



Roj: **STSJ M 11352/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:11352**

Id Cendoj: **28079340012018100966**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2018**

Nº de Recurso: **486/2018**

Nº de Resolución: **1009/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34016050

NIG: 28.079.00.4-2017/0029407

Recurso número: 486/18

Sentencia número: 1009/18

CE.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a QUINCE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECIOCHO, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 486/18, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D. ANTONIO GÓMEZ RODRÍGUEZ, en nombre y representación de D^a. Elisa contra la sentencia de fecha veintidós de enero de dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de lo Social número 29 de MADRID, en sus autos número 696/2017, seguidos a instancia de la recurrente contra SEMANA SL sobre reclamación de DESPIDO con vulneración de derechos fundamentales y CANTIDAD, siendo Magistrado- Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

1º.- D./Dña. Elisa con DNI NUM000, ha venido prestando servicios para la empresa SEMANA SL, dedicada a la actividad de edición de publicaciones no diarias, con antigüedad de 17.1.2000, categoría profesional de Directora de la revista SEMANA y Directora Editorial de Semana, S.L., percibiendo un salario de 201.853,35 €/año, mediante contrato de alta dirección por tiempo indefinido, que consta en autos a los folios 132 a 135 y se da por reproducido.

2º.- El 16.5.2017 la demandada le comunicó la extinción del contrato de alta dirección que le unía con la misma, al amparo de lo establecido en el art. 11.2 del RD 1382/1985 y en base a los hechos que constan en la carta que consta en autos a los folios 16 a 22 y se dan por reproducidos.

3º.- La actora en su condición de Directora de la revista ostentaba la representación en todas las demandas judiciales contra SEMANA (folios 608 a 629) decidía la configuración de la revista, los contenidos, noticias, personajes, la extensión y su tratamiento, las secciones, las fotografías, los titulares y la foto de portada, los derechos de publicación de fotos y reportajes, así como quien hacía las entrevistas (folios 630 a 781).

4º.- El 23.2.17 el Comité de Dirección de la demandada acordó la extinción del contrato de la actora, autorizándose a la Directora General Irene a contratar a BPM, para que comience la búsqueda de un sustituto (folio 892), cerrándose el contrato el 2 de marzo (folios 893 a 900). El 25.4.17 se publicó en prensa que la revista buscaba nuevo director (folio 902).

5º.- El 26 de abril la Directora General le comentó telefónicamente que se acordó la extinción de su contrato. El 27 de abril, estando disfrutando vacaciones, la actora solicitó la reducción de jornada por cuidado de hijo menor (folio 916). Constan en autos a los folios 917 y 918 y 1258 y 1259, correos electrónicos entre la actora y la Directora General, que se dan por reproducidos.

6º.- Consta en autos demanda de Dña Sacramento frente a la demandada en la que se solicita la testifical de todos los directivos (folio 1077).

7º.- Constan en autos los poderes de la Directora General Dña Irene y su contrato de alta dirección.

8º.- La demandada le adeuda la cantidad de 24.681 €, según el siguiente desglose:

16 días de Mayo 2017: 7.212,85€

P/P Paga de Verano de 2017: 10.706,57€

P/P Paga de Navidad de 2017: 5.071,53€

P/P Paga de Marzo de 2018: 1.690,51€

9º.- La demandante no ostenta, ni ha ostentado en el último año, cargo representativo o sindical.

10º.- El 25.5.17 interpuso papeleta de conciliación ante el AMAC, que tuvo lugar "sin avenencia" el 14.6.17.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando la nulidad del despido y declarando la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales y estimando la improcedencia del despido y parcialmente la reclamación de cantidad, condeno a la empresa SEMANA SL a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos, para que o bien acuerde con el actor la readmisión en las mismas condiciones anteriores al despido o, a falta de acuerdo, le indemnice con la cantidad de 201.853,35 €, teniendo en este caso por extinguido el contrato en fecha 16.5.2017. Asimismo se condena a la empresa al abono de la cantidad bruta de 24.681 € con más el 10% de mora que corresponda".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 23 de abril de 2018 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.



SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 31 de octubre de 2018, señalándose el día 14 de noviembre de 2018 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de suplicación la representación de Doña. Elisa contra sentencia (Sic) " *Que desestimando la nulidad del despido y declarando la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales y estimando la improcedencia del despido y parcialmente la reclamación de cantidad, condenó a la empresa SEMANA SL a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos, para que o bien acuerde con el actor la readmisión en las mismas condiciones anteriores al despido o, a falta de acuerdo, le indemnice con la cantidad de 201.853,35€, teniendo en este caso por extinguido el contrato en fecha 16.5.2017. Asimismo se condena a la empresa al abono de la cantidad bruta de 24.681 € con más el 10% de mora que corresponda*".

SEGUNDO.- Antes de proseguir conviene señalar que la empresa se ha aquietado a la declaración del despido como improcedente, dado, y según la iudex a quo, en su carta de despido sostuvo de forma inconcreta la negligencia de la actora que ha producido una bajada de las ventas y la trasgresión de la buena fe contractual, al intentar un blindaje ilícito con la solicitud del derecho a la reducción de jornada, de modo que la falta de concreción de la causa disciplinaria conlleva la declaración de improcedencia del despido.

Sin embargo, considera la sentencia recurrida, y estas son las verdaderas cuestiones controvertidas, que la naturaleza de los servicios prestados por la demandante es coincidente en la realidad con el contrato de alta dirección suscrito con la empresa, al no ser preciso exista un acto formal de apoderamiento ni ostentar poderes notariales, y sin que se haya vulnerado la garantía de indemnidad por no existir indicios " *que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato. A tal efecto ha de precisarse que, la actora presenta como indicios para la vulneración del derecho de indemnidad, la citación para el juicio de Sacramento, más a dicho juicio se citó a todos los directivos de la empresa, fue después de la decisión de despedirla y no consta que compareciera efectivamente (ordinal sexto de la resultancia fáctica). En cuanto a la aplicación del 55.5 b) ET, ha quedado acreditado asimismo (ordinales cuarto y quinto), que la actora solicitó la reducción de jornada a los dos meses de haberse tomado la decisión de extinguir su contrato y al día siguiente de salir la noticia en prensa y que se le comunicara personalmente por la Directora General. A mayor abundamiento, el derecho a reducción de jornada no existe en la regulación de alta dirección, la cláusula 2ª del contrato especifica que su jornada de trabajo vendrá libremente determinada por las funciones, no estando sujeta a los límites ni a la distribución de los horarios de la legislación laboral común; por lo que le permite compaginar su vida laboral y familiar*".

TERCERO.- El recurso se compone de un motivo "previo", ocho de revisión fáctica, y tres censuras jurídicas por infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

Respecto al motivo "previo", sin encaje en ninguno de los apartados del artículo 193 LRJS, nada tiene que decir esta Sala, puesto que en el mismo se anuncia lo que va ser el planteamiento del recurso circunscribiendo su objeto exclusivamente a la naturaleza de la relación mantenida entre las partes que, a juicio de la recurrente, es laboral ordinaria y no especial de alta dirección, con calificación del despido como nulo por aplicación del art. 55.5 b) del ET al encontrarse en situación protegida, y subsidiariamente, de no entenderse procede la calificación de nulidad del despido habrá de fijarse una indemnización superior en consonancia con la Disposición Transitoria Undécima del ET.

