la libertad de trabajo podrían suponer y supondrían. No obstante, no resultaría contrario al ordenamiento jurídico que en el contrato se limitase la indemnización o simplemente se suprimiera, por cuanto se trataría de una renuncia anticipada del empresario a la indemnización debida para aquel caso.

1.2. El desistimiento con justa causa.

En el artículo 10. tres de la norma reguladora se establece que si se desiste por el alto cargo con fundamento en alguna de las circunstancias que en el propio precepto se especifican, se genera a su favor el derecho a una determinada indemnización, cuya naturaleza satisfactiva de daños y perjuicios parece evidente, al ser predicable de la misma la condición bien de despedido provocado, bien de incumplimiento grave del contrato. La indemnización en este caso se deja al libre arbitrio de las partes, y en defecto de pacto expreso se hace equivalente a la prevista para el desistimiento del empresario en el artículo 11. uno de la misma norma. El predominio de la autonomía privada, se pone de manifiesto en la posibilidad de que se pacte una determinada indemnización para el supuesto de desistimiento del empresario, manteniéndose la inferior, señalada por la norma, para el desistimiento del trabajador por justa causa.

Efectivamente, tal como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990 (RA 196), «si bien la aplicación de la equidad opera en el campo de la hermenéutica, (...), no se desprende en qué modo y manera el hecho de una indemnización pactada para los supuestos de resolución de la relación laboral por parte del empleador y otra no pactada y fijada por la ley en cantidad notoriamente inferior a la convenida, puede afectar al principio de equidad. Como se ha expresado en el campo de esta relación laboral especial, basada en la

recíproca fidelidad, asume singular importancia el pacto entre las partes de la relación y, ello, hasta tal punto que en defecto de plazo o remisión expresa del Real Decreto regulador a las normas laborales comunes, rigen subsidiariamente las normas de Derecho Civil o Mercantil. Ninguna lesión a la equidad existe si las partes acordaron una determinada indemnización para los supuestos de resolución laboral por parte del empleador, y no contemplaron la rescisión a instancia del trabajador, sino en virtud de remisión genérica a la legislación vigente».

Las causas justas son las siguientes:

- a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad, o sean decididas con grave transgresión de la buena fe, por parte del empresario.
- b) La falta de pago o el retraso continuado en el abono del salario pactado. Aquí debe efectuarse una referencia a las garantías del salario del alto directivo que son las previstas en la legislación laboral común, al tenor de lo dispuesto en el artículo 15. uno del Real Decreto regulador de la relación laboral especial.
- c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, en los que no procederá el abono de las indemnizaciones.
- d) La sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios. La influencia de la fundamentación del contrato en la recíproca confianza tiene también aquí una indudable presencia.

Son éstas las causas por las que puede justamente resolver el contrato el alto directivo, y no por otras [así se deduce de la STS de 5-3-1991 (RA 1987)], a las que además la jurisprudencia considera obstativas o frustrantes del fin del contrato, tal como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1990 (RA 9748):

«La resolución del contrato de trabajo, como tal resolución contractual, exige, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala de lo Social (...), la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde o de un hecho obstativo que frustren el fin del contrato, impidiendo su subsistencia o continuidad (...). Esta exigencia o presupuesto de la resolución de impedir razonablemente el mantenimiento de la relación contractual no concurre, en principio, en la supresión o impago de un complemento retributivo, frente a la cual podría plantearse una reclamación jurisdiccional distinta de la acción rescisoria».

Dos últimas consideraciones son de efectuarse a esta forma de extinción del contrato: La primera, que éste ha de mantenerse subsistente hasta la resolución del vínculo contractual por el órgano jurisdiccional, salvo que exista para el alto cargo riesgo físico, cierto o notorio agravio a su dignidad, de acuerdo con reiterada jurisprudencia. Esto es, que de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, y por contra de lo que sucede en el despido, como después se verá, el vínculo contractual es indisponible para las partes, que han de acudir a un órgano jurisdiccional que será quien la rompa o resuelva. Por ello la sentencia es siempre constitutiva, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1989 (RA 8019) y 10 de mayo de 1990 (RA 3993). La segunda, que el desistimiento efectuado por el alto cargo es irrevocable, como indican las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1985 (RA 5729), 26 de febrero de 1990 (RA 1234) y 4 de junio de 1990 (RA 5009).

