

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 12 de septiembre de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 1158/2013

SUMARIO:

Relaciones laborales especiales. Alta dirección. Lo importante no es la denominación formal, sino la verdadera naturaleza del vínculo que se desprenda del contenido real de las recíprocas prestaciones entre las partes. De esta forma, han de ejercitarse poderes inherentes a titularidad jurídica de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento. El requisito de que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de ella, y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a esta frente a terceros, así como que esos poderes han de afectar a los objetivos generales de la compañía, no pudiendo ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad. Resulta relevante, por tanto, la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial, con plena autonomía y subordinación, únicamente, al órgano rector de la sociedad. En el caso analizado, el trabajador prestaba servicios para una empresa de íntegro capital municipal (sociedad mercantil local) dedicada a la gestión directa de los servicios públicos de un Ayuntamiento, desempeñando el puesto de coordinador a las órdenes directas del concejal de infraestructuras. Esta circunstancia denota la condición similar a la de un mando inferior o intermedio en una actividad sectorial, pues cualquiera que haya sido el grado de autonomía real en el trabajo, esa autonomía no equivale a la posición jerárquica que en el vértice de la organización contempla el RD 1382/1985. Por tanto, la relación laboral que une a las partes es de carácter ordinario y la comunicación de cese notificada por la empresa equivale a un despido improcedente.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 2.1 a) y 56.
RD 1382/1985 (Alta dirección), arts. 1.2 y 11.
Ley 7/2007 (EBEP), arts. 2 y 13.

PONENTE:

Don Fernando Salinas Molina.

Magistrados:

Don FERNANDO SALINAS MOLINA
Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Septiembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador Don Pascual, representado y defendido por el Letrado Don David Cansino Sánchez, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en fecha 13-diciembre-2012 (rollo 1430/2012), recaída en recurso de suplicación interpuesto por referido trabajador ahora recurrente contra la sentencia de fecha 25-abril-2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 8 de Málaga (autos 697/2011), en procedimiento seguido a instancia del referido demandante contra la empresa "PLANIFICACIÓN Y DESARROLLOS URBANÍSTICOS DE ESTEPONA, S.L." y el AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido la empresa "PLANIFICACIÓN Y DESARROLLOS URBANÍSTICOS DE ESTEPONA, S.L.", representada y defendida por el Letrado Don Juan Carlos Bardera Sierra

y el AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA, representado y defendido por el Letrado Don Francisco Javier Ortega Lozano.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El día 13 de diciembre de 2012 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación n.º 1430/2012, interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 8 de Málaga, en los autos n.º 697/2011, seguidos a instancia de Don Pascual contra la empresa "Planificación y Desarrollos Urbanísticos de Estepona, S.L." y el Ayuntamiento de Estepona sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, es del tenor literal siguiente: " Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Don Pascual, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 8 de Málaga de fecha 25/04/2012, recaída en los autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por Don Pascual contra Excmo. Ayuntamiento de Estepona y Planificación y Desarrollos Urbanísticos de Estepona S.L. sobre despido, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, sin costas ".

Segundo.

La sentencia de instancia, de fecha 25 de abril de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 8 de Málaga, contenía los siguientes hechos probados: " 1. El demandante comenzó a prestar sus servicios para Empresa Planificación y Desarrollos Urbanísticos Estepona, S.L. en fecha 19.11.07, ostentando últimamente la categoría profesional de Asesor Jurídico y percibiendo un salario mensual de 3.177'59 euros, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias. 2. El demandante, en fecha 19.11.07, suscribió con Empresa y Desarrollo Urbanístico de Estepona, S.L. contrato que se denominó de alta dirección; obra en autos (documento n.º 11 de la demandada Empresa Planificación y Desarrollos Urbanísticos Estepona, S.L.) y se da por reproducido. 3. En fecha 29.09.08 las partes convienen en modificar el referido contrato, en los términos que constan en el documento n.º 11 bis de la demandada Empresa Planificación y Desarrollos Urbanísticos Estepona, S.L., que obra en autos y se da por reproducido. 4. El demandante venía desempeñando el puesto de Coordinador de Infraestructuras, ejercitando las funciones propias del mismo, a las órdenes directas del Concejal de Infraestructuras. 5. En fecha 01.06.11, y por medio de carta, la empresa demandada comunica al demandante la resolución de su contrato con efectos 30.06.11. Obra en autos dicha carta y se da por reproducida. 6. Obra en autos y se da por reproducido Informe de Vida Laboral del demandante a fecha 02.06.11. 7. Obra en autos y se dan por reproducidos documentos n.º 4 y 5 de la parte actora consistentes en Convenio Colectivo de Empresa. 8. Obra en autos y se da por reproducido documento n.º 1 de la parte demandada Empresa Planificación y Desarrollos Urbanísticos Estepona, S.L. consistente en Estatutos de la empresa. 9. Obra en autos y se da por reproducido documento n.º 2 de la parte demandada Empresa Planificación y Desarrollos Urbanísticos Estepona, S.L. consistente en Convenio-Marco Empresa-Ayuntamiento demandados. 10. Obra en autos y se da por reproducido documento n.º 4 de la parte Empresa Planificación y Desarrollos Urbanísticos Estepona, S.L. consistente en certificado Ayuntamiento sobre subrogación de trabajadores de empresas municipales. 11. Obra en autos y se da por reproducido documento n.º 5 de la parte Empresa Planificación y Desarrollos Urbanísticos Estepona, S.L. consistente en modificación convenios colectivos sociedades municipales. 12. Obra en autos y se da por reproducido documento n.º 6 de la parte Empresa Planificación y Desarrollos Urbanísticos Estepona, S.L. consistente en Extracto Acuerdos Pleno Ayuntamiento 30.09.11. 13. Interpuesta ante el CMAC papeleta de conciliación en fecha 20.07.11, se celebró el acto en fecha 05.08.11, con el resultado de intentado sin efecto. 14. Se interpuso en fecha 22.07.11 reclamación previa. 15. La demanda jurisdiccional se presentó en fecha 10.08.11. ".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " 1- Estimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada Ayuntamiento de Estepona, absolviéndola de la demanda. 2- Declarar que el cese del demandante no constituye despido, sino desistimiento del empresario. 3- Absolver a la demandada Planificación y Desarrollos Urbanísticos Estepona, SL de las pretensiones de la actora ".