CUARTO.- Los ocho primeros motivos del recurso, con idónea cobertura en el apartado b) del art. 193 LRJS, interesan respectivamente:

A).- Dar nueva redacción al hecho probado primero, a fin de adicionarle in fine el siguiente texto:

"realizando sus funciones con autonomía y plena responsabilidad y solo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la Dirección General de la EMPRESA semana, S.L"

Sustenta la modificación en el contrato de alta dirección suscrito entre las partes obrante a los folios 1181 a 1184, cláusula tercera, lo que entiende resulta vital para el fallo de la sentencia, al evidenciar la existencia de un escalón intermedio entre la actora como Directora de la Revista Semana y el órgano de administración de la empresa, escalón personificado en la Directora General de la empresa, máxime cuando esta última tenía y ejercía amplios poderes de la compañía reportando directamente ante la titularidad empresarial.

B).- Dar nueva redacción al hecho probado tercero que dice:

"La actora en su condición de Directora de la revista ostentaba la representación en todas las demandas judiciales contra SEMANA (folios 608 a 629) decidía la configuración de la revista, los contenidos, noticias, personajes, la extensión y su tratamiento, las secciones, las fotografías, los titulares y la foto de portada, los derechos de publicación de fotos y reportajes, así como quien hacía las entrevistas (folios 630 a 781)".

Proponiendo sustituirlo por otro en que se afirme la actora fue demandada a título personal en cuatro procedimientos judiciales que identifica a continuación, y que " En cuanto a la configuración de la revista, los contenidos, noticias, personajes, la extensión y su tratamiento, las secciones, las fotografías, los titulares y la foto de portada, las entrevistas y los derechos de publicación de fotos y reportajes, eran tareas que se llevaban a cabo en coordinación entre la actora, la subdirectora de la revista, Doña Adelaida y la Directora General, Doña Irene, siendo esta última la que tomaba las decisiones finales ".

Sustenta la revisión, por una parte, en los folios 608 a 629, (documento nº 10 de la empresa) y 1188 a 1247 (documentos 8 a 51 ramo de prueba de la actora), y de otra en diferentes **WhatsApp** cruzados entre la actora y la Directora General (folios 1188 a 1248).

C).- Dar nueva redacción al hecho probado séptimo, que dice:

"Constan en autos los poderes de la Directora General Dña Irene y su contrato de alta dirección ".

Se pretende cambiar la redacción de ese hecho, para su redactado en la forma que ofrece, fijando los amplios poderes solidarios de Doña Irene para la representación de la sociedad en todos los ámbitos, su administración en los más amplios términos, contratar y despedir personal, establecer retribuciones, firmar contratos, seguimiento y control de los mismos, todo ello con soporte en el documento 25 del ramo de la demandada (folios 1042 a 1061), lo que, a juicio de la recurrente, deviene relevante para enmarcar la verdadera relación de alta dirección, reportando directamente a la titularidad de la empresa y con amplios poderes de gestión y administración, que se mantiene con Doña Irene pero no con la demandante que carece de poderes de cualquier tipo.

D).- Adicionar un nuevo hecho probado, para su redactado en la forma que ofrece, señalando que la actora nunca tuvo poderes de ningún tipo de la demandada, figurando como apoderados otras personas que a continuación específica, todo ello con base a un informe mercantil obrante al folio 1186.

E).- Adicionar un nuevo hecho probado, con sustento en los folios que refiere, para su redactado en la forma que ofrece, indicando el 9-2-17 la Directora General convocó a una serie de personas del Comité de Dirección en cuyo orden del día figuraba la revisión y cierre de 2016, el comienzo del 2017, cierre de enero, estimaciones de difusión y publicidad, estudio general de medios e imagen de marca, el producto, el personal y estado actual, sin que se convocara a la actora, lo que demostraría, a juicio de esta última, su falta de intervención en aspectos trascendentales para el funcionamiento de la compañía.

F).- Adicionar un nuevo hecho probado, con sustento en los folios que refiere, para su redactado en la forma que ofrece, indicando, en definitiva, eran Doña Irene o Doña Celia quienes suscribían los contratos más importantes tanto desde un punto de vista estratégico como de contenidos, exponiendo a continuación ejemplos concretos de ello.

G).- Adicionar un nuevo hecho probado, con sustento en los folios que refiere, para hacer constar era Doña Irene quien contrataba al personal en prácticas de la demandada.

H).- Adicionar un nuevo hecho probado, con sustento en los folios que refiere, con la siguiente redacción:

" Con fecha 31 de marzo de 2017, el hijo de la actora suscribió un contrato de arrendamiento de vivienda en la CALLE000 nº NUM001 y su esposo, D. Hilario, suscribió en fecha 25 de julio de 2017, un contrato de trabajo con la mercantil Plano a Plano Productora de Cine y Televisión, S.L., con jornada de 40 horas semanales, de lunes a viernes y en horario partido".

Justifica la revisión en que la reducción de jornada pedida el 27-4-17 no fue casual sino que obedeció a una situación familiar determinada por el reciente abandono del hogar del hijo mayor y la contratación de su marido.

QUINTO.- El recurso de suplicación, como segundo motivo, puede tener como objeto el revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas [art. 193.b) LJS]. A esto quiere aludirse cuando se afirma que la Ley contempla el recurso como remedio del error de hecho albergado en la resolución que se ataca.

La impugnación de los hechos declarados como probados (que pueden estar indebidamente recogidos en la parte de fundamentación jurídica) por el Juez de lo Social no puede llevarse a cabo genéricamente, en función de la discrepancia con ellos, sino que ha de tomar necesario apoyo en una de las dos modalidades probatorias referidas (documental o pericial) si se hubieren practicado en el juicio. Desde luego, el carácter

extraordinario del recurso lleva a descartar toda práctica de prueba y elaboración del relato fáctico por parte del Tribunal Superior, así como a proscribir (salvo supuestos excepcionales) la valoración conjunta de la prueba, competencia del juzgador de instancia. Lo único que existe es la posibilidad de que los afectados interesen la reconsideración del *factum* fijado en instancia, si es que pueden fundar su deseo del modo aludido.

La revisión fáctica interesada ha de ser trascendente respecto del fallo, pues en caso contrario la suplicación carecería de sentido y el principio de economía procesal llevaría, como tantas veces sucede en este tipo de recurso extraordinario, a que, una vez determinada la intrascendencia de la rectificación interesada, ni siquiera entrase el Tribunal a determinar si se estima o no. A través de este motivo, es doctrina reiterada puede combatirse tanto el error aditivo (dar como probado lo que no sucedió) cuanto el omisivo (silenciar lo verdaderamente acaecido), si bien presuponiéndose la ya advertida necesidad de que posean incidencia sobre el fallo.

