

Los efectos de la nulidad de los despidos por vulneración de derechos fundamentales son aplicables a los contratos de alta dirección.

La Sala afirma que el empleador comunicó al actor el desistimiento motivado en la pérdida de confianza; sin embargo, ha quedado acreditado que se trató de una represalia por el ejercicio de sus derechos fundamentales. Aunque el Real Decreto 1382/1985 regula la extinción del contrato de trabajo de alta dirección por desistimiento "ad nutum" del empresario, esta extinción tiene el límite del respeto de los derechos fundamentales. Los supuestos en los que el ordenamiento jurídico admite la libre extinción de la relación laboral a instancia del empresario tienen como límite el respeto de los derechos fundamentales, que gozan de la máxima protección.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia de 18 de junio de 2012

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2604/2011

Ponente Excmo. Sr. JESUS SOUTO PRIETO

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Rafael Goiría González, en nombre y representación de D. Abilio, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 15 de junio de 2011, dictada en el recurso de suplicación número 6115/2010, formulado por D. Abilio, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 5 de Madrid de fecha 10 de mayo de 2010, dictada en virtud de demanda formulada por D. Abilio frente a Bestdene Española, S.L., Contenemar, S.A. Asmar Corporación Logística, S.L., Iscomar, S.A., Alba Sloan, S.L., Meykel, S.L., Nascencia Internacional, S.L., Marítima Tarfay, S.L., Imot, S.L. Kerion Marítima, S.L., Astil Mirel, S.L., Alfa Linde, S.L., Lerma Sorel, S.L., Bloisdel, S.L., Alba Sloan, S.L. contra las persona físicas, D. Isidro, D. Santiago, D.ª Elvira, D. Pablo Jesús y contra los Administradores concursales de Contenemar, S.A. e Iscomar, S.A., D. Eladio, D. Leonardo y Petropesca, S.L. con citación del MINISTERIO FISCAL sobre Despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido la empresa Contenemar, S.A., representada por el letrado D. Jose Ignacio Gómez Mourelle.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de mayo de 2010, el Juzgado de lo Social número 5 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por D. Abilio, contra BESTDENE ESPAÑOLA, S.L., CONTENEMAR, S.A., ASMAR CORPORACIÓN LOGÍSTICA, S.L., ISCOMAR, S.A., ALBA SLOAN, S.L., MEYKEL, S.L., NASCENTIA INTERNACIONAL, S.L., MARÍTIMA TARFAYA, S.L., IMOT, S.L., KERION MARÍTIMA, S.L., ASTIL MIREL, S.L., ALFA LINDE, S.L. LERMA OLREL, S.L. BLOISDEL, S.L., los Administradores Concursales de CONTENEMAR, S.A. e ISCOMAR, S.A., D. Eladio, D. Leonardo Y PETROPESCA, S.L. y los Administradores Concursales de MEYKEL, S.L. y MARÍTIMA TARFAYA, S.L., de ASMAR CORPORACIÓN LOGÍSTICA y de IMOT, S.L., D. Juan Francisco, D. Desiderio Y TASMAR LOGISTICA, S.L., con citación del MINISTERIO FISCAL debo declarar y declaro NULO el despido del actor, condenando a las empresas codemandadas a que conjunta y solidariamente readmitan al trabajador en su mismo puesto de trabajo y en iguales condiciones en caso de acuerdo con éste y, para el caso de no haber acuerdo, a que le abonen conjunta y solidariamente la suma de 18.049,20 euros más una cantidad adicional de 31.134,87 euros".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: D. Abilio ha venido prestando sus servicios para las empresas demandas durante los siguientes períodos: 1.- ISLENA MARITIMA DE CONTENEDORES (ISCOMAR). 1.989 al 1 de septiembre de 1.995 sin solución recontinuidad. 2.- FLETAMENTOS NAVIEROS CANARIOS SL (no demandada).- Desde el 3 de septiembre 95 al 7 febrero 96. 3.- CANARIA DE FLETAMENTOS SL (no demandada).- Desde el 8 de febrero de 1.996 al 5 febrero 1.997. 4.- FLETAMENTOS NAVIEROS CANARIOS SL (no demandada).- Desde el 6 febrero 97 al 14 abril 97. 5.- KERION MARTÍTIMA SL Desde el 15 abril 97 al 12 noviembre 97. 6.- CANARIA DE FLETAMENTOS SL (no demandada). - Desde el 13 noviembre 97 al 2 abril 98. 7.- NASCENTIA INTERNACIONAL SL.- Desde el 10junio98 al 21 junio 98. 8.- KE1UON MARTÍTIMA SL.- 22junio98 al 18septiembre98. 9.- CANARIA DE FLETAMENTOS SL (no demandada).- 19 septiembre 98 al 26 octubre 98. 10.- KERION MARTÍTIMA SL.-27 octubre 98 al 12 enero 99. 11.- BESTDENE ESPAÑOLA SL.- 13 ENERO 99 AL 27 MAYO 99. 12.- NASCENTIA INTERNACIONAL SL.- 28 mayo 99 a1 30 junio 99. 13.- FLETAMENTOS NAVIEROS CANARIOS SL (no demandada).- 1julio 99 al 26 octubre 99. 14.- BESTDENE ESPANOLA SL.- 27 octubre 99 al 13 abril 00. 15.- FLETAMENTOS NAVIEROS CANARIOS SL (no demandada).- desde el 14 de abril00 al 15 de marzo 01.