Tercero.

Por el Letrado Don David Cansino Sánchez, en nombre y representación de Don Pascual, 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 Andalucía, sede de Málaga, de fecha 17-septiembre-2009 (rollo 1233/2009). SEGUNDO- Alega infracción de los arts. los arts. 15 y 56 del

Estatuto de los Trabajadores (ET) y el RD 13482/1985. También considera que existe infracción de los arts. 26 y 28 del Convenio colectivo de la empresa municipal y del Ayuntamiento, así como del art. 44 del citado ET .

Cuarto.

Por providencia de esta Sala de 12 de diciembre de 2013 se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida, la empresa "Planificación y Desarrollos Urbanísticos de Estepona, S.L.", representada y defendida por el Letrado Don Juan Carlos Bardera Sierra y al Ayuntamiento de Estepona, representado y defendido por el Letrado Don Francisco Javier Ortega Lozano, para que formalizaran su impugnación en el plazo de quince días.

Quinto.

Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 9 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la naturaleza jurídica, ordinaria o de alta dirección, de la relación que une al trabajador con una empresa de íntegro capital municipal (sociedad mercantil local) dedicada a la gestión directa de los servicios públicos de un Ayuntamiento, en la que comenzó a prestar servicios tras la suscripción de un contrato que se indicaba configurar por las partes " como relación especial laboral de alta dirección, regulado por tanto en el art. 2.1 del Estatuto de los Trabajadores y en el RD 1382/1985 " y excluido de las disposiciones establecidas en el Convenio colectivo de la empresa municipal, con los derivados efectos en orden a sí la decisión empresarial de cese puede o no ser configurada como un despido con las consecuencias a ello inherentes.

2- En dicho contrato de fecha 19-11-2007 y su modificación de fecha 29-09-2008 (obrantes a folios 450 a 452), a los que se dan por reproducidos en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, inalterados en suplicación, se pactaba, entre otros extremos, que: a) se contrataba al actor " como personal de Alta Dirección, con la categoría de Asesor Jurídico "; b) la contratación se efectuaba " dada la confianza que el Consejo de Administración tiene depositada hasta ahora con el trabajador/a "; c) " las funciones a desempeñar serán las propias de su cargo, bajo las directrices y supervisión del Presidente y los miembros del Consejo de Administración, a quienes deberá dar cuenta periódicamente de su actividad sin necesidad de ser requerido para ello "; d) " tiene plena autonomía en el ejercicio de sus atribuciones dentro de la empresa municipal "; e) " participará en la toma de decisiones sobre la gestión fundamental de la actividad empresarial, y todo ello sólo bajo la supervisión de los órganos de gobierno societarios "; f) el trabajador reconoce en este acto expresamente que " por parte de los órganos de gobierno societarios de la empresa, se le han cursado las órdenes e instrucciones oportunas para que ejecute plena y realmente sus facultades como alto directivo de la empresa ... y más concretamente en el área de Infraestructuras, habida cuenta de la especialización funcional que tiene la empresa municipal "; y g) con una duración del contrato hasta el 30-06-2011, " sin perjuicio de que ...pueda extinguirse por voluntad del Consejo de Administración, sin necesidad de alegar causa que lo justifique, siempre que se le comunique el cese por escrito, preavisando de tal circunstancia a la otra parte con 3 meses de antelación y poniendo a disposición del directivo la indemnización equivalente a 7 días de salario por año de servicios, de conformidad con el RD 1382/1985 art. 11 ".

3- En los hechos probados de la sentencia de instancia, inalterados en suplicación a pesar de la petición del trabajador demandante, consta que: a) el actor inició su relación laboral con la Empresa " Planificación y Desarrollos Urbanísticos de Estepona, S.L. " dedicada a la gestión directa de servicios públicos en materia urbanística del Ayuntamiento de Estepona, el día 19-11-2007, mediante la suscripción del contrato de alta dirección y su posterior modificación anteriormente referidos; b) ostentaba la categoría profesional de Asesor Jurídico desempeñando sus funciones en el Área de Infraestructuras, con finalización contractual prevista en el día 30-06-2011 (sin perjuicio de la posibilidad de finalización anterior) y con salario mensual último de 3.177,59 euros, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias; c) mediante carta de fecha 01-06-2011 la empresa comunicó al actor la resolución del contrato de alta dirección con efectos en el día 30-06-2011; y d) constando expresamente como hecho probado que " El demandante venía desempeñando el puesto de Coordinador de

Infraestructuras, ejercitando las funciones propias del mismo, a las órdenes directas del Concejal de Infraestructuras " (HP 4.º).