1.3. Incompatibilidad de la acción del alto cargo, dirigida a procurar la extinción del contrato de trabajo con el desistimiento del empresario y el despido del alto cargo.

Señala con evidente acierto la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1990 (RA 3509), siguiendo a la de 4 de febrero de 1986 (RA 703), que aquellas acciones:

«Son diametralmente opuestas e incompatibles entre sí (...). De forma que si el trabajador se estima perjudicado en sus derechos puede ejercitar la acción resolutoria, y si el empresario estima que concurre causa de despido puede adoptar tal decisión; mas si ésta se produce cuando ya está en tramitación una reclamación sobre resolución del contrato, debe darse preferencia a la decisión de la cuestión primeramente planteada, y de resolverse favorablemente para el trabajador, es cuando carecería de acción para reclamar sobre el despido decidido, quedando consumada la extinción del contrato».

2. La extinción de la relación laboral a instancia del empresario.

Dos son las formas en que el empresario puede dar por terminada la relación laboral con el alto cargo: El desistimiento del contrato y el despido. No obstante entre ambas formas de extinción existen importantes diferencias, y por ello deben analizarse separadamente.

La existencia de un grupo empresarial no deja de producir efectos importantes aun cuando, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1990 (RA 3946), «las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresarios no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajo y del aspecto de ésta, afectado por el fenómeno de la pluralidad (real o ficticia) de empresarios», pues efectivamente unas veces la existencia del grupo ha dado lugar al reconocimiento de una única relación de trabajo, Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1985 (RA 1270), otras al reconocimiento de un empresario único, más allá de la apariencia de posiciones empresariales distintas, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1985

(RA 5802), y en otras, a la imputación de responsabilidad solidaria al empresario que ostenta la cabecera del grupo, si éste tenía transcendencia a efectos laborales, Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1990 (RA 3946) y 4 de mayo de 1990 (RA 3960). Este último aspecto es el relevante a los efectos de los altos cargos, y cuya transcendencia es considerable a efectos económicos.

2.1. El desistimiento del empresario.

Señala el artículo 11. uno del Real Decreto 1382/1985 que «el contrato de trabajo podrá extinguirse por desistimiento del empresario»; semejante afirmación debe ser matizada. La primera cuestión está en si puede calificarse como una forma más de despido, precisamente como despido libre. Parece que no, dado que se establecen determinadas consecuencias para el empresario, indemnizaciones de daños y perjuicios. Además, y en consonancia con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, se plantea la cuestión de si la resolución de la relación laboral ha de ser llevada a cabo por el órgano jurisdiccional; ciertamente al respecto resulta sorprendente que, sin causa alguna que justifique la ruptura del vínculo contractual, ésta sea acordada por el órgano jurisdiccional. No obstante, la ley establece esa posibilidad y el empresario podrá romper el vínculo contractual. Ha de precisarse que en la teoría general de contratos una de las partes puede disponer del vínculo contractual si así se establece en el contrato; precisamente la indemnización de los daños y perjuicios tiene como fundamento la inexistencia de causa suficiente para ello, y sin acudir al órgano jurisdiccional por estarse en sede de despido (libre), de acuerdo con una numerosa jurisprudencia (que ocioso sería citar).

No obstante, la posibilidad de instar la resolución o desistir libremente del contrato tiene determinados límites, y ellos se encuentran en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales proclamados en la Constitución, de tal manera que si se demuestra que el desistimiento o resolución pretendida por el empresario, viola o infringe alguno de aquellos derechos y libertades fundamentales, el juzgador no deberá dar lugar a ella, y, en su caso, pasar el tanto de culpa al orden penal.

