



REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

LAS RELACIONES LABORALES DE CARÁCTER ESPECIAL: CUESTIONES DE ACTUALIDAD

NÚMERO 22, ENERO DE 2025

ENERO A JUNIO DE 2025, FECHA DE CIERRE DICIEMBRE DE 2024

LA IMPORTANCIA DE DETERMINAR
QUIÉN ES PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN:
DOS SUPUESTOS DISTINTOS Y PROBLEMÁTICOS
COMO PARADIGMA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

Francisco Javier Arrieta Idiakez

ENTIDADES EDITORAS



ISSN 2341-135X

LA IMPORTANCIA DE DETERMINAR QUIÉN ES PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN: DOS SUPUESTOS DISTINTOS Y PROBLEMÁTICOS COMO PARADIGMA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

*THE IMPORTANCE OF DETERMINING WHO CONSTITUTES
HIGH-LEVEL MANAGEMENT: TWO DISTINCT AND PROBLEMATIC
CASES AS A PARADIGM IN LIGHT OF JURISPRUDENCE*

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 15/11/2024

Fecha de aceptación: 9/12/2024

SUMARIO: 1. PROBLEMÁTICA DE LA FALTA DE CONCRECIÓN POR ESCRITO DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO DE ALTA DIRECCIÓN CUANDO EL TRABAJADOR COMUNICA SU BAJA VOLUNTARIA. 1.1. Planteamiento del problema. 1.2. Soluciones planteadas por la jurisprudencia para dirimir si existe dimisión o ausencia injustificada del trabajador sancionable incluso con despido disciplinario. 1.2.1. Primera sentencia a considerar. 1.2.2. Segunda sentencia a considerar. 1.2.3. Tercera sentencia a considerar. 1.2.4. Conclusión derivada de las sentencias analizadas. 1.3. Evidencia de que la problemática planteada existe en la práctica. 1.3.1. Hechos que dan lugar al litigio. 1.3.2. Resolución y fundamentos del TSJ del País Vasco. 1.3.3. Nuestro posicionamiento. 2. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA EXTENSIÓN AL EMPLEO PÚBLICO DE LA REGULACIÓN CONTEMPLADA EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN ACERCA DE LA PROHIBICIÓN DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN DE PARTICIPAR COMO ELECTOR Y COMO ELEGIBLE EN LAS ELECCIONES A LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN UNITARIA. 3. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El objetivo de este estudio es analizar, a la luz de la jurisprudencia, dos casos reales que demuestran la importancia de determinar quién es personal de alta dirección por las implicaciones que ello puede tener ante supuestos previstos en la regulación de la relación laboral especial.

En el primer caso se analizará la cuestión planteada a partir de la relevancia que puede llegar a alcanzar el preaviso regulado para la relación laboral especial de alta dirección a efectos de determinar si existe dimisión del trabajador o despido improcedente por parte del empresario. En el segundo caso se hará referencia a la figura del directivo público profesional para observar cómo determinados empleados públicos pueden quedar excluidos del censo electoral en las elecciones a órganos de representación unitaria, conforme a lo que se prevé en la relación laboral especial de alta dirección, que ha conseguido tener una fuerza centrífuga o extensiva por su aplicación más allá de su estricto ámbito de aplicación, aunque tales empleados, en principio, y, expresamente no tuvieran el carácter de directivo público profesional. Con otras palabras, se parte de la idea de que es indiferente el régimen profesional que resulte de aplicación a tales directivos, pues, aunque se les nombre personal laboral de alta dirección o con carácter administrativo, en todo caso, quedarán excluidos.

ABSTRACT: The aim of this study is to analyze, in light of jurisprudence, two real-world cases that demonstrate the importance of determining who constitutes high-level management personnel, due to the implications this may have for situations foreseen in the regulations governing special employment relationships.

In the first case, the issue will be examined from the perspective of the relevance that the notice period regulated for special high-level management employment relationships can acquire in determining whether there has been a resignation by the employee or an unfair dismissal by the employer. In the second case, reference will be made to the figure of the professional public manager to observe how certain public employees may be excluded from the electoral roll in elections for unitary representative bodies, in accordance with the provisions governing special employment relationship for high-level management, which has managed to have a centrifugal or expansive force due to its application beyond its strict scope, even though such employees, in principle, and expressly, did not have the status of professional public managers. In other words, it is assumed that the professional regime that applies to such managers is irrelevant, since, even if they are designated as high-level management personnel or with an administrative status, in any case, they will be excluded.