4- La sentencia de instancia (JS/Málaga n.º 8 de fecha 25-abril-2012 -autos 697/2011) desestimó la demanda, fundamentándose, entre otras, en la doctrina de la Sala de suplicación de Málaga, argumentando que " En un supuesto hasta cierto punto semejante, Sentencia de la Sala de lo Social de Málaga del TSJ, de 05.07.10 [rollo 528/2010], donde la trabajadora tenía también formalmente un contrato de alta dirección con empresa municipal, con categoría de Inspectora, pero realizaba tareas de mera secretaria o auxiliar administrativa de un concejal, se reconoció el carácter de contrato de alta dirección de la misma ".

5- El recurso de suplicación interpuesto por el actor fue desestimado en la sentencia ahora recurrida (STSJ/Andalucía, sede de Málaga, 13-diciembre-2012 -rollo 1430/2012). En la referida sentencia, tras rechazar la revisión fáctica, -- mediante la que el actor pretendía, entre otros, la inclusión de hechos relativos a que su dependencia era respecto al gerente de la sociedad y a que nunca le fueron otorgados poderes notariales de representación de la empresa ni asistió a ningún consejo de administración de la sociedad, así como a que tampoco consta que el actor realizase ningún informe jurídico en el tiempo que prestó servicios para la demandada --, por entender la Sala que carecían de trascendencia para alterar el signo del fallo, argumenta, en esencia, para llegar a su conclusión denegatoria, que:

a) << los actos o negocios jurídicos tienen la naturaleza que se deriva del conjunto de derechos y obligaciones que encierran, es decir, de la verdadera realidad, cualquiera que sea la terminología empleada y con independencia del nomen iuris o de la calificación jurídica que le asignen las partes ... >>, haciendo extensa referencia al art. 1.2 RD 1382/1985 y la jurisprudencia de esta Sala de casación (en especial a la STS/IV 17-junio-1993 -rcud 2003/1992);

b) partiendo luego de que la demandada es un sociedad municipal íntegramente participada por el Ayuntamiento de Estepona y, tras hacer referencia a la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que regula las entidades públicas empresariales (arts. 53 y siguientes) y al Estatuto Básico del Empleado Público (DA 1ª y art. 13) -EBEP, concluye que por el contenido del contrato y lo establecido en la normativa referida se está ante una relación especial de alta dirección, señalándose que << ...a lo que se añade la naturaleza de la parte demandada la empresa demandada que es una Sociedad municipal íntegramente participada por el Ayuntamiento de Estepona y las normas reguladoras de la provisión del personal directivo marcado por su naturaleza de cargo de confianza y la disposición contenida en el art. 13.4 del EBEP aprobado por Ley 7/2007 de 12 de abril, aplicable por integración sistemática dada la naturaleza de sociedad municipal de la empresa demandada a través de la que realiza los servicios el Ayuntamiento de Estepona y al tratarse de personal directivo de la misma, establece que "... Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección", por lo que como se dice en la sentencia 1292/05 de 19-5-05 recaída en Recurso de Suplicación n.º 209/2005 no puede apreciarse en consecuencia la censura jurídica que sobre la misma se practica por los ahora recurrentes ... y por ende el cese acordado constituye en el caso que se analiza una extinción ajustada a las normas reguladoras ... de una relación laboral de alta dirección por desistimiento y no un despido improcedente con las consecuencias derivadas como se reclama >>.

6- En la sentencia invocada por el trabajador recurrente como de contraste (STSJ/Andalucía, sede de Málaga, 17-septiembre-2009 -rollo 1233/2009), se llega a la conclusión de que el demandante que prestaba servicios para otra empresa municipal del mismo Ayuntamiento ahora demandado (" Desarrollos Municipales Estepona, S.A ."), con sucesivos contratos de alta dirección suscritos desde el año 2004 y el último firmado el 01-10-2007, ostentaba una relación laboral ordinaria y, en consecuencia, consideró como despido, calificado de improcedente, el cese notificado por la empleadora. En los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, inalterados en suplicación, figuraba, en esencia, que el actor ostentaba la categoría profesional de Director de Área de Pesca; percibía salario mensual de 2.418 euros; firmó contrato de alta dirección el 18-10-2004 como Director del Área de Pesca y Playas y se formalizó un nuevo contrato el 01-10- 2007 como Director del Área de Pesca, respetándose la antigüedad de 18-10-2004, fijándose una retribución mensual de 2.418 euros; el contrato estaba excluido de la aplicación del convenio colectivo de la empresa; el actor actuaba como Director del Área firmando documentos por orden del Teniente de Alcalde Delegado de Agricultura, tomando las decisiones relativas al Área de Agricultura y Pesca, solo sometidas al Consejo de Administración y al Concejal encargado; fue contratado sin pasar por proceso de selección, por motivos de confianza política; su retribución estaba por encima del grupo A del Convenio Colectivo; tenía vehículo oficial; y controlaba y dirigía lo relativo al Área actuando como Encargado General y con el personal a su cargo. Se razona, en esencia, en la referida sentencia para llegar a la conclusión que la relación laboral que une a las partes es la ordinaria, que << no cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores -el fenómeno de la delegación de poder en siempre