16.-BESTDENE ESPANOLA, SL.- 16 marzo 01 al 8 mayo 01. 17.- FLETAMENTOS NAVIEROS CANARIOS SL (no demandada).- 9 mayo 01 al 30 noviembre 01. 18.- ASTIL MIREL SL.- 1 diciembre 01 al 11 noviembre 02. 19.- ALFA LINDE SL.- 12 noviembre 02 al 10 enero 03. 20.- BESTDENE ESPANOLA SL.- 11 enero 03 al 11 mayo 03 21.- ALFA LINDE SL.- 12 mayo 03 al 23 octubre 03. 22.- FLETAMENTOS NAVIEROS CANARIOS SL (no demandada).-24 octubre 03 al 31 marzo 04. 23.- BESTDENIE ESPANOLA.- 1 abril 04 al 13 marzo 05. 24.- LERMA SOREL SL.- 14 marzo 05 al 29 junio 05. 25.- BESTDENE ESPANOLA.- 30 junio 05 al 18 julio 05. 26.- BLOISDEL SL.-19 julio 05 al 17 noviembre 05. 27.- ALBA SLOAN SL.- 18 noviembre 05 al 2 febrero 06. 28.- BLOISDEL SL.- 3 febrero 06 al 17 mayo 06.29.- ALBA SLOAN SL.- 18 mayo 06 al 29 septiembre 06. 30.- BLOISDEL SL.- 30 septiembre 06 al 16 marzo 07. 31.- ALBA SLOAN SL.- 17 marzo 07 al 6 junio 07. 32.- BLOISDEL SL.- 7 junio 07 al 21 noviembre 07. 33.- ALBA SLOAN SL.- 22 noviembre 07 18 mayo 08. 34.- MARÍTIMA TARFAYA SL.- 19 mayo 08 al 31 enero 09. 35.- BESTDENE ESPANOLA SL.- Desde el 1 febrero 09 al 15 octubre 09. SEGUNDO.- El actor ostenta una categoría de Capitán y percibe por ello un salario anual de 54.898,93 euros. El actor ha ostentado esta categoría en los distintos buques en los que ha prestado servicios desde septiembre de 1.995. TERCERO.- El actor ha prestado sus servicios últimamente en el buque JULIA DEL MAR, si bien a lo largo de su relación con las distintas empresas del buque ha ido cambiando de buque y de empleador formal según las necesidades del grupo que a continuación se describe. CUARTO.- Todas las sociedades demandadas -ASTIL MIREL S.L., BESTDENE ESPAÑOLA S.L., IIMOT S.L., CONTENEMAR SA.,; ALBA ASMAR CORPORACIÓN LOGÍSTICA S.L., NASCENTIA INTERNACIONAL. LOGÍSTICA. CONTENEMAR SA., con una flota que supera la veintena de buques y se dedican al transporte marítimo de mercancías y viajeros y servicios auxiliares al mismo, constituyendo un complejo entramado de sociedades, que opera en los puertos de Baleares, Valencia, Barcelona, Galicia y norte de África, siendo sus objetos sociales y otros datos los siguientes: IMOT S.L., tiene su domicilio en c/ Antonio Pérez, nº 19, 2 de Madrid, Plaza Maya nº 2 de Zaragoza y Lg Explanada Dársena Exterior 1 sIn, 36008 Las Palmas de Gran Canaria. Es su objeto social el alquiler de medios de navegación. Es su administrador único D. Isidro. Se constituyó el 01-01-85 y fue inscrita en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria. ASTIL MIREL S.L., tiene su domicilio en c/ Alberto Alcocer, nº 8, entreplanta B y Avda. de la Constitución 86, esc. 5, piso 20 A de Torrejón de Ardoz; calle Navarra 24, 1º C de Madrid; glorieta de Quevedo 7, 6º izquierda y calle Sagasta 30, 2º, ambas de Madrid. Es su objeto social el transporte marítimo de pasajeros. Es su administrador único D. Carlos Ramón. Se constituyó el 25-10-01, se halla inscrita en el Registro Mercantil de Madrid. Es arrendataria del buque "Gracia del Mar" y realiza el tráfico entre islas Canarias y la península. BESTDENE ESPANOLA S.L., tiene su domicilio en calle Teniente Coronel Castell. Olivares, nº 12, bajo 5 de Las Palmas de Gran Canaria. Es su objeto social el transporte marítimo de mercancías y viajeros. Es su administrador único D. Carlos Ramón. Es propietaria del buque "Julia del Mar" y realiza el tráfico entre islas Canarias y la península. SA., fue constituida el calle Velázquez nº 150. Esta participada en un 99,98% por ASMAR CORPORACION LOGISTICA S.L. Tiene por objeto social el transporte marítimo de mercancías contenedorizadas puerta a puerta. Ha tenido diversos administradores y apoderados entre los que se encuentran D. Isidro, D. Sabino y Dña. Elvira único D. Carlos Ramón. NASCENTIA INTERNACIONAL S.L., es una mercantil que dio comienzo a sus operaciones el 23-10-95, con domicilio social en calle Navarra nº 24, bis de Madrid. Constituye su objeto social la construcción, contratación, adquisición por cualquier título, transmisión y enajenación de toda clase de buques, la explotación de los mismos por medio de su administración. Es administrador único D. Arsenio. ALBA MERJIL S.L. Dio comienzo a sus operaciones el 30-04-01, constituye ASMAR, S.A., MERIL S,L. transmisión y enajenación de toda clase de buques, la explotación de los mismos por medio de su administración. Tiene su domicilio social en calle de los Estudios nº 9 y es su administrador único D. Francisco. ASMAR CORPORACIÓN LOGÍSTICA S.L., fue constituida en Bilbao el 02-07- 07, tiene su domicilio social en calle Velázquez 150 y tiene por objeto social el estudio, investigación, promoción y prestación de servicios técnicos, administrativos y de explotación de empresas; la tenencia, adquisición y enajenación de valores mobiliarios; la inversión de todo lo que se relacione con el negocio marítimo. Es la sociedad matriz o cabecera del grupo CONTENEMAR y tenedora de acciones del resto de las sociedades navieras, que figuran formalmente como propietarias de los buques que explota CONTENEMAR 5 A, que tienen centrada su actividad en el transporte marítimo y terrestre de mercancías, prestando un servicio integral puerta a puerta, que incluye toda la operativa portuaria. Como cabecera del grupo que es, administra y gestiona las participaciones de todas las empresas. Asimismo, presta a sus filiales servicios de asesoramiento y consultoría en materia, fiscal, contable, jurídica e informática. Emite las órdenes de embarque y desembarque, lleva a cabo la gestión del personal de flota, contGatos de trabajo, altas y bajas en Seguridad Social, despidos, presenta cuentas anuales consolidadas e individuales, etc; todo ello desde la sede de calle Velázquez 150 de Madrid y su personal está dirigido por un único Director de Recursos Humanos -D. Ramón -. Son administradores solidarios los hermanos D. Isidro y D. Sabino. El buque "Gracia del Mar", que era propiedad de TEIDE S.A. y CONTENEMAR S.A. y había sido hipotecada por ambas mercantiles, en 1995 y en 1998 pasó a pertenecer en propiedad a IMOT S.L., por fusión por absorción de la primera la segunda a la primera. Dicho barco ifie arrendado a casco desnudo a ASTIL MIREL S.L., en enero de 2002, hasta el 01-12-12. Los buques Catalina del Mar, Julia del Mar, Teresa del Mar, Clara del Mar, Patricia del Mar, Gloria del Mar, Pitusa Nava, Mercedes del Mar, Isabel del Mar, Nura Nava y María Dolares del Mar, son gestionadas por las empresas BIOSDEL S.L., FLETAMENTOS NAVIEROS CANARIAS S.L., BESTDENE ESPAÑOLA S.L. y otras empresas del grupo CONTENEMAR S.A. El buque Benijofar pertenecía formalmente a ALBA MERIL S,L. y era gestionada por CONTENEMAR SA. QUINTO.- CONTENEMAR S.A. y ASMAR CORPORACIÓN LOGÍSTICA S.L., además de ISCOMAR S.A., son las únicas que cuentan con trabajadores en tierra en alta; el resto de las codemandadas no cuenta con infraestructura alguna, ni trabajadores en alta, salvo el personal de tripulación para prestar servicios en los buques, que son dadas de alta en diversas empresas. Las tripulantes navegan indistintamente en las diferentes buques propiedad o anendados de las codemandadas y para las distintas empresas del Grupo, para operar en las líneas regulares, eran trasbordados de un buque a otro de distintas empresas; también finalizaban sus vacaciones en una empresa e iniciaban su nueva campaña en otra buque de otra de las empresas del grupo, sin que existiese solución de continuidad en las altas en la Seguridad Social. Los salarios y cotizaciones sociales se pagan con cargo a cuentas bancarias de CONTENEMAR. Las órdenes de embarque y desembarque y todas las gestiones del personal de flota - contratos de trabajo, alta en Seguridad Social, convenios colectivos, despidos, etc- se realizan desde el edificio social de CONTENEMAR SA., sede de esta sociedad y de ASMAR CORPORACION LOGISTICA S.L. y por personal dado de alta en estas empresas, concretamente el Director de RR.HH, D. Ramón y Da Sonsoles. Los buques operados por el