Teniendo en cuenta que la reconsideración del material probatorio únicamente procede con fundamento en las dos modalidades de prueba señaladas, y en la medida en que se encuentran incorporadas a los autos, el escrito mediante el que se interponga el recurso de suplicación habrá de reseñar también (*"de manera suficiente para que sean identificados"*) sus concretos basamentos (*"los documentos y pericias en que se base"*), tal y como dispone la LRJS, sin que pueda bastar al efecto con una genérica remisión a las pruebas obrantes en autos. No es difícil percatarse de la importancia que este extremo posea, sobre todo si se tiene presente la prohibición de aportar nuevos documentos, realizar alegaciones o solicitar la práctica de pruebas complementarias.

Múltiples sentencias de suplicación exigen que el recurrente indique con exactitud cómo habrán de redactarse los hechos declarados probados (un texto alternativo) y advierten que la rectificación sólo cabe cuando el error del Juez de instancia se manifieste de manera clara, evidente y directa, sin necesidad de acudir a silogismos deductivos, conjeturas, operaciones aritméticas, suposiciones o interpretaciones.

Como viene poniendo de relieve la doctrina de esta Sección de Sala en relación con la modificación de hechos probados (así, y por todas, su sentencia de 3 de octubre de 2014, rec. 61/2014):

" (...) el recurso de suplicación se configura como de naturaleza extraordinaria, casi casacional, de objeto limitado, [base trigésimo tercera de la Ley 7/1989] en el que el tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, [SSTC 18/1993 y 294 /1993], lo que no obsta a reconocer se haya evolucionado hacia la consideración de oficio de determinados temas como son la insuficiencia de hechos probados y los defectos procesales, procedente contra las resoluciones y por las causas o motivos limitativamente tasados o seleccionados por el legislador. De donde se sigue que, a diferencia de lo que ocurre en la apelación civil, recurso este de carácter ordinario, no existe en el proceso laboral una doble instancia que permita traer la cuestión objeto de la resolución impugnada al pleno conocimiento de un órgano superior, sino que el sistema de recursos viene inspirado, según el legislador, por el principio de doble grado jurisdiccional, [base trigésimo primera de la Ley 7/1989].

Los Juzgados de lo Social vienen diseñados como órganos de acceso a la prestación jurisdiccional en primera y única instancia, no habiéndose incorporado al orden jurisdiccional laboral la figura de la apelación. Las sentencias de esos órganos unipersonales podrán ser recurribles en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia y sólo ante ellos, con lo que se cumple, y en términos rigurosos, la previsión constitucional de culminar la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. [Artículo 152.1, párrafo 3º, CE y punto III exposición de motivos Ley 7/198].

Solamente se puede pedir la revisión de los hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, conforme determina el art. 193 b) LRJS .

Es necesario, atendiendo a reiterada doctrina judicial para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes que concurran los siguientes requisitos [STSJ Madrid 17 ene.02]:

A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incontestable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, (artículo 97.2 LPL) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba práctica.

B) La revisión pretendida sólo puede basarse en las pruebas documentales o periciales sin que sea admisible su invocación genérica, y sin que las declaraciones de las partes o de testigos sea hábiles para alcanzar la revisión fáctica en el extraordinario recurso de suplicación.

C) El Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica.

D) La alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los hechos probados en suplicación ante la facultad otorgada al Magistrado de apreciar los elementos de convicción.

E) La revisión pretendida debe ser trascendente para el sentido del fallo, esto es, influir en la variación de la parte dispositiva de la sentencia, y no puede fundarse en hechos nuevos no tratados ante el Juzgado de lo Social. Excepcionalmente debe tenerse en cuenta la posibilidad de aportar documentos nuevos, después de la celebración del juicio en la instancia, en el caso del artículo 231 LPL en relación al 270 LEC.

(...) De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:

a) Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.

b) Los hechos notorios y los conformes.

c) Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.

d) Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.

e) Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos".

SEXTO.- Dicho esto, la primera revisión postulada merece ser estimada, pues aunque es verdad el hecho probado primero da por reproducido el contrato de trabajo que recoge los extremos a adicionar, lo que por otra parte se incorpora al fundamento de derecho tercero, no está de más desde el punto de vista de la claridad expositiva y técnica a guardar por la sentencia se complete el hecho probado primero añadiendo que "realizando sus funciones con autonomía y plena responsabilidad y solo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la Dirección General de la EMPRESA semana, S.L.", al así deducirse de manera patente y directa, contundente e incuestionable, del contrato de trabajo.

Y es que, en efecto, conviene desde un principio dejar claro este aspecto por su crucial importancia en orden a determinar la verdadera naturaleza de la prestación de servicios de la demandante con la empresa, dado, como bien argumenta la recurrente, existe un escalón intermedio entre ella como Directora de la Revista Semana y el órgano de administración de la empresa, escalón personificado en la Directora General de la empresa, a cuyos criterios e instrucciones debe someterse por expresa previsión del contrato suscrito.

Por otra parte, no nos convence la explicación de la empresa en impugnación a este motivo de que no existía el puesto de Directora General de la compañía a la data de suscripción del contrato de la actora el 17-1-2000, pues una cosa es que el contrato de Doña Irene lleve fecha de noviembre de 2014, y otra que no existiera ya en la empresa esta figura de Directora General.

Es más, bien se pudo pedir por la empresa en impugnación la rectificación de hechos probados a través del art. 197.1 LRJS, y no lo ha hecho, sin que conste en el relato histórico de la sentencia recurrida que no existiera el puesto de Directora General de la compañía a la data de suscripción del contrato de la actora el 17-1-2000.

En suma, que la actora decidiera, según el hecho probado tercero, la configuración de la revista, los contenidos, noticias, personajes, la extensión y su tratamiento, las secciones, las fotografías, los titulares y la foto de portada, los derechos de publicación de fotos y reportajes, así como quien hacía las entrevistas, no autoriza a soslayar que quedaba limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la Dirección General de la empresa, tal como se sigue del hecho probado primero modificado en suplicación.

SEPTIMO.- En lo que respecta a la segunda revisión solicitada debemos rechazarla, y así, en su primera parte, la relativa a que la actora fue demandada a título personal en cuatro procedimientos judiciales que identifica a continuación, ni es relevante, ni se deduce de modo fehaciente de los documentos que lo sustentan, y en su segunda parte, cuando se afirma "En cuanto a la configuración de la revista, los contenidos, noticias, personajes, la extensión y su tratamiento, las secciones, las fotografías, los titulares y la foto de portada, las entrevistas y los derechos de publicación de fotos y reportajes, eran tareas que se llevaban a cabo en coordinación entre la



actora, la subdirectora de la revista, Doña Adelaida y la Directora General, Doña Irene, siendo esta última la que tomaba las decisiones finales", resulta que tienen por base distintos **whatsapp**, con frases fragmentadas, inconexas y descontextualizadas, aparte de que carecen de **valor probatorio**, pues hasta que **whatsapp** no modifique la seguridad en el almacenamiento de los mensajes no se podrá estar absolutamente seguro y tener la total certeza de que los mensajes no han sido manipulados (STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2017, nº 817/2017, rec. 587/2017).