presente en las empresa dotadas de cierta complejidad- con la relación laboral especial del personal de alta dirección que delimita el aludido precepto legal, en relación con el art. 2.1 a) ET, máxime si tenemos en cuenta que este personal se rige por un régimen jurídico especial y distinto en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento jurídico laboral otorga a los trabajadores, por lo que no puede ser objeto de interpretación extensiva - sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1990 ->>; que << la calificación de la relación ya existente como de alta dirección en el contrato suscrito entre las partes puede ser un elemento indiciario pero no decisivo, pues lo importante no es la denominación formal ... sino la verdadera naturaleza del vínculo que se desprenda del contenido real de las recíprocas prestaciones entre las partes >>; que << ... el demandante suscribió con la empresa demandada, contrato de personal de alta dirección ... como Director de Área de Pesca. Y no consta que el demandante dispusiese de poder de representación de la empresa, actuando en todo momento bajo la dependencia del Teniente de Alcalde Delegado de Agricultura, siguiendo las directrices del Consejo de Administración de la empresa municipal demandada ... >>; que <<... el demandante en ningún momento consta que haya tenido facultades que impliquen el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a sus objetivos generales, con autonomía y plena responsabilidad, pues ni siquiera se ha acreditado que dispusiese de algo tan básico para poder ejercitar esas facultades como un poder notarial de representación de la empresa. Es cierto que desempeñaba determinadas funciones directivas en el Área de pesca, pero ello no es suficiente para atribuirle el carácter de personal de alta dirección, como antes se ha razonado al definir las notas esenciales de la relación jurídica especial de personal de alta dirección >>; y que << En consecuencia, nos encontramos ante una relación común u ordinaria, y, por lo tanto, el desistimiento unilateral acordado por la empresa demandada debe ser calificado como un despido improcedente, con las consecuencias previstas para esta declaración en el art. 56 ET ... >>.

7- Cabe entender, -- como destaca el Ministerio Fiscal en su informe --, que concurre el requisito o presupuesto de contradicción exigible para viabilizar el recurso de casación unificadora (art. 219.1. LRJS), partiendo de que siendo contrapuestos los pronunciamientos, las relaciones laborales examinadas en las sentencias comparadas son sustancialmente iguales. A lo anterior debe adicionarse, en su caso, que es dable entender incluidos como hechos probados los rechazados en la sentencia de suplicación, en esencia, por considerarlos ser intrascendentes para el fallo, -- como posibilita la jurisprudencia de esta Sala y recuerda, entre otras, la STS/IV 17-/02/2014 (rcud 444/2013), al referirse a la " inveterada doctrina de esta Sala relativa a que en los supuestos de revisiones fácticas rechazadas en suplicación únicamente porque el Tribunal considera que la revisión es intrascendente a efectos decisorios, ese rechazo no debe impedir que los datos de hecho, cuando su contenido resulta incuestionable, se tengan en cuenta por esta Sala si considera que tienen la trascendencia que en suplicación se les niega(SSTS 27/07/92 -rcud 762/91 ; 26/07/93 -rcud 2350/92 ; 17/09/12 -rcud 578/12 ; 04/03/13 -rcud 928/12 ; y 13/05/13 -rcud 1956/12) " --, pues como luego se deduce de los ulteriores razonamientos de la sentencia recurrida ésta se fundamenta especialmente para configurar la relación existente entre las partes como especial de alta dirección, más que en las funciones realmente desempeñadas, directamente en la normativa contenida en el EBEP, no invocada en el contrato suscrito entre las partes, ni en el supuesto enjuiciado en la sentencia recurrida ni en el de la referencial; y ello a pesar de que en el presente caso consta expresamente en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia que el actor, si bien en su contrato denominado de alta dirección figuraba contratado como Asesor Jurídico, resultaba expresamente que " El demandante venía desempeñando el puesto de Coordinador de Infraestructuras, ejercitando las funciones propias del mismo, a las órdenes directas del Concejal de Infraestructuras " (HP 4.º).

Segundo.

1- Denuncia el trabajador recurrente como infringidos por la sentencia recurrida los arts. 15 y 56 ET, el RD 1382/1985, los arts. 26 y 28 del Convenio colectivo de la empresa municipal y del Ayuntamiento, así como del art. 44 ET en cuanto alega que el Ayuntamiento demandado ha procedido a la subrogación de todo el personal que prestaba sus servicios en la empresa municipal.

2- Para la solución del esencial problema planteado por el recurrente, con carácter previo, debe hacerse esencial referencia a la normativa siguiente sobre las modalidades contractuales cuestionadas:

a) La que considera como relación laboral de carácter especial " a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) " (punto uno 1 art. 2.1 ET), diferenciándola de la " La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo " (art. 1.3.c ET).

b) El Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección), en cuyo art. 1 (ámbito de aplicación) se preceptúa que " 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 " (art.1.1);

Tercero.