grupo CONTENEMAR son utilizados indistintamente como garantía hipotecaria para suscribir contratos de préstamo entre unas y otras empresas. SEXTO.- El 30 de julio de 2.009 el Sindicato de Trabajadores de la Marina Mercante-CGT, convoca huelga que afecta, entre otros, al buque Julio del Mar en el que el actor se encontraba embarcado como Capitán desde el 31 de junio de 09. SÉPTIMO.- Las nóminas del actor eran abonadas indistintamente por las diversas empresas del grupo aun cuando su adscripción formal lo fuese para otra. Así ha percibido sus salarios de: GRUPAJES DEL MAR SA. 09 enero /06. GRUPAJES DEL MAR SA- 16 febrero 06. CONTENEMAR BILBAO SA.- 06 marzo 06. CONTENEMAR BILBAO SA.- 10 abril 06. CONTENEMAR BILBAO SA.- 18 mayo 06. CONTENEMAR BILBAO.- 19 junio 06. GRUPAJES DEL MAR SA 23 junio 06. GRUPAJES DEL MAR,S A.- 25 julio 06. GRUPAJES DEL MAR SA.- 25 agosto 06. GRUPAJES DEL MAR.- 21 septiembre 06. GRUPAJES DEL MAR,S.A.- 19 octubre 06. CONTENEMAR.- 25 noviembre 06. CONTENEMAR.- 23 diciembre 06. CONTENEMAR BILBAO SA.- 20 enero 07. CONTENEMAR BILBAO, SA.- 16 febrero 07. CONTENEMAR BILBAO, AS.- 21 marzo 07. GRUPAJES DEL MAR,SA.- 12 abril 07. CONTENEMAR BILBAO SA.- 24 abril 07. GRUPAJES DEL MAR,SA.- 15 mayo 07. GRUPAJES DEL MAR,SA.- 12 junio 07. CONTENEMAR SA.-19 julio 07. CATALINA DEL MAR.- 21 agosto 07. CONTENEMAR S.A. 21 septiembre 07. CATALINA DEL MAR.- 15 noviembre 07. BLOISDEL, S.L.- 17 diciembre 07. GRUPAJES DEL MAR,SA.- 10 enero 08. GRUPAJES DEL MAR,SA.- 14 febrero 08. ALBA SLOAN, S.L.10, marzo 08. ALBA SLOAN, SA.- 9 abril 08. ALBA SLOAN, S.L.- 9 mayo 08. ALBA SLOAN, S.L.12 junio 08. ISLE/A MARITIMA DE CONTEN. -16 julio 08. CONTENEMAR- 17 octubre 07. ISABEL DEL MAR- del 19 agosto 08 al 28 enero.09. TRANS- MALLORCA SA.- 16 marzo 09. TASMAR ZARAGOZA del 17 de marzo 09 al 16 abril 09. CONTENEMAR SA.- 3 julio 09. OCTAVO.- El 15 de octubre de 2.009 la empresa entrega al actor comunicación del siguiente tenor tras manifestar se a la Capitanía de Barcelona que entendía que debía acordar el desenrole del personal en huelga: Sirva la presente para poner en su conocimiento la decisión adoptada por la Dirección de esta empresa de proceder a la extinción de su contrato laboral con la misma con efectos del día de hoy, abonándole junto con el finiquito la cantidad correspondiente a los tres meses de, en base a lo establecido en el artículo 11 RD 1.382/1.985 de 1 de agosto por el que se regula la Relación laboral de Carácter Especial del Personal de Alta Dirección. Por ello, indicarle que le corresponde una indemnización legal de 12.521,08 euros a razón de 7 días por año trabajado con él tope de seis mensualidades. NOVENO.- El 6 de noviembre de 2.009 se celebró ante el SMAC acto de conciliación instado el 21 de octubre".