OCTAVO.- En lo tocante a la tercera revisión solicitada el motivo también se desestima, por redundante y superfluo, ya que al afirmarse como probado constan en autos los poderes de la Directora General Doña Irene y su contrato de alta dirección ello es tanto como da por reproducidos los mismos.

Declina también el cuarto motivo de revisión, por cuanto si bien no aparecen apoderamientos a favor de la actora existen poderes conferidos ex lege para representar y obligar a la empresa editora.

Se desestima el quinto motivo por inocuo, ya que el hecho de que el 9-2-17 la Directora General convocara a una serie de personas del Comité de Dirección en cuyo orden del día figuraba la revisión y cierre de 2016, el comienzo del 2017, cierre de enero, estimaciones de difusión y publicidad, estudio general de medios e imagen de marca, el producto, el personal y estado actual, sin que se convocara a la actora, no demuestra por si misma que esa falta de convocatoria a una reunión y en un concreto día suponga que falta la intervención en aspectos relevantes en el funcionamiento de la compañía, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en el plano jurídico.

Son intrascendentes las revisiones que conforman los motivos sexto y séptimo, por lo que se desestiman.

NOVENO.- Por último, la octava revisión, no introduce ningún indicio o sospecha consistente, sólida o vehemente para apreciar, como luego se verá, vulneración de la garantía de indemnidad, la cual no constituye un seguro ilimitado a favor de los trabajadores ante cualquier circunstancia o situación de reclamación previa al ejercicio de acciones judiciales, siendo lo relevante que la actora solicitó la reducción de jornada a los dos meses de haberse tomado la decisión de extinguir su contrato y al día siguiente de salir la noticia en prensa y que se le comunicara personalmente por la Directora General, no cabiendo ninguna duda a esta Sala que su conducta iba directamente encaminada, de manera oblicua y torticera, a pre-constituir la nulidad del despido, existiendo una desconexión causal y cronológica entre lo afirmado en el motivo de revisión y la realidad acontecida. En su consecuencia, declina el motivo.

DÉCIMO.- El noveno motivo, ya en sede del Derecho aplicado, denuncia infracción del artículo 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, 1.1 ET y jurisprudencia asociada, sosteniendo, en síntesis y contrariamente a lo argumentado por la resolución recurrida, su relación laboral es ordinaria y no especial de alta dirección, al no ser de recibo lo que califica de " *mecánico automatismo*" en la aplicación de la STS de 30-1-1990 y las que cita a continuación, pues si no aparecen las notas definidoras del alto cargo la naturaleza de la relación ha de ser conceptuada de común u ordinaria, y en el caso enjuiciado la actora no tenía poderes y, lo que es más determinante, tenía limitadas sus funciones por las superiores instrucciones y criterios de la Dirección General (cláusula tercera de su contrato).

UNDÉCIMO.- Conforme dispone el art. 1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral de carácter Especial del personal de Alta Dirección: (las negritas son nuestras)

"1. El presente Real Decreto, de acuerdo con el art. 2,1 a) Ley 8/1980 de 10 marzo, ET, y al amparo de la disp. adic. 1ª Ley 32/1984 de 2 agosto, regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

2. Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

3. Se excluye del ámbito de este Real Decreto la actividad delimitada en el art. 1, 3 c) ET.

4. El presente real decreto se aplicará a los máximos responsables y personal directivo a que se refiere el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil, en aquello que no se oponga al mismo ni al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral".

Así pues queda excluida del régimen jurídico específico para la relación laboral especial de alta dirección y, en su caso, también, del ámbito de aplicación del ET:

A).- La actividad de los consejeros o miembros de órganos de administración, en cuanto se dediquen totalmente al ejercicio o desempeño de tales cargos en empresas que adopten la forma jurídica de sociedad;

B).- La actividad del **personal directivo de régimen común**, denominación reservada comúnmente a trabajadores, altamente cualificados, con mando en la empresa y facultades decisorias en el ámbito de actividad que se les encomienda, pero que no ostentan poderes inherentes a la titularidad de la empresa y que afecten a los objetivos generales de la misma.

DUODÉCIMO.- El alto cargo es la excepción a la regla general del trabajador común y por ello su calificación como tal ha de ser interpretada restrictivamente existiendo una presunción iuris tantum a favor del trabajador común u ordinario, aunque tenga el carácter de ejecutivo cualificado (SSTS de 15-10-86, 24-11-89 y 13-3-90).

Como de manera clara y categórica se afirma por la STS de 12-9-1990 (las negritas son nuestras):

*" Es exigencia para atribuir a una relación laboral el carácter especial que es propio de las de alta dirección, exigencia que explícitamente figura en el mencionado art. 1.2, que la prestación de servicios haya de ejercitarse asumiendo, con autonomía y plena responsabilidad, poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativa a los objetivos generales de la misma. Ello supone que las facultades otorgadas, además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o refenda a zonas o centros de trabajo nucleares para su dicha actividad. El alto cargo, en el desarrollo de sus funciones y ejercicio de sus facultades, ha de gozar, además, de autonomía, asumiendo la responsabilidad correspondiente; autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa, **por lo que, normalmente, habrá de entenderse excluido del ámbito de aplicación del referido Real Decreto y sometido a la legislación laboral común, aquellos que reciban tales instrucciones de órganos directivos, delegados de quien ostente la titularidad de la empresa, pues los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, ya que la calificación de alto cargo requiere la concurrencia de las circunstancias expuestas, en tanto que definitorias de tal condición, a tenor del repetidamente citado art. 2.1 "***

DÉCIMO-TERCERO.- Las características de esta relación especial han sido reiteradamente interpretadas y matizadas por los tribunales (SSTS de 10-10-85, 12-9-86, 27-10-86, 22-2-88, 3-3-90, que han venido resolviendo que:

- el alto directivo sólo tiene como superior al órgano societario o a la persona que ocupe el puesto del titular de la empresa, empleador en sentido funcional;
- la alta dirección recibe los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, **se trata de una delegación de primer grado;**
- esta legitimación formal se complementa con el desempeño efectivo de tales poderes;
- su ámbito de actuación se extiende a toda la empresa, entendida como una unidad total, sin perjuicio de su especialización funcional;
- teniendo en cuenta las notas de autonomía y plena responsabilidad de la definición legal, la supeditación a criterios e instrucciones, **sólo se acepta si éstas emanan del empleador propiamente dicho;**
- carece de relevancia la denominación del cargo o puesto dada por las partes pues lo realmente trascendente es el conjunto de facultades y poderes que se desarrollen en la práctica;
- participa en la toma de decisiones sobre la gestión fundamental de la actividad empresarial.

En resumen, puede decirse que en este trabajo concurren dos elementos conceptuales: uno objetivo, relativo al alcance y extensión de los poderes conferidos y otro jerárquico que consiste en la directa sujeción en el ejercicio de las facultades de dirección a los órganos de gobierno societario (STS 10-1-06, rec. 4898/2004).