Igualmente debemos hacer sintética referencia a la jurisprudencia de esta Sala relativa a la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, la que ha establecido, entre otros principios, que:

a) Han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento (SSTS/Social 6-marzo-1990, 18-marzo-1991, 17-junio-1993 -rcud 2003/1992); que el requisito de que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa << implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de tal empresa, y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta frente a terceros >>, así como que esos poderes han de afectar a << los "objetivos generales de la compañía», no pudiendo ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad de éstas >> (STS/Social 24-enero-1990). Así, en un supuesto relativo a un director-gerente de una multinacional se destaca para atribuirle la condición de personal de alta dirección (STS/Social 13-noviembre-1991 -recurso 882/1990) que << Así ... resulta del expreso nombramiento del mismo como director-gerente de la sociedad por el Consejo de Administración ... lo que comporta no una mera concesión formal del nomen sino una efectiva atribución de facultades de dirección así como del poder empresarial de decisión, de lo que son suficientemente indicativos la expresa referencia a su actividad gerencial y directiva en los documentos acompañados por ambas partes ..., la constancia de su situación en la cúpula del organigrama de la sociedad demandada ..., la alta retribución concedida ..., y la propia definición que el actor realiza en la demanda de cuál fuere el objeto de la actividad que le fue encomendada al firmarse el contrato, consistente, según afirma, en proceder al reflotamiento de la sociedad... >>, que no obsta a la conclusión expresada << el hecho de que determinadas facultades le hubieran sido atribuidas mancomunadamente con otros tres ...: se trata, en definitiva, de facultades atinentes al ejercicio de "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa" >> y que << Resta señalar que la prescripción de que hayan de ejercitarse "con autonomía y plena responsabilidad" (art. 1.2 del precitado Real Decreto) no ha de entenderse como exigencia de exclusividad (es decir, como ejercicio y responsabilidad no compartidos), sino como expresión global y completa, y al mismo tiempo como correlato adecuado, del amplio ámbito de poder conferido >>.

b) Uno de los elementos indiciarios de la relación especial de servicios de los empleados de alta dirección es que las facultades otorgadas " además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad ". Ello es así porque este contrato especial de trabajo se define en el art. 1.2 RD 1382/1985, de un lado por la inexistencia de subordinación en la prestación de servicios (autonomía y plena responsabilidad), y de otro lado por el ejercicio de los poderes que corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa y no para las distintas unidades que la componen (poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma); por lo que no se estará ante una relación especial de alta dirección cuando " Los poderes o facultades atribuidos al actor no alcanzan a los objetivos generales del conjunto empresarial, sino que se limitan al área funcional y territorial que le había sido encomendada ". Entre otras, SSTS/Social 24-enero-1990, 30-enero-1990, 12- septiembre-1990 -administrador de un Parador de Turismo, 2-enero-1991 y SSTS/IV 22-abril-1997 (rcud 3321/1996 director hotel en cadena hostelería) y 4-junio- 1999 (rcud 1972/1998 director financiero grupo de empresas).

c) Es exigencia para atribuir a una relación laboral el carácter especial que es propio de las de alta dirección, que la prestación de servicios haya de ejercitarse asumiendo, con autonomía y plena responsabilidad, poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativa a los objetivos generales de la misma, y que " 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 definitorios de tal condición, a tenor del repetidamente citado art. 2.1 " (SSTS/Social 24-enero-1990, 13-marzo-1990, 12-septiembre-1990, STS/IV 4-junio-1999 -rcud 1972/1998).

d) No cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores -- fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad y que " lejos de afectar a los objetivos generales de la empresa ..., se limitan al ámbito de un servicio técnico claramente instrumental respecto a la finalidad fundamental de ésta " -- con la alta dirección que delimita el art. 1.2 RD 1382/1985 en relación con el art. 2.1.a) ET, " en concepto legal, que, en la medida en que lleva la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva " (SSTS/Social 24-enero-1990, 13-marzo-1990 y 11-junio-1990, STS/IV 4-junio-1999 -rcud 1972/1998).

e) Destacándose que " lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial" y que "para apreciar la existencia de trabajo de alta dirección se tienen que dar los siguientes presupuestos: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma, y la autonomía en su ejercicio, sólo subordinado al órgano rector de la sociedad. Y precisamente como consecuencia de estas consideraciones referentes a la delimitación del concepto de «alto cargo», es por lo que se ha proclamado que este especial concepto ha de ser de interpretación restrictiva y hay que entender, para precisarlo, al ejercicio de funciones de rectoría superior en el marco de la empresa " (SSTS/Social 24-enero-1990 y 2-enero-1991, SSTS/IV 17-junio-1993 - rcud 2003/1992 y 4-junio-1999 -rcud 1972/1998).

Cuarto.

Con respecto a la relación especial de alta dirección y las Administraciones públicas, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado, tanto con anterioridad como con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, señalando, entre otros extremos, que:

a) << No hay un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas y si éstas en virtud de las normas de Derecho Administrativo no pueden en principio delegar "poderes inherentes" a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos superiores, de ello se derivarán las correspondientes restricciones en la aplicación de este tipo de contratos, pero sin que en ningún caso sea posible dispensar la concurrencia de alguno de los requisitos que delimitan la alta dirección, permitiendo que se otorgue esta calificación a trabajos que no cumplen las exigencias legales >> (STS/IV 17-junio-1993 -rcud 2003/1992).