PALABRAS CLAVE: Personal de alta dirección, directivo público profesional, relación laboral especial de alta dirección, dimisión, despido improcedente, elecciones a órganos de representación unitaria.

KEYWORDS: High-level management personnel, professional public manager, special employment relationship for high-level management, resignation, unfair dismissal, elections for unitary representative bodies.

1. PROBLEMÁTICA DE LA FALTA DE CONCRECIÓN POR ESCRITO DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO DE ALTA DIRECCIÓN CUANDO EL TRABAJADOR COMUNICA SU BAJA VOLUNTARIA

1.1. Planteamiento del problema

Un problema derivado de la falta de determinación sobre la existencia de una relación laboral especial de alta dirección se plantea como consecuencia de la presunción que establece el artículo 4.1 del Real Decreto 1382/1985, y, más concretamente, cuando dicha presunción se vincula a la extinción por voluntad del propio alto directivo regulada en el artículo 10.1 del mismo cuerpo legal.

Así, cabe recordar que si bien, en principio, el artículo 4.1 del Real Decreto 1382/1985 dispone que el contrato especial del trabajo del personal de alta dirección debe realizarse por escrito, acto seguido permite que, en ausencia de pacto escrito, se entienda que el empleado es personal de alta dirección cuando se den los supuestos del artículo 8.1 del TR-LET y la prestación profesional se corresponda con la que define el artículo 1.2 del propio Real Decreto 1382/1985.

Por su parte, el artículo 10.1 del Real Decreto 1382/1985, en su parte inicial, establece que el contrato especial de trabajo se extinguirá por voluntad del alto directivo, debiendo mediar un preaviso mínimo de 3 meses. Como ser verá, esta última cuestión cobrará una especial relevancia en el problema planteado.

Así, como, conforme a la presunción mencionada, cabe la posibilidad de que exista un alto directivo, aunque no se concrete por escrito la naturaleza del contrato de trabajo como de alta dirección, puede surgir una zona gris cuando un trabajador, cuya empresa entiende que es un alto directivo, extingue voluntariamente el contrato.

En efecto, la zona gris puede surgir porque el empresario entienda que se ha producido una dimisión por parte del trabajador, y que este, al ser considerado como alto directivo, debe cumplir con un período de preaviso de 3 meses. En consecuencia, en ese supuesto, cabría entender que la voluntad del trabajador de dimitir es inequívoca e indubitada si durante el período de 3 meses dicho trabajador no se reincorporara a su puesto de trabajo.

Es más, la situación puede complicarse si el trabajador, tras manifestar su voluntad de

causar baja en la empresa, no se reincorpora al puesto de trabajo, pese a que su empresario le comunique que debe reincorporarse.

En ese supuesto el trabajador no cumpliría con el deber de trabajar durante el período de preaviso, y surgiría la duda para el empresario de si debe entenderse que el trabajador ha dimitido o si está incumpliendo su deber de trabajar y, por tanto, puede extinguirse el contrato de trabajo vía despido disciplinario, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 54, apartados a) y d) del TRLET (respectivamente, faltas repetidas e injustificadas de asistencia, y transgresión de la buena fe contractual), en virtud de lo contemplado en el artículo 12 del Real Decreto 1382/1985, que posibilita, más allá de los supuestos específicos de extinción del contrato que regula expresamente, la aplicación del TRLET.

Ciertamente, en este supuesto se planteará la duda de si existe dimisión o abandono del puesto de trabajo, pues, como recuerda SALA FRANCO, «al no existir concreción legal de cuándo existe abandono se produce siempre una cierta inseguridad jurídica al depender en cada caso de lo que el órgano judicial interprete»¹.

En el supuesto planteado el trabajador se limita a expresar al empresario que no continuará en la empresa, sin mayor concreción, pero incumple el preaviso, al dejar de acudir a su puesto de trabajo.

La cuestión que surge entonces es cómo debería actuar el empresario. ¿Debería dar de baja al trabajador en la Seguridad Social y dar por finalizada la relación laboral? Si es así, ¿en qué momento? O, por el contrario, ¿debería entender que se trata de una ausencia injustificada en el trabajo y proceder a sancionar al trabajador, incluso con el despido, si la ausencia se prologa en el tiempo?