La jurisprudencia es contradictoria a la hora de precisar si el desistimiento del empresario es o no una forma más de despido; así las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1990 (RA 3438) y 9 de abril de 1990 (RA 3498), siguiendo una cierta jurisprudencia de la Sala, bien que dictada en relación al régimen laboral común, se inclinan por la naturaleza de despido de ese desistimiento, afirmando la primera de ellas que:

«La noción de despido no se identifica con la de despido disciplinario -mera especie de un régimen común-, sino que comprende toda extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleador (...); es claro que lo regulado en este apartado 1 (del artículo 11) es un despido libre junto al disciplinario, regulado en el apartado dos del mismo precepto».

Por contra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991 (RA 1870) se manifiesta que: "Existe, por tanto, un acto unilateral de la empresa, en cuya virtud ha resuelto el contrato de trabajo. El calificar este acto como despido en el seno de una relación laboral ordinaria o como desistimiento en el marco de una relación laboral especial de alta dirección es un problema estrictamente jurídico, cuya solución depende de aplicar determinadas valoraciones jurídicas a unos hechos concretos». Y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1990 (RA 9796) se sostiene el diferenciado carácter del desistimiento y del despido, indicándose que:

«Sostiene (el recurrente) que el acto de cese realizado por la entidad gestora equivale a un despido, y no a un desistimiento. Pretensión que es de rechazar, pues el imbatido relato histórico (...) dice literalmente que el día (...) fue comunicado al actor el cese en dicho cargo, por escrito, y cesó en el mismo día (...), y no cabe la menor duda que dicho escrito (...) revela manifiestamente la voluntad de un desistimiento simple y puro del empleador, que ampara el artículo 11.1 del Real Decreto citado».

El paralelismo entre la extinción del contrato de trabajo por despido y la extinción por desistimiento del empresario, ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1990 (RA 5009), en la que, al igual que sucede en la resolución a instancia del trabajador, «el ofrecimiento hecho en el acto conciliatorio no privó de efectos al desistimiento (...). Tal desistimiento, por otra parte, adquiere carácter irrevocable, aun mediando retractación, cuando el trabajador afectado no aceptare dicha retractación, como también se entiende irrevocable el que, en parejas circunstancias, se produzca la dimisión del trabajador».

Se requieren determinados requisitos de forma, consistentes en que sea comunicado por escrito al alto cargo y con el mismo plazo de preaviso que en la extinción a instancias de este último. Y se establecen determinadas consecuencias a ese proceder empresarial, consistente en una determinada indemnización, de daños y perjuicios, por la ruptura sin causa suficiente, que será la que se hubiere pactado en el contrato, y en su defecto, de siete días por el salario en metálico con un límite de seis mensualidades, indemnización que se verá incrementada en caso de no respetarse el plazo de preaviso. Aquí es la ruptura brusca el último fundamento de la indemnización complementaria, y se tasa en el equivalente a los días del preaviso incumplido; tiene naturaleza indemnizatoria de daños y perjuicios, no siendo salarios lo que tiene derecho a percibir el alto cargo.

Desistimiento empresarial y despido disciplinario no pueden confundirse, tal como expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991 (RA 70): «La adopción en el uso de las facultades directivas de opciones que resulten no convenientes para la buena marcha de la empresa, pueden justificar un desistimiento del contrato en base a la pérdida de la confianza, pero no a un despido basado en un incumplimiento grave y culpable». Y una vez comunicado el desistimiento empresarial «no puede la empresa unilateralmente dejar sin efecto este desistimiento y obligar a la parte trabajadora a reanudar el contrato y privarla de los derechos

que su decisión ha originado», según la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1991 (RA 5144).