DÉCIMO-CUARTO.- Determinar la existencia o no de una relación laboral especial de alta dirección es fundamentalmente casuística, por lo que resulta muy difícil su acceso al recurso extraordinario para unificación de doctrina (STS 25-11-92). Hay que comprobar, en cada caso, si concurren los elementos subjetivos y objetivos para ello.

Los mandos intermedios ejercen funciones directivas ordinarias, sometidas al régimen laboral común, pues reciben instrucciones de órganos directivos delegados del titular de la empresa (STS 12-9-90). Así sucede con: el gerente provincial de una empresa pública (STS 16-3-15 , rec. 819/2014); el director administrativo de una sociedad (STS 2-1-91); el director financiero de un grupo de empresas (STS 4-6-99); el director de un complejo hotelero de una cadena internacional, puesto que, por amplios que sean, sus poderes o facultades se limitan al área funcional y territorial de que es responsable (STS 22-4-97, rec. 3321/1996).

DÉCIMO-QUINTO.- Pues bien, en armonía y coherencia con las consideraciones que anteceden, el noveno motivo del recurso se estima.

No desconoce esta Sala la STS de 30-1-1990 en relación con el Director de una revista y según la que:

"(...) a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1382/85 carecen de virtualidad el artículo 40,2 de la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966 y el primer párrafo del artículo 34 del Estatuto de la Profesión Periodística aprobado por Decreto de 13 de abril de 1967 en cuanto califican la relación existente entre el Director de una publicación periódica y la empresa editora como contrato civil de prestación de servicios al oponerse frontalmente a normas imperativas posteriores. Y por lo tanto hay que entender que se está ante un conflicto promovido dentro de la rama social del Derecho, correspondiendo conocer del mismo a este orden jurisdiccional social por imperativo de lo prevenido en el artículo 9,5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 1º,1 de la Ley de Procedimiento Laboral. Por todo lo cual debe desestimarse el motivo primero del recurso formulado por la empresa en el que denuncia la infracción de los preceptos antes examinados (...)". Añadiendo luego, analizando el art. 1.2 del Real Decreto 1382/85, *"el objeto social de la empresa recurrente (folio 34) es "la impresión, publicación y difusión de revistas y publicaciones periódicas" y por lo tanto, la revista "Dinero" que publicaba era su objetivo general, publicación que posee por si misma la suficiente entidad y autonomía para que su director merezca el calificativo de alto cargo al estar impregnado de una especial confianza y dotado de amplísimas facultades en este campo como se desprende de lo dispuesto en los artículos 34, 37 y 39 de la aludida Ley de Prensa y de los artículos 27 al 32 del Estatuto de la Profesión Periodística y del contrato concertado; siendo obvio que el resultado de su gestión es decisivo para el éxito o fracaso de la empresa"*.

Como tampoco se nos oculta que, según el hecho probado tercero, *"La actora en su condición de Directora de la revista ostentaba la representación en todas las demandas judiciales contra SEMANA (folios 608 a 629) decidía la configuración de la revista, los contenidos, noticias, personajes, la extensión y su tratamiento, las secciones, las fotografías, los titulares y la foto de portada, los derechos de publicación de fotos y reportajes, así como quien hacía las entrevistas (folios 630 a 781)"*.

DÉCIMO-SEXTO.- Ahora bien, existe en el caso debatido un hecho probado diferencial que, a nuestro modo de ver, no ha sido debidamente ponderado y analizado por la sentencia recurrida, la cual ha aplicado de manera inercial o mecánica determinada doctrina judicial que cita con relación a los directores de periódicos y revistas para alcanzar la conclusión apriorística de que son siempre altos cargos: nos estamos refiriendo al dato, verdaderamente singular que otorga peculiaridad al caso enjuiciado, de que, según la cláusula tercera del contrato suscrito por las partes, la recurrente, en el ejercicio de sus funciones, *venía limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la Dirección General de la empresa demandada*. Ello pone de manifiesto, como ya se adelantó ut supra, la existencia de un escalón intermedio entre la actora como Directora de la Revista Semana y el órgano de administración de la empresa, escalón personificado en la Directora General de la empresa, máxime cuando esta última tenía y ejercía amplios poderes de la compañía reportando directamente ante la titularidad empresarial.

En definitiva, falta en el caso de autos la debida acreditación de los elementos subjetivo y objetivo de la relación laboral especial de alta dirección: El alcance y extensión de los poderes conferidos y la directa sujeción en el ejercicio de las facultades de dirección a los órganos de gobierno societario, a la titularidad empresarial.

La demandante es personal directivo, pero común, de ahí que como clarificadoramente expone la STS de 12-9-1990 debe entenderse excluido del ámbito de aplicación del referido Real Decreto 1382/1985 y sometido a la legislación laboral común, quien, como ella, recibe instrucciones de órganos directivos delegados de quien ostente la titularidad de la empresa, pues los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, ya que la calificación de alto cargo requiere la concurrencia de las circunstancias expuestas, en tanto que definitorias de tal condición, a tenor del repetidamente citado art. 2.1.

En suma, que como bien aduce el letrado de la recurrente, si no aparecen las notas definidoras del alto cargo la naturaleza de la relación ha de ser conceptuada de común u ordinaria. Y esto es lo que sucede en el caso analizado, por cuanto la demandante no recibe instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad demandada, sino de un órgano intermedio, la Directora General. Cuestión diferente es que en esta última, por los muy amplios poderes que le fueron conferidos y cláusulas de su contrato, sí que pudiera ser, en su caso, una alta directiva.

DÉCIMO-SEPTIMO.- Este es el punto de vista de la Sala que es coherente ante supuestos similares al presente.

Citaremos a tal efecto la sentencia nº 735/2000, de 28 de noviembre de 2000, Rec. 4549/2000, de la Sección Segunda, oportunamente citada por la recurrente, que se pronuncia en los siguientes términos:

"Del tenor literal del artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 Ago ., se extraen las notas definitorias de la relación laboral de carácter especial, así, "Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativas a objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupa aquella titularidad", notas definitorias que hay que poner en relación con las notas características de la relación laboral del actor. Así el actor: 1. Era el Director de una publicación semanal, denominada "NUEVO PLUS". 2. No tenía poderes otorgados por la empresa, los poderes los ostentaban el Director Financiero, el Director General y el Director General Adjunto. 3. Se sometía a la línea editorial fijada por la empresa. 4. Precisaba autorización del Subdirector General para comprar las fotos para la revista, teniendo el citado Subdirector General, las facultades decisorias a este respecto. 5. No tenía facultades para contratar o despedir a los trabajadores adscritos a su revista. 6. No tenía facultades para contratar la publicidad. Es decir, el actor no ejercita los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y no tenía autonomía y plena responsabilidad, al estar limitadas sus funciones como Director de la citada publicación semanal, no pudiendo comprar las fotos, ni contratar la publicidad a incluir en la revista, por todo lo cual, la Sala a de concluir con el Juzgador de instancia, que no se dan las notas características de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, debiendo encuadrarse la relación laboral existente entre las partes en el artículo 1.1 del RDL. 1/1995, de 24 Mar ., con los efectos extintivos reflejados en la sentencia de instancia, y sin que desvirtúe la anterior conclusión la jurisprudencia expresamente citada por la recurrente en apoyo de su pretensión, al venir referida supuestos de hecho diferentes al que es objeto de debate en el presente recurso, a saber, a directores de periódicos, con contrato de carácter civil, una vez considerada la prevalencia de la normativa específica, Ley de Prensa de 1966 y el Estatuto de la Profesión Periodística del Decreto 744/1967, de 13 Abr., pues la naturaleza de su relación era distinta de la laboral, al faltar la nota de dependencia y, además, con sentido positivo integrador de esa categoría profesional, la libertad con que prestan su cometido al objeto de determinar la orientación y contenido de la publicación, conforme al antiguo artículo 39 de la Ley de Prensa . Por todo ello, procede la desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de la parte demandada y confirmar la sentencia de instancia en todos sus términos".