En el primer caso, correría el riesgo de que los tribunales entiendan que estamos ante un despido improcedente. En el segundo caso, la extinción por despido disciplinario solo procedería si se considerara que estamos ante «un contexto en el que por su continuidad o por otras circunstancias [las faltas de asistencia] aparezcan dotadas de un indudable significado extintivo» (STS 4ª, de 27 de junio de 2001, núm. rec. ud. 2071/2000, F.D. 4º).

Para resolver la cuestión resulta de interés el análisis de tres sentencias recientes. Como se verá la consideración del período de prueba de tres meses en la relación laboral especial puede crear problemas en cuanto a la diferenciación entre el incumplimiento del contrato de trabajo, que da lugar al despido disciplinario, y la dimisión del trabajador. Además, y esta es la principal problemática que se plantea respecto a la relación laboral especial de alta dirección, hay que tener en cuenta que los tribunales aplican distintos y contradictorios criterios para entender que existe dimisión. Debe matizarse, igualmente, que tales criterios se aplican indistintamente a las relaciones laborales comunes y a las relaciones laborales especiales.



1 SALA FRANCO, T., *Derechos de las Relaciones Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1457.

1.2. Soluciones planteadas por la jurisprudencia para dirimir si existe dimisión o ausencia injustificada del trabajador sancionable incluso con despido disciplinario

1.2.1. Primera sentencia a considerar

En primer lugar, conforme a la STSJ de Andalucía/Sevilla 4ª, de 31 de marzo de 2022, núm. rec. 2103/2020:

«Para determinar si ha habido extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador consistente en abandono o dimisión por su parte o bien si el que ha resuelto unilateralmente la relación ha sido el empresario mediante un despido, debemos tener en cuenta que la jurisprudencia entiende que para dar por terminada la relación laboral por voluntad del trabajador es preciso que se manifieste de forma explícita, sin que deje asomo de duda sobre el propósito de los actos del trabajador, debiendo tratarse de una decisión mantenida por este con empeñamiento, como expresa y terminante voluntad de dar por finalizada la relación laboral ya que dicha voluntad ha de ser manifiesta o bien su conducta lleve a la indudable consecuencia de que existe aquel propósito. La prueba del abandono corresponde al empresario. Se trata de una jurisprudencia firmemente consolidada, desde las sentencias de 10 de febrero de 1987 y 10 de diciembre de 1990 del Tribunal Supremo. En efecto, como dice la de 21 de noviembre de 2000, con carácter general, el negocio jurídico, sobre todo en su modalidad o variedad contractual, se integra, como elemento esencial del mismo, por la voluntad de quien o quienes en el mismo intervienen. Tal voluntad ha de ser exteriorizada o manifestada, a través de signos que permitan conocer su existencia y conseguir el resultado social a que va encaminada. Es necesario por tanto que la declaración sea emitida y que lo expresado sea percibido o perceptible por quien corresponda. La voluntad negocial puede manifestarse, según diferenciación consagrada, de dos maneras: una expresa, otra tácita. Hay declaración expresa cuando se utilizan signos, por lo común escritos u orales, encaminados a lograr la percepción de que se habló. Hay declaración tácita cuando su autor no utiliza esos signos explícitos, sino que lleva a cabo un comportamiento o conducta de los que se infiere inequívocamente su voluntad; se habla de declaración tácita, porque no resulta de lo dicho, sino de lo hecho (facta concludentia) (...).».

De ese modo, se afirma que la dimisión o voluntad unilateral del trabajador de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario:

«(...) puede manifestarse (...) de forma expresa o de manera tácita. Es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, pues se trata de una decisión recepticia; o mediante un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva. Pues bien, también la jurisprudencia se ha ocupado de introducir cautelas. Así, se ha declarado que “la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral” (STS 1 octubre 1990). También se ha dicho que la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador “clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito; puede ser expresa o tácita; pero en este caso ha de manifestarse por hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance” (STS 10 diciembre 1990). En particular, cuando el comportamiento alegado por el empresario es lo que suele llamarse un abandono del trabajo, el Tribunal Supremo ha distinguido el aspecto extintivo del sancionador por incumplimiento: para que exista la causa extintiva en examen es preciso que “se produzca una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral”».