TERCERO.- La citada sentencia fué recurrida en suplicación por D. Abilio, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia con fecha 15 de junio de 2011, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Abilio contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 5 de Madrid de fecha 10-05-2010 dictada en virtud de demanda presentada contra CONTENEMAR, S.A., ASMAR CORPORACIÓN LOGÍSTICA, S.L., ISCOMAR, S.A., ALBA SLOAN, S.L., MAYKEL, S.L., NASCENTIA INTERNACIONAL,S.L., MARÍTIMA TARFAYAS, S.L., IMOT, S.L., DERION MARITIMA, S.L., ASTIL MIREL, S.L., ALFA LINDE, S.L., LERMA SOLREL, S.L., BLOISDEL, S.L., los administradores concursales de CONTENEMAR, S.A. e ISCOMAR, S.A., D. Eladio, D. Leonardo y PETROPESCA, S.L. y los administradores concursales de MEYKEL, S.L. y MARÍTIMA TARFAYA, S.L., de ASMAR CORPORACIÓN LOGÍSTICA y de IMOT, S.L., D. Juan Francisco, D. Desiderio y TASMAR LOGÍSTICA, S.L., en reclamación por DESPIDO, debemos revocar y revocamos dicha sentencia en el sentido de fijar la indemnización en 54.898,93 euros, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida. Sin costas."