DÉCIMO-OCTAVO.- También en sentido parejo se pronuncia la sentencia nº 357/2009, de la Sección Sexta de esta Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 18 de mayo de 2009, rec. 1664/2009, según la que:

"(...) Para dar respuesta a lo alegado en el motivo, hemos de partir indefectiblemente de las premisas históricas del *factum*, conforme a las cuales la relación laboral que medió entre las partes se desempeñó por el actor en calidad de director de la revista de la que la empresa es titular, sin sujeción a horario fijo, impartiendo órdenes a un equipo de redacción con un redactor jefe, varios redactores, el fotógrafo y algún becario bajo subórdenes, disponiendo de mesa, ordenador y correo electrónico, y disfrutando de vacaciones. Acudía a la empresa con mayor o menor frecuencia según las necesidades de la revista y en ocasiones probaba vehículos (ordinal tercero), todo ello desde el 27-8-2002 y a cambio del salario antes referido.

Es evidente que conforme a lo así relatado y a lo que con valor puramente fáctico se indica en el razonamiento jurídico tercero de la resolución recurrida (el actor no dependía directamente de los órganos de gobierno y administración de la sociedad, sino del director de publicaciones y éste a su vez del editor de la revista, sin ostentar aquél poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa con autonomía y responsabilidad) no cabe predicar una relación laboral especial de alta dirección, apreciación que la Sala comparte con la efectuada por la Magistrada de instancia. No afecta al carácter común del vínculo la especial responsabilidad que un director de revista ejerce sobre el personal al servicio de la misma, como, por ejemplo y sobre todo, son los redactores, ni la confianza que la empresa editorial deposita en dicho cargo, desde el punto de vista técnico o de ejecución de los principios, características o línea editorial que tal cargo ha de aplicar, pues si no aparecen las notas definitorias del alto cargo, descritas por la legislación especial y que sanciona el art. 2.2. del R.D. 2382/1985 ("Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad") la naturaleza jurídica de la relación ha de ser conceptuada como de común u ordinaria y en consecuencia sometida a la normativa propia del Estatuto de los Trabajadores en lo que -respecto de lo que en el presente proceso se debate- afecta a la aplicación del art. 56.1 del ET (indemnización derivada de despido declarado improcedente).

No hay infracción tampoco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la empresa recurrente concreta en la doctrina de la sentencia de 30-1-1990 , cuyas bases fácticas no son equiparables a la situación del actor en relación con demandada para la que prestó servicios. Esta sentencia indica que "... en rigor, el texto (se refiere al de la norma citada) no exige que únicamente merezca tal calificación el "alter ego" de la empresa, el titular del puesto-vértice de su estructura piramidal, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asuman altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial, ya

que la primera expresión hace referencia a la intensidad del poder, no a su extensión en lo territorial o funcional, de suerte que en sectores concretos de la empresa puede desplegarse la actividad de alto directivo ya que en definitiva la esencia de éste consiste en participar e intervenir en la dirección y gobierno de la empresa. Y por lo que afecta a la segunda expresión -poderes relativos a los intereses generales de la empresa- se está haciendo referencia al ejercicio de un poder superior que puede determinar el sentido de la marcha de la empresa de la misma forma que lo haría su titular, sin sometimiento a otros órganos intermedios, pero, dada la complejidad estructural actual de muchas organizaciones empresariales, las decisiones pueden ser tomadas en áreas concretas o en sectores claves de su actividad, en las que, sin embargo, se encuentran implicados los objetivos generales de la empresa que engloban a todas esas áreas o sectores".

Estas consideraciones de la jurisprudencia casacional pueden ser predicables de forma general en relación con aquellos trabajadores que ejerciendo la dirección de publicaciones escritas, desempeñen de forma efectiva las facultades expuestas en el sentido señalado por la sentencia referida, no así respecto de quien, como el demandante, dependía del director de publicaciones y éste a su vez del editor de la revista, con lo que en tal esquema organizativo empresarial el actor se encontraba al fin en un tercer nivel al haber por medio dos cargos jerárquicamente superiores, aunque, se insiste, el director de revista esté dotado-igualmente que otras actividades dentro de la empresa de especial responsabilidad-de una dosis importante de confianza de la empresa, lo que no obsta a que estas connotaciones del puesto de trabajo en cuestión impliquen el real y efectivo ejercicio de la amplitud de poderes propios del alto cargo".

DÉCIMO-NOVENO.- El décimo motivo del recurso denuncia infracción del art. 55.5 b) ET por entender que, al haber solicitado permiso para el cuidado de un menor, su despido debió calificarse de nulo y no de improcedente.

La sentencia de instancia razona sobre este punto así:

"Sostiene la actora que el despido es contrario a sus derechos fundamentales de garantía de indemnidad (art. 24 CE) debiendo declararse nulo, asimismo, por aplicación del art. 55.5 del ET)

El Tribunal Constitucional ha mantenido de forma reiterada que "cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del "onus probandi" no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales, no se le impone por tanto la prueba diabólica de un hecho negativo -la no vulneración- sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales "(Sentencias del Tribunal Constitucional 293/93 de 18 de Octubre , 85/95 de 6 de Junio , 82/97 de 22 de abril y 202/97 de 25 de Noviembre)". Por este motivo es exigible un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama general de vulneración de derechos fundamentales o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de la misma

La anterior doctrina conduce a examinar, en primer lugar, si la trabajadora ha acreditado suficientemente la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato. A tal efecto ha de precisarse que, la actora presenta como indicios para la vulneración del derecho de indemnidad, la citación para el juicio de Sacramento , más a dicho juicio se citó a todos los directivos de la empresa, fue después de la decisión de despedirla y no consta que compareciera efectivamente (ordinal sexto de la resultancia fáctica).

En cuanto a la aplicación del 55.5 b) ET, ha quedado acreditado asimismo (ordinales cuarto y quinto), que la actora solicitó la reducción de jornada a los dos meses de haberse tomado la decisión de extinguir su contrato y al día siguiente de salir la noticia en prensa y que se le comunicara personalmente por la Directora General.