Por todo ello, el TSJ de Andalucía/Sevilla, en el litigio en cuestión, entiende que se produce:

«(...) una declaración de voluntad expresa del actor, quien el 8 de junio de 2018 manifestó ante testigos que no volvería al trabajo. Y el que ello constituya una manifestación de voluntad de manera terminante, clara e inequívoca, que ponga de manifiesto, sin ningún género de duda, su intención de dar por finalizada la relación laboral, se extrae de sus actos posteriores, que tácitamente confirman aquella expresa manifestación de voluntad, al dejar de acudir al trabajo, abandonando el mismo, durante los siguientes días laborables (...). Ello pone de manifiesto (...) que se trataba de una decisión manifestada sin posterior retractación. En cambio, el trabajador no ha alegado justificación alguna para tal comportamiento, es decir no ha aportado ninguna explicación del porqué dejó de acudir

al trabajo durante los siguientes días laborables a su manifestación del día 8 de que no volvería al trabajo, distinta de lo que aparentemente tal conducta parece confirmar, esto es de que en efecto su intención fue cesar definitivamente en el trabajo el día 8».

De ahí que se concluya que en dicho supuesto la relación laboral se extinguió por voluntad del trabajador, es decir, por dimisión, y no por despido. Así, conforme a esta sentencia, el hecho de que un trabajador diga que no volverá al trabajo constituye una manifestación de voluntad terminante de dimitir, cuando los actos posteriores del trabajador confirman aquella manifestación de voluntad.

1.2.2. Segunda sentencia a considerar

En segundo lugar, también resulta esclarecedora la STSJ de Galicia 4^a, de 12 de febrero de 2024, núm. rec. 4921/2023.

Conforme a los hechos probados, un trabajador fijo discontinuo ante la falta de llamamiento en abril de 2021 entendió que se había producido su despido. Sin embargo, en el acto de conciliación, el empresario defendió que la relación laboral seguía viva, al considerar que al tratarse de un trabajador fijo discontinuo la duración de su trabajo es estimada y que la causa del no llamamiento obedeció a la incertidumbre del sector y a las limitaciones administrativas del sector. Hay que tener en cuenta que el trabajador prestaba servicios para desarrollar eventos musicales, gastronómicos y culturales y que, previamente, la empresa había estado en situación de ERTE por fuerza mayor derivado del COVID 19.

Concretamente, en septiembre de 2021, el empresario remitió al trabajador notificación de llamamiento para que en el plazo de 3 días se presentara en un centro de trabajo y trabajara allí durante 10 días. Pero el trabajador envió el siguiente Whatsapp a la empresa: «No gracias la verdad es que después de dos años que nadie se dignó a hablar conmigo a informarme de mi situación en la empresa me venís un viernes avisándome que el lunes vaya a trabajar una semana y media de contrato? no gracias no estoy tan desesperado como para irme a boimorto palear as maquinas.... levais meses monatndo eventos y a mi nadie me llamo aunque fuese para decirme que no contabais conmigo pero me parece una falta de respeto que me llamáis ahora para ir una semana y media. Con todo el respeto del mundo pero el lunes no conteis conmiendo. Un saludo y de todos modos gracias» [transcripción literal].

El Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Coruña, en primera instancia, concluyó que no se había producido un despido, por falta de llamamiento, sino un desistimiento por parte del trabajador.

En verdad, el trabajador tan sólo se refirió a las que entendió eran irregularidades del contrato y del llamamiento efectuado, y no denunció infracción de norma jurídica o de jurisprudencia, ni de argumentación, vinculada a la misma, sobre la existencia de despido.

El TSJ de Galicia llega a la misma conclusión ante el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador. Sin embargo, para despejar cualquier duda realiza una serie de apreciaciones de gran relevancia para comprender lo que supone la dimisión, abandono o desistimiento del trabajador con ánimo extintivo:

(a) El Tribunal Supremo ha conceptualizado la dimisión del puesto de trabajo en su sentencia de 19 de octubre de 2.006 [núm. rec. ud. 3491/2005], declarando que: «1º) la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, bastando que “la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral” [sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2.000, que cita la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.990 (RJ 1990, 7512)]; 2º) así, pues, la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador “clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito”, si bien en tal caso la manifestación se ha de hacer por “hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención o alcance” [sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1.990 (RJ 1990, 9762)]; y 3º) en concreto, las conductas de “abandono de trabajo” pueden ser unas veces simple falta de asistencia al trabajo y pueden tener otras un significado extintivo, dependiendo la inclinación por una u otra calificación del “contexto”, de la “continuidad” de la ausencia, de las “motivaciones e impulsos que le animan” y de “otras circunstancias” (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2000, con cita de sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1.988)».