CUARTO.- El letrado D. Rafael Goiría González, en nombre y representación de D. Abilio, mediante escrito presentado el 20 de julio de 2011, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 2 de diciembre de 2010 (recurso n.º 4753/10) (para el primer motivo), y la dictada por el Tribunal Supremo de fecha 13 de febrero de 2008 (recurso n.º 4348/06) (para el segundo motivo). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 24.1 de la Constitución y el art. 55.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 5 del Convenio 158 de la OIT.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la improcedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de junio de 2012, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El trabajador demandante, comenzó a prestar servicios para el grupo de empresas CONTENEMAR, desde el 27/271989 [antigüedad del actor tras la revisión fáctica en suplicación], mediante una relación laboral común, si bien desde septiembre de 1995 ostenta la categoría de capitán, habiendo prestado servicios en los distintos buques que se relacionan. El 30/7/2.009 el Sindicato de Trabajadores de la Marina Mercante- CGT -, convoca huelga que afecta, entre otros, al buque en el que el actor se encontraba embarcado como Capitán desde el 31/6/ 09. Con efectos de 15/10/2009, se le comunicó la extinción del contrato de trabajo, poniendo a su disposición una indemnización legal de 12.521, 08 euros a razón de 7 días por año trabajado, con el tope de seis mensualidades, de conformidad con el art 11.1 del RD 1.382/1.985 de 1 de agosto por el que se regula la Relación laboral de Carácter Especial del Personal de Alta Dirección.

El trabajador impugnó la anterior decisión discutiendo, entre otros extremos la antigüedad, salario, tipo de vínculo y categoría, calificación del despido y consecuencias. La sentencia de instancia, partiendo de que la relación del actor está encuadrada en la especial de alta dirección, declara la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, al entender que la empresa no desvirtuó los indicios de haberse producido el despido como

respuesta por haber participado en la huelga del verano de 2009, condenando a las empresas codemandadas a que, conjunta y solidariamente, readmitan al trabajador en caso de acuerdo con éste y para el caso de no haber acuerdo, a que le abonen la indemnización de 20 días de salario por año trabajado, sobre una antigüedad de 11/11/2001, lo que supone 18.049,20 euros, más una cantidad adicional de 3.134,87 euros. Recurrída en suplicación, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2011 (Rec 6115/10), estima parcialmente el recurso del trabajador y accede a la modificación de la antigüedad, que ahora señala en 27/2/89, acogiendo la petición de que se tenga en cuenta para el cálculo de la indemnización, lo que supone que al superarse el límite de 12 mensualidades (art 11.3 RD 1382/1985) fija la cuantía en la correspondiente a una anualidad - 54.898,93 euros-. Rechaza la pretensión actora de la readmisión forzosa, con abono de los salarios dejados de percibir, al entender que estos efectos, propios de la nulidad por vulneración de derechos fundamentales, no son de aplicación en la relación especial de alta dirección. Además, desestima la pretendida suspensión de la relación laboral común, puesto que se estima probado que la relación de alta dirección sustituyó a la relación laboral común existente hasta septiembre de 1995.