A mayor abundamiento, el derecho a reducción de jornada no existe en la regulación de alta dirección, la cláusula 2ª del contrato especifica que su jornada de trabajo vendrá libremente determinada por las funciones, no estando sujeta a los límites ni a la distribución de los horarios de la legislación laboral común; por lo que le permite compaginar su vida laboral y familiar".

VIGÉSIMO.- La Sala coincide en lo esencial con el planteamiento de la sentencia de instancia en este punto, debiéndose por ello desestimar el motivo.

No es infrecuente que algunas empresas actúen, ante el ejercicio legítimo de los derechos de sus trabajadores, en vía judicial o extrajudicial, siguiendo una pauta reactiva de extinción del contrato de trabajo. Para impedir que se produzcan estas conductas está la garantía de indemnidad que en una primera aproximación podemos

definir como aquella protección conferida al trabajador por el ejercicio de sus derechos ante la consecuente represalia de la compañía. Esta figura, originariamente no contemplada en la ley (al menos no contemplada de manera específica bajo esta denominación), ha sido construida por los tribunales y la doctrina en los últimos años. De ello se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (tutela judicial), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo.

Desde siempre ha estado previsto en el Derecho Laboral español un derecho subjetivo de todo empleado en el sentido de poder ejercitar cuantas acciones se deriven de su relación laboral, derecho que hoy día se previene en el artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores (ET), que confiere a éstos el derecho " *al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo*".

El origen constitucional de la garantía de indemnidad se encuentra -por lo que al Derecho español se refiere- en el artículo 24.1 de nuestra Carta Magna, que consagra, como uno de los derechos fundamentales de toda persona, el derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, " *sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*". Inmediatamente se pensó que si el ejercicio por parte de cualquier persona de una acción en defensa de un derecho podía dar lugar a represalia por parte del obligado a respetar ese derecho, entonces el titular del mismo (esto es, el que había ejercitado la acción) habría sufrido una importante indefensión cuya producción había que evitar.

Esta norma de nuestra Ley Fundamental fue la que dio lugar a que el Tribunal Constitucional reconociera, tempranamente, la garantía de indemnidad asentándola en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sin indefensión. Puede citarse al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional número 11, de 8 de abril de 1981, (en sí misma un verdadero tratado del Derecho del Trabajo con el mérito añadido que su ponente era Catedrático de Derecho Civil) como una de las primeras dictadas en este sentido. En un pasaje del extenso fundamento jurídico 22 de esta sentencia se dice: << *resulta evidente que una tutela efectiva del derecho de huelga [art. 28.2 CE y art. 4.1 g) del Estatuto de los trabajadores] resulta incompatible con la tolerancia de una actuación empresarial dirigida a sancionar directa o indirectamente su legítimo ejercicio, pues el ejercicio de un derecho constitucional no puede ser nunca objeto de sanción*>>.

Posteriormente han recaído otras muchas sentencias del propio Tribunal Constitucional consagrando la garantía de indemnidad (y otorgándole, además, ya esa denominación). Pero la importancia de esta sentencia del Tribunal Constitucional, como hace observar con finura autorizada doctrina (San Martín Rodríguez), reside en que recayó incluso antes de dictarse una norma de carácter internacional de carácter supralegal sobre nuestro Derecho interno (art. 96 CE) en la que también se reconoce esta garantía, aun sin darle esta denominación. Se trata del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982, ratificado por España (BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985), cuyo artículo 5.c) señala que nunca puede justificarse que la empresa disponga la terminación de una relación laboral (entre otras causas) por el hecho de << *presentar [el trabajador] una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes*>>.

Y es que el Convenio Núm. 158, no solamente se refiere aquellas cuestiones que no constituyen causa justificada para terminar la relación de trabajo, sino también, y lo que es tan importante como lo anterior, el Convenio consagra en el art. 4 la recomendación a los Estados miembros del Principio de imposibilidad del fin de la relación de trabajo a instancias del empresario, sin causa que la sustente.

En igual sentido, el Convenio en su art. 6 se refiere también a recomendación de la imposibilidad para constituir una causa justificada de terminación de la relación del trabajo a instancia del empresario la " *ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión*".

Y como colofón, el Convenio recomienda a los Estados miembros que no debe darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o con su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

A partir de estos antecedentes que podemos calificar como " *de origen constitucional*", ya el Tribunal Supremo -cúspide de la jurisdicción ordinaria- ha asumido también en muchas de sus resoluciones la aplicación de la garantía de indemnidad, y posteriormente la han consagrado las leyes procesales laborales (primero la Ley de Procedimiento Laboral y actualmente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) en el sentido de dulcificar el soporte de la carga que al trabajador le incumbe con el fin de acreditar que una medida adversa de su empresario haya obedecido a vulneración de la garantía de indemnidad.

La garantía de indemnidad se puede generar por las reclamaciones presentadas ante la propia empresa u órganos internos de la misma, así como por el ejercicio de acciones por las que se promueva un proceso judicial o de preparación del mismo; incluso, no son pocos los casos en que la denuncia de un trabajador ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social ha comportado una acción por parte de la empresa que ha repercutido de forma negativa en el empleado. Todo ello resulta con independencia del órgano administrativo o jurisdiccional al que se acuda, de si se ejerce individual o colectivamente, o bien de que la reclamación del trabajador haya prosperado siempre y cuando ésta tuviera una cierta fundamentación legal.

En el caso de apreciarse en la sentencia que la medida empresarial ha constituido una vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador, procede declarar la nulidad de la medida de que se trate, por ser discriminatoria. Así resulta de numerosa jurisprudencia, incluso constitucional. Puede citarse al respecto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 5 de 20 de enero de 2003, en cuyo fundamento jurídico 7, con invocación de otras muchas, puede leerse: << una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (SSTC 7/1993, de 18 de enero ; y las ya citadas 54/1995 ; 101/2000 y 196/2000), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo: art. 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores >>.

Ello sin perjuicio de poder pedir el trabajador la correspondiente indemnización, que el juez concederá si la estima procedente, tal como se desprende del artículo 183.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: << Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados>>.

Con todo, es preciso reconocer, si queremos ser ecuanímes y objetivos, la garantía de indemnidad, como apunta recocida doctrina científica (San Martín Rodríguez) no puede ser un seguro ilimitado para la prosperidad de cualquier demanda del trabajador. En primer lugar, hay que tener en cuenta que para que entre en juego el desplazamiento de la carga probatoria, se requiere un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha de una discriminación, y la carga acerca de este principio de prueba (o indicios racionales bastantes acerca de la represalia) gravita sobre el trabajador; y además, el juez debe observar ciertas cautelas a la hora de convencerse acerca de si la medida empresarial de que se trate se debe o no a una represalia por el ejercicio anterior de un derecho por parte del trabajador. En el análisis de cualquier supuesto susceptible de ser encuadrado dentro de la protección de la garantía de indemnidad, es imprescindible en todo caso precisar el ámbito temporal entre la reclamación y la presunta represalia. En este sentido, la jurisprudencia no ha definido hasta el momento una línea clara en cuanto al tiempo que debe transcurrir para que la conducta empresarial no sea considerada como represalia, si bien de un análisis de las sentencias más relevantes recaídas en los últimos años en que se contempla la conexión temporal de esta figura, se puede inferir que con carácter general se empieza a dudar de la garantía que asiste al trabajador pasado un año y medio, o más, de la reclamación o acción ejercitada, aunque la experiencia nos dice que debe estudiarse caso por caso.