(b) Declara la STS 4ª, de 27 de junio de 2.001 [núm. rec. ud. 2017/2000]: «La dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prolongado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono [mencionado en la vieja Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (RCL 1944, 274), artículo 81; y tangencial-

mente en el Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), artículo 21.4 a propósito de los pactos de permanencia], materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión; sino que, y este sería el significado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato».

- (c) La dimisión o voluntad unilateral del trabajador de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita; es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, o de un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva (STS 4ª, de 21 de noviembre de 2.000 [núm. rec. ud. 3462/1999]).

A la luz de todo ello, el TSJ de Galicia no duda en entender que en dicho supuesto «hay manifestación expresa por parte del trabajador de su intención de finalizar la relación laboral existente, pues así se extrae del contenido del WhatsApp remitido (...)», y de ahí que concluya que la relación laboral ha finalizado «por desistimiento del trabajador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49.1.d) [del TRLET]».

Así, en este caso, el mero hecho de no presentarse en el trabajo en el plazo de tres días dado por el empresario constituye dimisión, teniendo en cuenta que el trabajador contestó por whatsapp al empresario que no acudiría más a trabajar.

1.2.3. Tercera sentencia a considerar

Por último, resultan de interés las aportaciones realizadas por la STSJ de Madrid 4ª, de 19 de febrero de 2024, núm. rec. 646/2023.

Según los hechos declarados probados, un trabajador, con la categoría de farmacéutico, comunicó en abril de 2022 a su empresario que no quería continuar prestando servicios en la empresa, ya que no quería realizar turno de noche. Se le ofreció turno rotativo tarde-noche pero el trabajador no aceptó y mantuvo su intención de dejar de trabajar en la empresa preavisando en este sentido y manifestando que permanecerá hasta que la empresa contratara a alguien que le sustituyera.

El empresario contrató a otro trabajador para cubrir el puesto en agosto de 2022 y el trabajador que había manifestado su intención de abandonar la empresa inició relación laboral con otra empresa en octubre de 2022. Este trabajador interpuso una demanda por despido en agosto en el Juzgado de lo Social núm. 16 de los de Madrid.

El TSJ de Madrid, además de traer a colación aspectos ya comentados en las sentencias previamente comentadas, realiza las siguientes apreciaciones, con alusiones a los hechos probados en el caso concreto:

- (a) Es relevante la toma en consideración de lo ya señalado por la STS 4^a, de 20 de enero de 2021, núm. rec. ud. 2093/2018, cuando se trae a colación que: «La excepción a la efectividad y validez de la retractación se ha aceptado en los supuestos de preaviso, siempre, que la relación jurídica siga existiendo y no se irroge un perjuicio sustancial a terceros (STS/4^a de 17 julio 2012 (RJ 2012, 9311) —rcud. 2224/2011—). Por tanto, para la Sala, constituye despido no aceptar la retractación de la trabajadora realizada durante el preaviso, en base al principio de la buena fe contractual, si no se ha ocasionado ningún perjuicio al empresario, que todavía no había contratado a ningún sustituto (STS/4^a de 1 julio 2010 (RJ2010, 8438) —rcud. 3289/2009—)».

- (b) En el caso concreto objeto de enjuiciamiento, se recuerda que «existió una manifestación de baja voluntaria por parte del actor, de forma verbal, a su encargada, el día 24-04-22; que dicha manifestación fue clara y terminante, demostrando de forma incontestable el propósito deliberado del actor, de dar por terminado su contrato de trabajo. El actor no llegó a concretar la fecha de efectos de su baja voluntaria, si bien le indicó a su encargada que permanecería en la empresa hasta que contrataran a alguien para sustituirle. El Convenio colectivo aplicable exige en estos casos de forma obligatoria, un preaviso de 90 días, que en este caso se cumplirían el 24-07-22. El actor, pese a la insistencia de su encargada, para que concretara la fecha en que pensaba marcharse, para organizar los turnos de vacaciones, no es claro. La empresa le pregunta si pensaba trabajar el mes de julio que es cuando acabaría su relación laboral, o bien se iba a marchar antes, y el actor solo indica que no tiene problemas, hasta que le salga algo, porque está haciendo entrevistas. Y constando acreditado que la empresa contrató a otro trabajador para sustituirle y que este estuvo en disposición de prestar servicios eficazmente el día 1 de agosto de 2022 (Fundamento jurídico segundo), fecha en que ya se había cumplido hacía una semana el preaviso de dimisión del actor, procede a darle de baja en Seguridad Social».