SEGUNDO.- Acude el trabajador en casación para la unificación de doctrina que articula en dos motivos: En el primero plantea que tratándose de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales procede la obligatoria readmisión y el abono de salarios de tramitación, y el segundo relativo a la reanudación de la relación laboral ordinaria que tenía antes de pasar a ser capitán en 1995 y a la cuantía de la indemnización.

Para el primer motivo invoca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de diciembre de 2010 (rec 4753/2010), que analiza, en lo que ahora interesa, las consecuencias del despido, de un capitán de barco, que también prestaba servicios para una de las empresas del Grupo CONTENEMAR. Dicho despido fue calificado como nulo por vulneración de derechos fundamentales [en relación con la huelga del año 2009]. La sentencia de instancia, partiendo de que la relación es de alta dirección, fija la readmisión en caso de común acuerdo y en su defecto la correspondiente indemnización. La Sala de suplicación revoca la anterior argumentando, con apoyo en sentencia del TSJ de Aragon 14/3/2007, que es obligatoria la readmisión como inherente al despido nulo, por entender que al tratarse de la vulneración del derecho fundamental a la huelga, la única forma de reparar tal conculcación es la readmisión, a fin de restaurar la situación al momento previo a la vulneración. Añadiendo la condena al abono de los salarios de tramitación. Conclusión que se alcanza tras considerar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este tipo de despidos nulos.

De la comparación efectuada se desprende que ante supuestos idénticos, las conclusiones alcanzadas por las sentencias comparadas son contradictorias. En efecto, en ambos casos se trata de despidos de trabajadores que ostentan la categoría de capitán, considerada de alta dirección y sometida a la regulación del RD 1382/1985. La empresa desiste de la relación y pone a disposición la indemnización correspondiente a 7 días de salario y año de servicio y en los dos casos el despido es declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales por participar en la huelga del verano de 2009. Sin embargo, las consecuencias de esta declaración, son contradictorias en relación a si debe primar la previsión establecida con carácter general para el despido nulo, de readmisión obligatoria con derecho a salarios de tramitación, o bien la especial del RD 1382/1985, que en el art 11.3 establece que en caso de que el despido sea declarado nulo o improcedente, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión. La recurrida, opta por esta última solución, considerando que tratándose de personal de alta dirección, las consecuencias del despido declarado nulo son equiparables a las del improcedente, existiendo opción entre la readmisión o el abono de indemnización. Añadiendo que tampoco se deben salarios de tramitación, por ministerio de la ley, en los supuestos de desistimiento del empresario o despido. Mientras que la de contraste mantiene que deben primar las consecuencias del despido nulo establecidos por el T C - readmisión obligatoria -.

Para el *segundo motivo*, formulado de forma subsidiaria para el caso de desestimarse la petición de obligatoria readmisión, solicita que en caso de falta de acuerdo sobre la readmisión, la indemnización debe ser fijada por el tiempo en el que ejerció como capitán, reanudándose la relación laboral común como 1er. oficial de puente.

Invoca para sustentar la contradicción la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2008 (Rec 4348/06). En este caso, existe un primer contrato en el que la relación laboral es de naturaleza ordinaria, al que siguió un segundo, por el que el trabajador es contratado como alto cargo, extinguiéndose la relación laboral estando vigente este segundo contrato. Dado que en el contrato no se consignó que la relación laboral especial sustituyera a la común existente hasta ese momento, entiende la sentencia que la primitiva relación laboral común estaba en suspenso. Añade que extinguido el contrato de trabajo de alta dirección por despido declarado improcedente, estando suspendida la relación laboral común, si las partes de común acuerdo no optan por la readmisión en la relación de alta dirección, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, es decir la relación laboral común, pero no se concede al trabajador opción entre reanudar la relación laboral común o la extinción del contrato con abono de la pertinente indemnización, sino solamente la posibilidad de reanudar la relación laboral común que hasta ese momento se encontraba suspendida.

La contradicción es aquí inexistente, dado que los presupuestos fácticos de los que parten las sentencias comparadas no son los mismos. En efecto, en la alegada la relación laboral común está suspendida en tanto dure la vigencia de la de alta dirección, mientras que en el caso de autos, la relación laboral especial de Alta Dirección sustituyó a la común existente hasta septiembre de 1995, desapareciendo ésta.