b) En interpretación de las normas de rango legal contenidas en el art. 20.4 del RDL 1/1999, de 8 de enero (sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social), en el que se disponía que " 4. La provisión de los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos sanitarios podrá efectuarse también conforme al régimen laboral especial de alta dirección, regulado en el Real Decreto 1382/1985 ... " y que " Se entiende por órganos de dirección, a los efectos previstos en el párrafo anterior, los Directores Gerentes de los Centros de Atención Especializada y Atención Primaria, así como los Subgerentes y los Directores y Subdirectores de División ", la que se reprodujo literalmente en la posterior DA 10ª.4 Ley 30/1999, de 5 de octubre (de Selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud), se rechaza que en estos supuestos pueda aplicarse el concepto del personal de alta dirección contenido en el RD 1382/1985 y se afirma que en lo que dichas normas legales se efectúa es realmente << otorgar la condición de relación laboral especial a la de los directivos de centros hospitalarios de la Seguridad Social >>; argumentándose que << esta interpretación no puede ser aceptada ... toda vez que la misma vacía totalmente de contenido a la ... Disposición Final Séptima, pues no existiría ningún caso al que tal norma se pudiera aplicar. Esto es obvio, dado que la "empresa" que hay que tomar en consideración en estos casos es el Insalud o el correspondiente Servicio autonómico de Salud, y con respecto a tales entidades el cargo directivo de mayor rango o jerarquía de un hospital de la Seguridad Social, nunca ostenta "poderes inherentes a la titularidad jurídica" de esas entidades gestoras, poderes que además han de ser "relativos a los objetivos generales" de éstas; siendo totalmente inviable que un directivo de un hospital ostente, por razón de ese específico cargo, poderes "relativos a los objetivos generales" del Insalud o de un Servicio de Salud de una Comunidad Autónoma >> y que << Es más, aunque como mera hipótesis se aceptase (con error palmario) que a este objeto la empresa que se ha de tomar en consideración es únicamente el propio hospital o centro sanitario, tampoco así puede pensarse que exista en esas instituciones sanitarias algún directivo, por muy elevado que sea su puesto, que tenga unos poderes y facultades de las características y condiciones que exige dicho art. 1-2, puesto que no cabe que esos poderes y facultades sean "inherentes a la titularidad jurídica" de ese hospital, que siempre corresponderá a la entidad gestora de que se trate, ni tampoco los ejercerá con "autonomía y plena responsabilidad", ya que necesariamente ha de seguir, acatar y cumplir las reglas, mandatos y disposiciones que le imponga dicha entidad gestora >>. Se concluye que << conforme a las disposiciones legales que se vienen comentando, la normativa reguladora del personal de alta dirección que se previene en el Real Decreto 1382/1985, se aplica a determinados directivos de centros sanitarios los cuales no cumplen en absoluto, los

requisitos y presupuestos que, según el art. 1.º de dicho Decreto, son necesarios para poder ser incluidos en el concepto de personal de alta dirección que esta norma establece >>, añadiendo que << esta realidad no supone que pueda sostenerse que aquellas disposiciones legales hayan vulnerado los mandatos de la Constitución ... Se funda este criterio en las siguientes consideraciones: ... 4)- La divergencia de tratamiento se produce entre las disposiciones a que se viene aludiendo, y el art. 1-2 del RD 1382/1985, pero este precepto tiene rango reglamentario, mientras que aquellas otras ostentan la condición y carácter de leyes formales ... >> y que << 5)- Es más, el apartado i) del art. 2-1 del ET extiende el concepto de relación laboral especial a "cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley". Y ésto es, en definitiva, lo que han hecho las disposiciones legales comentadas, toda vez que lo que en ellas se hace realmente es otorgar la condición de relación laboral especial a la de los directivos de centros hospitalarios de la Seguridad Social. Sin que esta conclusión pueda entenderse desvirtuada por el hecho de que ese otorgamiento se efectúe mediante el sistema de remitirse a los mandatos del RD 1382/1985 >> (STS/IV 2-abril-2001 -rcud 2799/2000, Sala General).

c) Finalmente, siguiendo la doctrina de la citada STS/IV 2-abril-2001, la Sala en su STS/IV 14-febrero-2012 (rcud 4431/2010), en un singular supuesto relativo al director gerente de un hospital psiquiátrico contratado como personal de alta dirección por el Servicio Vasco de Salud, ha interpretado que aunque en el momento de la contratación como personal de alta dirección existiese un vacío legal para autorizar tal calificación de acuerdo con el RD 1382/85, debe entenderse aplicable el régimen del personal de alta dirección, al menos a partir de la entrada en vigor del EBEP (art. 13.4), pues << Parece claro ... que la relación laboral iniciada entre el Servicio Vasco de Salud y el hoy recurrido se inició bajo una legislación que resultó a posteriori no idónea, pero no podemos olvidar que una vez que por normativa idónea se dio carta de naturaleza a la relación laboral especial de alta dirección, la relación laboral de aquella manera iniciada, continuó en todos sus extremos incluida la alta responsabilidad y su justa remuneración, sin que ninguna de las partes a lo largo de la extensa relación, hicieran amago de apartarse de su regulación >>.

Quinto.

1- La Sala de suplicación interpreta que es aplicable al caso el art. 13 EBEP al prestar sus servicios el demandante en una sociedad mercantil local como personal directivo a través de un contrato laboral de alta dirección y a pesar de que tal normativa no se invocara en el contrato de trabajo suscrito.

2- El EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), explica en su Exposición de Motivos que "... el Estatuto Básico define las clases de empleados públicos -funcionarios de carrera e interinos, personal laboral, personal eventual- regulando la nueva figura del personal directivo. Este último está llamado a constituir en el futuro un factor decisivo de modernización administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos ... conviene avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal, como ya sucede en la mayoría de los países vecinos ". Por otra parte, en su texto normativo, define como personal laboral "... el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal " (art. 11.1), especificando que " Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2 " (sobre funciones reservadas a los funcionarios públicos) (art. 11.2); y dedicando, separadamente, un subtítulo al " personal directivo ", disponiendo que " El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios: 1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración- 2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia- 3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados- 4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección " (art. 13).