2.2. *El despido del alto cargo.*

Señala el artículo 11 citado en su punto dos que el alto cargo puede ser despedido por un incumplimiento grave y culpable, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores. Posibilidad que se confirma por la jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991 (RA 3399), según la que: «... el contrato podría extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 ET; en consecuencia, son de aplicación las causas del artículo 54 ET para el despido, tanto en la relación común, como en la especial; la diferencia entre el despido disciplinario de los trabajadores sujetos a esta relación especial o a la laboral común (...), está en la indemnización a que da lugar el despido, cuando es improcedente, y la forma de fijarse la misma». En esta relación laboral especial la falta de exigencia de dolo, bastando la culpa o negligencia en el actuar del trabajador para que el empresario pueda proceder al despido, si bien aquella ha de ser grave e inexcusable, ha sido proclamada jurisprudencialmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991 (RA 3397) (que recoge la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987, (RA 66) y 30 de junio de 1988 (RA 5495), por exigencia de la teoría gradualista (STS de 30-4-1991), bien que deba ser productora de perjuicios para el empresario, está especialmente presente, como indican las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991 (RRAA 3397 y 3399); así, en esta última resolución jurisdiccional se imputa al trabajador, alto directivo, «... una negligencia grave en su actuación, incumpliendo las indicaciones generales y advertencias de la empresa como reflejo de los objetivos económicos generales de la misma que debían alcanzarse, al tratarse de una sociedad mercantil, que originaron perjuicios para aquella (...) lo que supone, por su gravedad y culpabilidad de la conducta, una pérdida de la confianza que debe regir en las relaciones contractuales, máxime en las laborales -art. 5 ET-, y quebranto del principio de buena fe ...».

Las diferencias entre el despido del alto cargo y el del trabajador sometido al régimen laboral común no sólo se limitan a la indemnización, sino que la recíproca confianza adquiere una singular relevancia modulando las causas justas de despido para el alto directivo en lo que hace a la configuración, tipicidad de la causa y la culpabilidad, así se manifiestan las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991 (RA 3399) y 13 de julio de 1990 (RA 6111) («conducta grave y culpable, transgresora de los deberes que se les tenía encomendados, y que conculcó la recíproca confianza de las partes en que se basa la relación laboral especial»).

Debe recordarse la última doctrina jurisprudencial que fija su posición en tema de despido, modificando otra doctrina anterior. Manifestación explícita de esta modificación jurisprudencial es la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 (RA 9760), que señala: «Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar

el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo. Así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 3 del Convenio 158 de la OIT. Así lo atestigua el Tribunal Constitucional que, en su Sentencia 3/87, de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota, y el restablecimiento del contrato de trabajo sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular. Es cierto -(...)- que el artículo 211 de la Ley de Procedimiento Laboral se refiere al auto que «declarará extinguida la relación laboral en la fecha en que se dicte»; pero lo que el precepto contempla aquí es la relación laboral establecida en virtud de la sentencia recaída al entablarse la acción por despido. Así se diferencia en nuestro Derecho la resolución unilateral del contrato de trabajo, en virtud del despido acordado por el empresario, de la acción de resolución implícita en las obligaciones recíprocas, regulada en el artículo 1.124 del Código Civil, en el que la resolución sólo se produce automáticamente cuando las partes explícitamente hayan convenido que el incumplimiento tenga la virtualidad de una condición resolutoria -(...)- en que el artículo 1.124 faculta para pedir la resolución a partir del incumplimiento, sin que determine la resolución automática, salvo pacto explícito indicado -(...)- y en que si bien es posible que la facultad resolutoria se lleve a cabo extrajudicialmente, de discutirse tal supuesto habrá de recaer decisión judicial».

Doctrina que es sin embargo discutida por una amplia parte de los Magistrados que componen la Sala y que han hecho un voto particular a la indicada sentencia, de acuerdo con la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1989 (RA 6651), que expresamente invocan, y en la que se dice: «Si, indiscutiblemente, el despido se configura como causa de extinción contractual -art. 49.11 del Estatuto de los Trabajadores-, sin embargo, se halla supeditado en su validez y eficacia legal, de una parte, a la concurrencia de un incumplimiento grave y culpable del contrato por el trabajador, según el artículo 54 del texto estatutario -de ahí su connotación disciplinaria que lo distingue del despido libre- y, de otra parte, a la exigencia de una ulterior resolución judicial que, o bien lo convalide *ex tunc*, o bien lo desvirtuale, mediante declaración de nulidad -bien *in radice* o bien por nulidad simple- o por improcedencia».