Corresponde, pues, entrar a examinar únicamente la censura jurídica sobre si procede la readmisión obligatoria - efecto general previsto para la declaración de nulidad del despido-, con abono de los salarios de tramitación, o bien habrá que estar al eventual acuerdo entre las partes, sobre readmisión o indemnización que prevé la norma específica del artículo 11.3 del RD 1382/85, que regula esta relación laboral especial.

TERCERO.- Se denuncia la infracción del art. 24.1 CE en relación con el art. 55.5 y 6 ET y art. 5 del Convenio 158 de la OIT, así como art. 113 de la LPL., argumentando, como la sentencia de contraste, que se apoya en la del TSJ de Aragón de 14/3/07, que cita, al no haberse condenado a la readmisión y abono de los salarios de trámite.

La regulación específicamente laboral de la relación de trabajo de los empleados de alta dirección se limita a lo establecido en el Decreto 1382/1985, rigiéndose en lo restante por la autonomía de la voluntad y por la legislación civil y mercantil (art. 3 Decreto 1382/1985). La regulación del desistimiento y del despido disciplinario en el art. 11 del Decreto 1382/1985 no contiene previsión alguna de indemnización de salarios de tramitación, ni remisión expresa al art. 56 ET, por lo que dicha norma estatutaria es inaplicable. La relación de trabajo de alta dirección es una relación fiduciaria, dotada por ello de un régimen especial de extinción cuyos rasgos principales son la aceptación del desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento del régimen común de condena a readmisión; caracteres todos ellos que apuntan en la misma dirección de excluir para este personal la indemnización y salarios de tramitación.

En el supuesto de despido declarado nulo, el art. 11, antes citado, en su apartado 3.º, determina que los efectos condenatorios correspondientes se identifican con los que son propios del despido improcedente, readmisión o abono de la indemnización indicada, entendiéndose que ha de ser ésta última en caso de desacuerdo entre las partes.

Actualmente cabe cuestionar la licitud de la previsión del art. 11.3 del R.D. 1382/85, que regula la relación especial de alta dirección, en orden a los efectos del despido radicalmente nulo.

Compartimos el exhaustivo análisis sobre el origen y evolución de la doctrina constitucional sobre la nulidad radical que se hace en la sentencia del TSJ de Aragón de 14 de marzo de 2007, reproducida por la ahora recurrida del TSJ de Madrid, en los siguientes términos:

"Debe recordarse que la denominada nulidad radical del despido discriminatorio fue, en origen, una construcción del TC. En efecto, el ET de 10-3-1980 establecía en su art.55.4 que el despido nulo suponía 'la readmisión inmediata del trabajador con abono de los dejados de percibir'. En el mismo sentido se pronunciaba el art. 103 LPL de 13-6-1980, salvo en el caso de despido de un trabajador suspendido el contrato de trabajo (que a la sazón era causa de nulidad), supuesto en el cual había de estarse a las normas aplicables en cada caso. Sin embargo esta LPL de 1980, al regular la ejecución de las sentencias de despidos, llevaba a cabo una equiparación de los efectos de la nulidad y de la improcedencia del despido porque la no readmisión del trabajador por el empresario tras la declaración de nulidad del despido (o su readmisión irregular) podían ser sustituidos por el Juez, en el seno del incidente de no readmisión, por una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de 42 mensualidades, declarando el auto judicial extinguida la relación laboral con abono de los salarios dejados de percibir hasta la fecha de aquella resolución (art. 211 de la LPL de 1980). La readmisión únicamente era obligatoria cuando el despido era representante de los trabajadores (art. 212 de la LPL de 1980). Ello suponía que la LPL de 1980, salvo en este último caso, vaciaba de contenido la estabilidad real establecida por el ET de 1980 para los despidos nulos. En esta tesitura, fue el TC, a partir de la sentencia n.º 38/1989, de 23-11, quien instauró la nulidad radical del despido discriminatorio, inicialmente respecto de los despidos antisindicales y después respecto de los despidos lesivos de los derechos fundamentales de los trabajadores, excluyendo la opción e imponiendo la readmisión del trabajador. Así, la citada sentencia del TC n.º 38/1989 afirmó que "la nulidad es radical, y, por ello, comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos. La naturaleza de la obligación de readmisión y los medios de coercibilidad de la misma y el tratamiento, en su caso, de los medios sustitutorios de la restitución "in natura", son, por lo demás, materias que justificaran pronunciamientos ejecutorios en su tiempo y por el cauce previsto para la ejecución, mas que no reclaman ahora pronunciamientos ejecutorios en su tiempo y por el cauce previsto para la ejecución, mas no reclaman ahora pronunciamientos previstos ante la eventualidad de obstáculos en la ejecución. La literalidad de los arts. 212 y 213 de la LPL no son un obstáculo a la plena efectividad del derecho o libertad conculcada, pues aunque se concreten a los delegados o miembros del comité de empresa, constituye cauce analógicamente aplicable a los otros supuestos de nulidad "ab radice", sanción que comporta la violación de derechos constitucionales fundamentales". Posteriormente, a partir de las sentencias del TC n.º 7 y 14/1993, se extendió la categoría de despido nulo con nulidad radical al derecho a tutela judicial efectiva en su vertiente de proscripción de toda represalia derivada del ejercicio por el trabajador de acciones judiciales en defensa de sus intereses".