- (c) Precisamente, como consecuencia de lo anterior, el TSJ de Madrid considera que: «No puede hablarse aquí de que el actor se hubiera retractado de su

decisión de causar baja, sino que, tras manifestar su intención a la empresa, pretende adecuar el momento de la baja, a su exclusiva conveniencia, hasta encontrar un trabajo más de su agrado, y ello no resulta admisible, dados los perjuicios que tal indecisión, estaría ocasionando a la empresa. Una vez manifestada su intención de cese, el 24-04-22, transcurridos los 3 meses que exige el convenio de preaviso, podía la empresa proceder a cursar la baja voluntaria, en cualquier momento, a menos que en ese ínterin, hubiera habido una retractación, cosa que aquí no ocurre. Y lo cierto es que la empresa cursa la baja del actor en el momento en que ya dispone de un trabajador para que le sustituya, una vez cumplidos los 3 meses de preaviso; lo que le comunica en la carta de 1-08-22, que en modo alguno puede ser calificado de despido».

Por todo ello, el TSJ de Madrid confirma la sentencia recurrida, a saber, la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 16 de los de Madrid, y concluye que se produjo una dimisión del trabajador *ex* artículo 49.1d) del TRLET y no un despido.

Así, el hecho de preavisar al empresario de la baja voluntaria sin concretar la fecha de efectos de la misma da lugar a comprender que existe dimisión si, tras transcurrir el correspondiente plazo de preaviso, el trabajador no se encuentra prestando servicios en la empresa.

1.2.4. Conclusión derivada de las sentencias analizadas

De las sentencias analizadas se deduce que, cuando existe un plazo de preaviso y se produce una dimisión tácita o el trabajador se limita a expresar al empresario que no continuará en la empresa, sin mayor concreción, pero incumple el preaviso, al dejar de acudir a su puesto de trabajo, lo más prudente y correcto es esperar a que transcurra el plazo de preaviso para dar de baja al trabajador, con la seguridad de que entonces resulta indubitado que la relación laboral se ha extinguido por dimisión *ex* artículo 49.1d) del TRLET.

Por su parte, cuando no existe un plazo de preaviso y se producen las situaciones señaladas, para una mayor garantía, parece que es conveniente que el empresario comunique, con acuse de recibo, un plazo para la incorporación al trabajador ausente y, tras el transcurso de dicho plazo, si no se produce la incorporación, se entienda que se ha producido la dimisión del trabajador y se proceda a dar de baja al trabajador.

1.3. Evidencia de que la problemática planteada existe en la práctica

La STSJ del País Vasco 4ª, de 13 de febrero de 2024, núm. rec. 2484/2023, constituye un claro ejemplo de que la problemática planteada existe en la práctica. Cuestión distinta es que quien suscribe este estudio no comparta el fallo de dicha sentencia, por lo que se razonará posteriormente.

1.3.1. Hechos que dan lugar al litigio

Conforme a los hechos declarados probados en esta sentencia, se trata de una empresa que cuenta con dos gerentes. Existe escritura pública notarial a través de la cual se confiere poder a ambos gerentes para ejercitar amplias facultades.

El 7 de julio de 2022 uno de los gerentes comunicó al otro gerente su propósito de causar baja voluntaria en la empresa. Desde esa fecha el gerente que comunicó la baja voluntaria no volvió a prestar servicios en la empresa.

El 31 de julio de 2022 el gerente que continuaba prestando servicios en la empresa envió un correo electrónico al otro gerente, en el que, entre otros extremos, se le instaba a reincorporarse al trabajo el 2 de agosto de 2022 y se le comunicaba que a partir de esa fecha debía prestar sus servicios en otra oficina de la empresa, en la que se le asignarían trabajos acordes a las funciones que venía realizando, teniendo en cuenta que la empresa había perdido la confianza en él.