De seguirse una u otra tesis las consecuencias, de orden patrimonial especialmente, para el alto cargo no son desdeñables. Efectivamente, se señala en el artículo 11.2 precitado que: «Respecto de las indemnizaciones, en el supuesto de despido declarado improcedente se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades». Cuál sea el salario regulador, en el supuesto en que no esté prefijada la indemnización, es cuestión íntimamente ligada a la eficacia extintiva o no del vínculo laboral del alto cargo por el despido efectuado por el empresario; así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 antes citada: «En el salario correspondiente al momento del despido (...) cabe un proceso distinto al de despido para debatir en él la diversidad del salario percibido al tiempo del despido y el debido percibir entonces».

Con la consecuencia, que se reconoce, en la indemnización y en los salarios de tramitación si se estimase la petición del trabajador, y además señala la sentencia, como lógica consecuencia respecto de los incrementos salariales producidos con posterioridad a la sentencia de despido, que: «En salario posterior al tiempo del despido no puede sostenerse su actualización debida a los sucesivos incrementos salariales producidos por disposición legal o por convenio colectivo, pues el incremento posterior no afecta a la indemnización del despido fijada en la sentencia, ni a los salarios de tramitación o de sustanciación devengados después de la misma. Porque las cantidades indicadas son compensaciones o indemnizaciones tasadas, previamente fijadas por la ley, como ya se ha dicho, que no *restitutio in integrum*, y permanecen inalterables como tales indemnizaciones de daños y perjuicios». Por contra, el voto particular es diametralmente opuesto; en él se dice: «Si, en definitiva, en el despido nulo no seguido de readmisión se avoca a la resolución del contrato laboral entre las partes, es a partir del auto judicial que decreta la extinción de la relación laboral cuando se entiende que finaliza realmente el vínculo jurídico preexistente. Parece coherente con ello que las variaciones contractuales de todo tipo, hasta entonces producidas, deban tener su adecuada repercusión».

La forma y los efectos del despido son los propios de la regulación laboral común, por lo tanto, habrá de estarse a lo dispuesto en aquélla, y aun cuando la remisión expresa es al artículo 55 del Estatuto, lo cierto es que también habrá de aplicarse la Ley de Procedimiento Laboral, por su carácter indisponible, pudiéndose también deducir de la atribución expresa de competencia que a ese orden jurisdiccional se atribuye en el artículo 11 del Real Decreto regulador del régimen laboral especial. Únicamente en un sentido no opera la remisión al Estatuto, conteniéndose una norma específica en la propia norma reguladora, en la cuantía de la indemnización para los supuestos de improcedencia del despido, que se reducen dejándolos en veinte días por año de servicio, con un tope también menor que en la legislación laboral común.

En este régimen laboral especial se ha significado (no uniformemente) que no existen salarios de tramitación, al no aludir a ellos la normativa reguladora del mismo, salvo que se efectúe en el contrato la remisión expresa al artículo 56 del Estatuto o se establezca el devengo de salarios de tramitación. En todo caso la solución a adoptar dependerá de que se acoja una u otra de las tesis antes expuestas sobre la naturaleza y consecuencias del despido; si se acoge la primera de aquéllas será cierto que no existirán salarios de tramitación, pero si se acoge la segunda resulta que ciertamente no se precisaba que la norma señalase la necesidad del abono de aquéllos, pues los salarios se deben hasta el momento en que se extinga el contrato. La jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de considerar improcedente el abono de salarios de tramitación, con excepción de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1988 (RA 5431), en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1989 (RA 2414), 9 de octubre de 1989 (RA 7137), 12 de febrero de 1990 (RA 894), 26 de febrero de 1990 (RA 1230) y 6 de marzo de 1991 (RA 1832), señalándose explícitamente en esta última que:

«La única cuestión que plantea el presente recurso es la aplicación o no al despido de los altos directivos, del artículo 56. 1 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET), sobre el abono de los "salarios dejados de percibir" desde su fecha hasta la notificación de la sentencia declarati-

va del despido improcedente, o la nueva colocación en su caso. Para resolverla conviene partir del precepto del artículo 3.1 del Real Decreto 1382/1985, sobre la relación especial del personal de alta dirección, que establece "las fuentes y criterios reguladores" de dicha relación. De acuerdo con este precepto, las normas del Estatuto de los Trabajadores son aplicables a la misma en caso de "remisión expresa" por el propio Real Decreto, y de pacto en tal sentido en el documento contractual suscrito entre las partes.