Así pues, inicialmente la readmisión forzosa en caso de despido nulo con violación de derechos fundamentales la instauró el TC, apartándose del tenor literal de las normas legales vigentes a la sazón, como una consecuencia de la necesidad de reparar los derechos fundamentales violados, aplicando analógicamente a este supuesto un precepto de la LPL de 1980 que se refería a un caso distinto (el despido de representantes de los trabajadores).

Las sentencias del TC n.º 14/1993, de 18-1 y 120/2006, de 24-4, explican que el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales conllevan que no pueda "anudarse al ejercicio de uno

de estos derechos, otra consecuencia que la reparación "in natura" cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho". Por su parte, la sentencia del TC 140/1999, de 20-7, establece que "la doctrina de este tribunal sobre la calificación del despido que vulnera los derechos fundamentales del trabajador como radicalmente nulo, con la consecuencia de obligada readmisión y con exclusión de la posibilidad de reemplazar ésta por el abono de una indemnización sustitutoria, se basaba en el rechazo que a este Tribunal mereció la declaración en estos supuestos de la improcedencia del despido, pues dicha declaración no cumpliría el deber de tutela que la Constitución impone al órgano judicial "ex" art. 53.1 CE ni repararía la lesión sufrida al confirmar, por el juego de la indemnización sustitutoria de la readmisión, la eficacia extintiva de la facultad empresarial".

Ello no supone que el art. 11.3 del Real Decreto 1382/1985, que no prevé la readmisión forzosa en caso de despido nulo, fuese un precepto vacío de contenido cuando se promulgó, porque cuando se aprobó este Real Decreto se consideraba nulo el despido con incumplimiento de requisitos formales, supuesto en el que si procedía la exclusión de la readmisión forzosa".

CUARTO.- En el presente litigio no se discute que la relación laboral entre las partes sea de alta dirección. El empleador comunicó al actor el desistimiento motivado en la pérdida de confianza, sin embargo, tanto para el Juzgado como para la Sala de Suplicación, ha quedado acreditado que se trató de una represalia por el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Aunque el Real Decreto 1382/1985 regula la extinción del contrato de trabajo de alta dirección por desistimiento "ad nutum" del empresario, esta extinción "ad nutum" tiene el límite del respeto de los derechos fundamentales. Los supuestos en los que el ordenamiento jurídico admite la libre extinción de la relación laboral a instancia del empresario tienen como límite el respeto de los derechos fundamentales, que gozan de la máxima protección.

A la vista de la citada doctrina constitucional, podemos concluir, con la sentencia recurrida, que transcribe la citada del TSJ de Aragón de 14/3/07 que "si el TC inaplicó una norma a la sazón en vigor (el art. 211 de la LPL de 1980) y aplicó analógicamente otra a un supuesto distinto del previsto en ella (el art. 212 de la LPL de 1980) a fin de tutelar los derechos fundamentales vulnerados, imponiendo una readmisión forzosa que entonces no estaba prevista en la ley, en la presente litis forzoso es concluir que la única manera de reparar la vulneración de derechos fundamentales es condenar a la readmisión de la trabajadora, así como al abono de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la conducta antijurídica del empleador".

Debemos, pues, declarar como doctrina unificada la mantenida en la sentencia de contraste, lo cual obliga a estimar el recurso y resolver el debate de suplicación en términos acordes con ella.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Rafael Goiría González, en nombre y representación de D. Abilio, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 15 de junio de 2011, dictada en el recurso de suplicación número 6115/2010. Casamos y anulamos dicha sentencia y resolvimos el debate de suplicación sobre los efectos de la declaración de nulidad radical del despido por vulneración de derechos fundamentales, estimamos el recurso de tal naturaleza en la pretensión actora de condenar a la readmisión forzosa, con abono de los salarios dejados de percibir. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.