3- Las sociedades mercantiles, cuyo capital sea de titularidad pública y con la forma de sociedad de capital, constituyen una forma de gestión directa de los servicios públicos locales, las que se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación (art.

85.1 y 2.d, 85 ter 1 LBRL -Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local), y conforme destaca la doctrina científica, en interpretación de los referidos preceptos, al no contener referencia alguna al régimen del personal a su servicio debe estarse al régimen de derecho laboral común.

4- Igualmente debe destacarse que, a pesar de que el EBEP pretende regular de manera unitaria los aspectos básicos de todos los empleados públicos, resulta que las sociedades mercantiles públicas no están bajo su ámbito de aplicación, como se deduce del art. 2 EBEP (" ámbito de aplicación ") pues solamente afecta al personal de las Administraciones Públicas, -- como destaca la doctrina, al personal de toda Administración o entidad que, jurídicamente, tenga carácter público, es decir, personalidad jurídica pública --, entre ellas expresamente " Las Administraciones de las Entidades Locales " y a las " demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas " (art. 2.1), carácter que no ostentan las referidas sociedades, pues lo esencial para tal aplicación es que se trate de entes con personificación jurídica de Derecho administrativo no de Derecho civil o mercantil; si bien, siendo configurables tales sociedades como entidades del sector público local, les son de aplicación determinados principios generales sobre los empleados públicos contenidos en el EBEP, ya que, conforme a su DA 1ª, " Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica ", en concreto los relativos a los " Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta " (art. 52), " Principios éticos " (art. 53), " Principios de conducta " (art. 54) y " Principios rectores " del acceso al empleo público, así " Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico... " (art. 55).

5- Señalarse, finalmente, que no ha sido objeto de desarrollo normativo a nivel estatal ni a nivel autonómico la previsión que sobre el personal directivo profesional al servicio de las Administraciones públicas incluidas en su ámbito de aplicación se contiene en el art. 13 EBEP antes citado (" El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición ... "), puesto que se trata de una mera posibilidad y no de un deber de regulación; y sin contemplar ni siquiera el EBEP una legislación específica de desarrollo sobre el personal directivo local; y sin que sea aplicable al presente caso (al haber sido adicionada por la DF 1 RD 451/2012, de 5 de marzo y referirse exclusivamente al sector público estatal - art.2.1 RD 451/2012), el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo (por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades) en relación con la DA 8ª del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero .

6- En conclusión, que dado que el art. 13 EBEP sobre personal directivo y relación laboral especial de alta dirección, además de no invocarse su aplicabilidad en el contrato de trabajo litigioso, no se han desarrollado normativamente sus previsiones y, fundamentalmente, no sería aplicable a las sociedades mercantiles locales que no tiene naturaleza pública, deben rechazarse las consecuencias que en base a tal precepto establece la sentencia recurrida.

Sexto.

1- La aplicación de la normativa y jurisprudencia expuesta sobre el contrato laboral ordinario y el especial de alta dirección comporta la estimación del recurso, pues las funciones encomendadas al hoy recurrente para el desempeño formalmente pactado " como personal de Alta Dirección, con la categoría de Asesor Jurídico " de la empresa municipal codemandada, dedicada con carácter general a la gestión directa de servicios públicos en materia urbanística del Ayuntamiento de Estepona y estructurada en diversas áreas de actuación, elegido para la contratación sin previo proceso selectivo y por la condición de confianza con el Consejo de Administración, en manera alguna puede entenderse, -- por el mero hecho de que en el contrato de personal de alta dirección suscrito figurara que actuaría " bajo las directrices y supervisión del Presidente y los miembros del Consejo de Administración ", que tendría " plena autonomía en el ejercicio de sus atribuciones dentro de la empresa municipal " o que participaría " en la toma de decisiones sobre la gestión fundamental de la actividad empresarial, y todo ello sólo bajo la supervisión de los órganos de gobierno societarios " --, que las funciones efectivamente realizadas entrañaran realmente ejercicio autónomo de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativo a sus objetivos generales aunque se entendiera con un criterio flexible a pesar del carácter privado de la demandada, tanto mas cuanto en el presente caso, como se ha reiterado, según los hechos probados inalterados, las funciones del actor se limitaban a desempeñar " el puesto de Coordinador de Infraestructuras, ejercitando las funciones propias del mismo, a las órdenes directas del Concejal de Infraestructuras ".

2- La formulación genérica del contrato en relación a la estructuración empresarial y a su objeto social unido a la retribución asignada y las funciones realmente desempeñadas así lo demuestran, aun dejando aparte la mayor facilidad probatoria empresarial (arg. ex art. 217 supletoria LEC) y el hecho no adicionado por considerarlo intrascendente la sentencia recurrida consistente en la carencias de poderes o la no realización de informes jurídicos a lo que siquiera resulta necesario darle trascendencia en el presente caso.

3- Por otra parte, como ha destacado nuestra jurisprudencia, " el hecho de que existiese una relación de confianza no es suficiente para apreciar la existencia de un trabajo de alta dirección, porque ni la confianza es elemento privativo de esa relación, ni la existencia de la misma podría justificar la falta de los requisitos legales " (STS/IV 17-junio-1993 -rcud 2003/1992).