En materia de despido, el artículo 11.2 del Real Decreto 1382/1985 contiene una remisión expresa al artículo 55 ET en cuanto a la forma y los efectos del despido; pero no extiende el reenvío a las indemnizaciones y los "salarios de tramitación" que prevé el artículo 56 ET, sino que reduce a veinte días por año de servicio la cuantía de aquella y guarda silencio sobre el abono de éstos. La doctrina jurisprudencial viene entendiendo, ajustadamente a la interpretación literal, como inexistencia de un derecho legal a los mismos (...).

La doctrina jurisprudencial transcrita debe ser seguida en este pronunciamiento, habida cuenta del claro tenor de los preceptos en juego. Esta solución es, además, la única que se ajusta a la regla del artículo 3.3 del propio Real Decreto 1382/1985, que somete "a la legislación civil o mercantil y a sus principios generales" la regulación de las condiciones contractuales no establecidas en dicha disposición o en los términos del contrato. Ciertamente, el abono de cantidades equivalentes a los salarios dejados de percibir por despido improcedente es una regla específica del ordenamiento laboral, y no una norma o principio que pueda derivarse o inducirse del derecho común de los contratos».

El artículo 11 citado señala en su tercer apartado que en el supuesto de despido declarado improcedente o nulo, el alto directivo y el empresario acordarán si se produce o no la readmisión o el abono de las correspondientes indemnizaciones, entendiéndose en caso de desacuerdo que se opta por el abono de las indemnizaciones, solución contraria a la prevista para la relación laboral común. Semejante disposición mantiene su validez para el supuesto de despido declarado improcedente, pero no parece que deba estimarse vigente para cuando el despido es declarado nulo, no obstante criterios doctrinales en contra, pues de acuerdo con la nueva Ley de Procedimiento Laboral (orden público) deberá producirse siempre la readmisión para los supuestos de nulidad que en la propia ley adjetiva se señalan, sin que sea disponible para el alto cargo ni para el empresario, en tales casos, optar por las indemnizaciones propias del despido declarado improcedente; de otra parte no puede olvidarse que tal identificación de la nulidad y la improcedencia del despido nunca rigió para los despidos discriminatorios o en fraude de ley. Por ello debe considerarse aplicable a los altos cargos la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991 (RA 1851), según la que: «La prestación de otros servicios en el tiempo de inactividad generado por el incumplimiento empresarial no modifica la aplicación de las medidas del artículo 213.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin perjuicio de sus eventuales consecuencias en materia de cotización a la Seguridad Social. El abono del salario sigue manteniéndose mientras persista el incumplimiento de la ejecutoria con la negativa de dar ocupación efectiva, y no es razonable sostener que si el trabajador, forzado por la situación de ociosidad a la que le lleva la negativa de la empresa a cumplir la sentencia en sus

propios términos, realiza otras actividades laborales, los ingresos provenientes de éstas deban descontarse del salario que abona la empresa. Este descuento no lo autoriza el artículo 213.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y no hay, como se ha dicho, identidad de razón en el supuesto reflejado en el artículo 56. 1 b) del Estatuto de los Trabajadores, ni con el artículo 30 de dicho texto legal; por el contrario, el descuento frustra la finalidad del precepto, pues agrava la situación del trabajador, obligándole a una inactividad contraria a su dignidad en una comunidad que valora el trabajo como elemento esencial de participación y consideración social, o convierte su trabajo en un medio para disminuir el coste del incumplimiento del empresario, contribuyendo así a perpetuar el mismo».