Además, resulta de suma importancia que exista una clara y meridiana conexión entre la reclamación o acción presentada, y la conducta empresarial que incide en el ámbito del derecho fundamental. Y asimismo, últimamente los tribunales han considerado indispensable la suficiencia de los indicios aportados por el trabajador, que deben ser de entidad tal que puedan suscitar la sospecha de que se ha vulnerado un derecho fundamental.

Con ello, a raíz de esta figura se han ido desarrollando varios conceptos, tales como el que la doctrina constitucional ha acuñado con el término "reclamación-blindaje", entendiéndose por tal el abuso de la garantía de indemnidad por parte de los trabajadores ante el criterio laxo de la jurisprudencia de admitir el encaje de todo tipo de situaciones alrededor del marco protector de la tutela judicial efectiva.

El caso más paradigmático del uso indebido de dicha institución es el de aquellos empleados que, conocedores de la delicada situación en la que se encuentran en la empresa, deciden presentar cualquier tipo de reclamación, aun carente de toda razón, con la finalidad de hacerse tributarios de esta garantía en el caso de verse efectivamente afectados por una previsible decisión de la compañía que resulte perjudicial de sus intereses.

Así las cosas, demostrándose la utilización fraudulenta de esta garantía, las pretensiones del trabajador deben quedar del todo desestimadas sin poder considerarse, por lo tanto, la improcedencia de la decisión empresarial. Por ello, son numerosos los autores y magistrados que consideran que la mera presentación de

una reclamación o acción sin fundamento por parte del empleado no debe bloquear el normal ejercicio de los poderes disciplinarios y de organización de la empresa, pues a ésta le bastará probar que su decisión, aunque pueda ser discutible desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, está basada en motivos reales y consistentes, que no tienen nada que ver con la intención de represaliar al trabajador por la solicitud planteada o el litigio previamente entablado contra la empresa.

VIGÉSIMO-PRIMERO.- Conforme dispone el artículo 55. 5. B) ET se califica de despido nulo el de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley.

VIGÉSIMO-SEGUNDO.- En el caso presente, cuando se solicita la reducción de jornada por cuidado de hijo, y si bien la relación laboral todavía estaba viva, resulta que se hace a los dos meses de haberse tomado la decisión de extinguir su contrato y al día siguiente de salir la noticia en prensa y que se le comunicara personalmente por la Directora General. Es decir, la actora actúa fraudulentamente, de manera oblicua y torticera, en contra de la buena fe, para blindarse, una vez conoce va a ser cesada, y sin justificar debidamente la reducción en las razones familiares por ella expuestas (véase fundamento noveno de esta resolución), máxime, cuando en su caso, gozaba de una cierta flexibilidad en la distribución de los horarios, puesto que según la cláusula segunda de su contrato *"la jornada de trabajo vendrá libremente determinada por las funciones que se deriven del objeto de este contrato, por lo que la distribución de su jornada será irregular a lo largo del año, y no estando sujeta a los límites ni a la distribución de los horarios de la legislación laboral común"*.

VIGÉSIMO-TERCERO.- El último motivo del recurso, con carácter subsidiario, denuncia infracción de la disposición transitoria undécima, dado, y en su opinión, no procede indemnizarle en una anualidad de su salario, 201.853,35 euros, conforme a lo pactado en la cláusula octava del contrato de alta dirección suscrito, sino en 398.036,14 euros, por ser en realidad su relación laboral ordinaria, atendiendo a los dos tramos marcados por disposición.

El motivo merece alcanzar éxito.

Si los contratos son lo que son, y no lo que las partes dicen que son, hemos de atender en consonancia con todo lo razonado a que su relación laboral es ordinaria y no especial de alta dirección, pese al nomen iuris del contrato suscrito, de ahí que debamos partir de una antigüedad de 17-1-2000, un salario anual de 201.853,35 euros al año y como fecha de extinción la de 16-5-2017, por lo que, siguiendo la aplicación informática puesta a disposición de los operadores jurídicos por el CGPJ, de acceso público, resulta una indemnización de atendiendo al siguiente desglose:

Fecha de inicio: 17/01/2000

Fecha de finalización: 16/05/2017

Número de días: 6330

Número de meses: 208

Salario bruto: Anual

Importe: 201853,35

Sueldo diario: 553,02

Meses plazo 1: 145

Meses plazo 2: 64

1. DESPIDO IMPROCEDENTE :

- **Primer plazo. Hasta el 11-2-2012-- Sueldo diario x meses x 3,75: 300706,19**

- **Segundo plazo. Desde el 12-2-2012 -- Sueldo diario x meses x 2,75: 97332,03**

- **TOTAL: 398038,22**

Como se ve, ligeramente superior la indemnización resultante de 398.038,22 euros a la peticionada de 398.036,14 euros, debiendo estar la Sala a la de 398.038,22 euros por ser la legalmente establecida y sin que ello suponga incurrir en incoherencia o incongruencia de ninguna clase al derivar de la aplicación de una norma legal, pues la pretensión de la actora se configura no sólo con lo expresamente pedido en el suplico de la

demanda sino también con lo establecido en la norma de derecho necesario que regula la materia; y la petición de una indemnización ligeramente inferior en dos euros se debe atribuir a un error aritmético de la demandante, que la Sala de suplicación debe corregir integrando la pretensión con el mínimo de derecho necesario que establece la norma.

VIGÉSIMO-CUARTO.- Es en meritos de lo razonado que se impone estimar en parte el recurso a los únicos efectos de cuantificar la indemnización del despido improcedente en 398.038,22 euros por ser la relación de la demandante laboral ordinaria, confirmando el resto de pronunciamientos del fallo de la resolución judicial de instancia, si bien, y por aplicación del art. 111.1 LRJS, toda vez la sentencia que resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora ha elevado la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad gestora.

Sin costas (artículo 235 LRJS).

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por Doña Elisa contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de los de Madrid nº 15/2018, de fecha 22 de enero de 2018, en sus autos nº696/2017, en virtud de demanda deducida por la recurrente contra SEMANA SL, y con revocación parcial de la resolución judicial de instancia cuantificamos la indemnización del despido improcedente **en TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TREINTA Y OCHO EUROS CON VEINTIDOS CENTIMOS (398.038,22 euros)**, condenando a la demandada a estar y pasar por ello, por ser la relación de la demandante laboral ordinaria y no especial de alta dirección, confirmando el resto de pronunciamientos del fallo de la resolución judicial de instancia, si bien, y toda vez la sentencia que resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora ha elevado la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad gestora.

Sin costas

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el



ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número 2826000000048618.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