4- Estas circunstancias denotan, en su caso, la condición similar a la de un mando inferior o intermedio en una actividad sectorial que correspondía al hoy recurrente, pues " cualquiera que haya sido el grado de autonomía real en el trabajo, lo cierto es que esa autonomía no equivale a la posición jerárquica que en el vértice de la organización contempla el art. 1.2 del RD 1382/1985 " (STS/IV 17-junio-1993 -rcud 2003/1992), no incluye en la definición de alta dirección que figura en el citado art. 1.1, lo que excluye el sometimiento de la relación material traída al proceso del ámbito de aplicación del Real Decreto 1382/1985, siendo, por el contrario aplicable a la misma la legislación laboral común.

5- Finalmente, al no existir normal legal habilitante, -- a diferencia lo que acontecía en el supuesto analizado en nuestra citada STS/IV 2-abril-2001 (rcud 2799/2000, Sala General) --, con respecto a la posible relación laboral especial de los distintos directivos de las diversas áreas de las empresas municipales, debe estarse al concepto de personal de alta dirección contenido en el citado art. 1.1 del Real Decreto 1382/1985, el que, por lo expuesto, y ni siquiera con una interpretación flexible, se acredita que concurra en el supuesto ahora enjuiciado, al faltar los requisitos exigibles para ello conforme a la interpretación jurisprudencial referida.

Séptimo.

1- Por los razonamientos anteriores, estimamos en la forma expuesta el recurso de casación interpuesto por el trabajador demandante, casamos y anulamos la sentencia de suplicación impugnada, entendiendo que la relación laboral que une a las partes es de carácter ordinario y no cabe calificarla de relación especial de alta dirección; y resolviendo el debate suscitado en suplicación, entendemos que la comunicación de cese notificada por la empresa al trabajador equivale a un despido que debe ser declarado improcedente con las consecuencias a ello inherentes atendida la legislación sustantiva y procesal vigente en la fecha del despido (30-06-2011) y con deducción, en su caso, las cantidades que el actor hubiera percibido por el cese contractual.

2- En cuanto a la pretendida condena del Ayuntamiento codemandado por haberse subrogado en el personal de la empresa municipal disuelta, constando, por una parte en los hechos probados el pacto de subrogación (HP 10) y aceptando el referido codemandado en su impugnación al recurso de suplicación que " es cierto que el personal de las sociedades se ha integrado en la plantilla del personal laboral del Ilmo. Ayuntamiento de Estepona con efectos 1 de octubre de 2011 en virtud del Acuerdo del Pleno de 27 de abril de 2007 ... ", en acuerdo municipal en el que se invoca el art. 44 ET, procede su responsabilidad solidaria y la condena de éste a la readmisión en condición de trabajador indefinido no fijo, como insta el propio recurrente; y sin necesidad de esperar al tramite de ejecución de sentencia pues la subrogación se ha producido por hechos anteriores a la constitución del título y en momento hábil para su alegación y prueba en el proceso declarativo (arg. ex art. 240.2 LRJS : " La modificación o cambio de partes en la ejecución debe efectuarse, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental previsto en el artículo 238. Para que pueda declararse, es requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde, basado en hechos o circunstancias jurídicas sobrevenidos, se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución ").

3- En cuanto a la titularidad del derecho de opción entre la indemnización por extinción contractual y la readmisión, -- dada la declarada naturaleza ordinaria de la relación laboral y no de alta dirección, para la que existían previsiones específicas en el acuerdo de subrogación, que por ello no son aplicables --, se le atribuye el trabajador demandante, en base a lo establecido en el art. 28.1 y 2 del Convenio colectivo del personal laboral de la empresa municipal demandada (BOP Málaga 05-11-2007), relativo a las garantías de empleo y aplicable a todo tipo de despidos, en el que se dispone que " 1. En caso de ser declarado un despido improcedente, el/la trabajador/a tendrá derecho a elegir entre la indemnización legal o la readmisión " y que " 2. Si el despido fuese por causas fundamentadas en los art. 51 y 52 del Estatuto de Trabajadores, el mismo será considerado nulo, procediéndose a la readmisión ", concordante con el art. 26 del Convenio colectivo del personal laboral del referido Ayuntamiento (BOP-Málaga 13-11-2008), Sin costas (art. 235.1 LRJS).

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

FALLAMOS

Estimamos en la forma expuesta el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don Pascual, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en fecha 13-diciembre-2012 (rollo 1430/2012), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por referido trabajador ahora recurrente contra la sentencia de fecha 25-abril-2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 8 de Málaga (autos 697/2011), en procedimiento seguido a instancia del referido demandante contra la empresa " PLANIFICACIÓN Y DESARROLLOS URBANÍSTICOS DE ESTEPONA, S.L. " y el AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el demandante, revocando la sentencia de instancia y estimando en parte la demanda, declaramos improcedente el despido del trabajador efectuado por la empresa "PLANIFICACIÓN Y DESARROLLOS URBANÍSTICOS DE ESTEPONA, S.L.", condenamos solidariamente a ésta y al AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA a que, a opción del trabajador, que deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente (entendiéndose de no manifestar lo contrario que opta por la readmisión), proceda a la readmisión del trabajador como trabajador indefinido no fijo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o a que le abone una indemnización en cuantía de 17.235,9 euros; mas, en ambos casos, la condenamos también al abono de una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir (a razón de 104,46 euros/día) desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación y sin perjuicio de lo establecido en el art. 57 ET ; y con deducción, en su caso, las cantidades que el actor hubiera percibido por el cese contractual. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, 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. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.