VII. RELACION ENTRE EL DESISTIMIENTO DEL EMPRESARIO DE LA RELACION LABORAL DE ALTO DIRECTIVO Y EL DESPIDO DISCIPLINARIO DE LA MISMA PERSONA EN LA RELACION COMUN REAVIVADA. EXCEPCIONES DE LITISPENDENCIA Y DE COSA JUZGADA

Cuando se da la situación indicada, «dos son las relaciones laborales existentes: Una, cuya existencia y consecuencias fueron debatidas en el primer proceso, y otra, la relación laboral común, que es objeto del presente, en el que se dedujo y estimó la excepción de litispendencia. Para que opere la litispendencia y haya de prosperar por ello la excepción del artículo 535.5 LEC, es preciso que se dé la paridad de los dos litigios y se infiera así de la elección laboral controvertida, obstando el pleito pendiente a la prosecución del promovido después y que quede en evidencia la seguridad jurídica, la consumación procesal, la vinculación misma de la sentencia ejecutoria, dado el peligro de que ante la misma cuestión se pronuncien sentencias contradictorias. La indicada paridad requiere que los procesos se sigan sobre un mismo objeto, entre las mismas partes y mediante demandas que se funden en igual causa de pedir (art. 1.252 C.C.). Aquí se está ante dos relaciones laborales diferentes: La especial, decidida en el primer proceso, y la común u ordinaria, suspendida mientras aquella rigió (art. 9 del Real Decreto 1283/1985, de 1 de agosto), que puede cobrar su vigencia si se reanuda la relación laboral de origen, con un régimen bien diferenciado -aunque haya identidad de partes-. No se da aquí la exigida identidad de acciones, ni puede producir por ello, la resolución que haya de dictarse en un pleito, fuerza de cosa juzgada en otro. Tal es así que la sentencia dictada en el proceso de extinción de la relación especial se refiere a la que pueda dictarse al decidir la relación común», como indica la Sentencia de Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1990 (RA 7548).

En el supuesto en que el empresario desistiera del contrato de alto directivo, y el supuesto alto directivo no fuera tal sino un trabajador sometido al régimen laboral común, el despido debería ser calificado de nulo a la luz de la nueva LPL, y no obsta a ello que la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1988 (RA 5826) entendiese que tal despido era improcedente.

VIII. FALTAS Y SANCIONES. PRESCRIPCION DE ACCIONES

Señala el artículo 13 de la norma reguladora del régimen especial que el alto cargo podrá ser sancionado en virtud de incumplimiento de sus obligaciones, en los términos que se pacten en el contrato, con lo que en éste habrán de señalarse no sólo las faltas sino las sanciones y la equivalencia.

Se trata de una disposición criticable por cuanto se establece la posibilidad de una especie de *ius puniendi* privado, desmesuradamente amplio. Debería haberse tipificado cuáles conductas serían sancionables y las sanciones correspondientes, atendiéndose al interés colectivo afectado, aun indirectamente, por la conducta del alto cargo. Tal precepto hace abrigar serias dudas sobre su constitucionalidad, habida cuenta de la jurisprudencia constitucional que se ha cuidado de señalar la aplicabilidad de principios penales al derecho sancionador, así como la necesidad de una, al menos, relativa tipificación legal.

Se establece un extraordinariamente amplio plazo de prescripción sin hacer cuestión de grados ni de infracciones; todas prescribirán a los doce meses, desde su comisión o desde que de ellas tuviera conocimiento el empresario; en el supuesto en que la falta fuera continuada, el cómputo habría de efectuarse desde el último incumplimiento efectuado.

IX. LOS DERECHOS DE REPRESENTACION DE LOS ALTOS CARGOS

A tenor del artículo 16 de la norma reguladora acerca de que los altos cargos no pueden participar ni como electores ni como elegibles en los órganos de representación regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores, con justificación al respecto en la relación de recíproca confianza con el empresario, y la normal jefatura del personal. Quedan a salvo, como no podía ser menos, los derechos sindicales de los altos cargos y la posibilidad de que los mismos ostenten la condición de delegados sindicales. Esta circunstancia no puede dejar de influir en la necesidad de dar conocimiento a los representantes del personal de determinados extremos relativos a las relaciones y vicisitudes de las relaciones laborales; así, no pueden considerarse precisas las comunicaciones establecidas al respecto, pues otra solución sería contradictoria.

X. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Se atribuye competencia a la Jurisdicción de lo Social; no obstante, ha de llamarse la atención sobre la posibilidad de someter a juicio de árbitros, esto es, de someter las cuestiones que se deriven del contrato, de su cumplimiento e interpretación, a arbitraje, mediante la inclusión en el contrato de la correspondiente cláusula arbitral.