El 2 de agosto de 2022 el gerente que había comunicado la baja voluntaria remitió un correo electrónico al otro gerente, a través del cual solicitó la extinción de la relación laboral en virtud del artículo 41.3 del TRLET.

La empresa continuó abonando la remuneración al gerente que había comunicado la baja voluntaria, hasta que el 7 de octubre de 2022, es decir, al de 3 meses desde que aquel comunicó dicha baja voluntaria, la empresa le dio de baja en la Seguridad Social.

Ante ello, el trabajador demandó a la empresa por despido improcedente.

El Juzgado de lo Social núm. 9 de los de Bilbao declaró la existencia de un despido improcedente y no de una dimisión. Además, calificó la relación laboral del gerente afectado como relación laboral común y no como relación laboral especial de alta dirección. Para descartar que existiera dimisión del trabajador entiende el juzgador que todo lo que consta es una comunicación de intenciones en relación a su voluntad de causar baja en la empresa, pero en absoluto una expresión inequívoca e indubitada del trabajador de hacerlo desde ese momento (7 de julio de 2022), y sin someter la baja a ninguna condición. Además, entiende que los actos posteriores de la empresa avalan que no había considerado la dimisión del trabajador.

1.3.2. Resolución y fundamentos del TSJ del País Vasco

El TSJ del País Vasco, ante el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, confirmó íntegramente la sentencia de instancia de conformidad con sus propios razonamientos.

Así, en primer lugar, sostiene que existe una relación laboral común y no especial de alta dirección, al afirmar que, si bien se otorgan amplias facultades conforme a la escritura pública notarial, no se ha probado por parte de la empresa, que sostiene la naturaleza de relación laboral especial de alta dirección, que verdadera y realmente se hayan ejercido tales facultades.

Concretamente, señala el TSJ del País Vasco que:

«(...) lo determinante es cómo se ha desenvuelto en el tiempo la prestación de servicios del demandante para la demandada para apreciar si en ese desarrollo concurren las notas características del contrato especial de alta dirección, que son el ejercicio “con plena autonomía y responsabilidad” de los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (en palabras de STS de 4 de junio de 1999 “decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa”), tratándose de poderes “relativos a los objetivos generales de la misma” (en la dicción de la sentencia citada, desempeño de “áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa”)».

Y a la luz de ello, concluye que:

«Ninguna prueba aporta la empresa en orden al desempeño por el demandante de facultades inherentes a la titularidad de la empresa, o a la adopción de decisiones fundamentales y estratégicas en cuanto propias de la gestión económica de la empresa, o en materia de contratación (...)»².

En segundo lugar, entiende el TSJ del País Vasco que existe un despido improcedente por parte de la empresa y no una dimisión del trabajador. En su parecer así se evidencia de los actos de la empresa posteriores al 7 de julio de 2022, pero también del propio trabajador.

En relación con los actos de la empresa, menciona que el 1 y el 2 de agosto de 2022 la empresa encomendó al trabajador nuevas tareas, que mantuvo a este en la Seguridad Social hasta el 7 de octubre de 2022, que hasta esa fecha siguió abonándole la retribución y

• • • • •

² En este sentido vid. MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, pp. 36-37.

que en ningún momento se ejerció el poder sancionador pese a que el trabajador no volviera a trabajar en la empresa.

En lo que respecta a los actos del trabajador, señala que no consta que este expusiera su voluntad de dimitir de forma clara y manifiesta, y que las faltas de asistencia muestran, en su caso, indisciplina o incumplimiento, pero no voluntad expresa de causar baja en la empresa, máxime cuando el 2 de agosto de 2022 envió un correo electrónico al otro gerente, en el que solicitó la extinción de la relación laboral en virtud del artículo 41.3 del TRLET por considerar que en esa misma fecha se habían modificado sus condiciones laborales.

Así, al considerar que la relación laboral ordinaria continuó vigente en todo momento hasta que la empresa le dio de baja en la Seguridad Social el 7 de octubre de 2022, concluye el TSJ del País Vasco que se ha producido un despido improcedente.

1.3.3. Nuestro posicionamiento

A nuestro entender, muy al contrario de lo que entiende el TSJ del País Vasco, el planteamiento de la empresa es acorde con las soluciones planteadas por la jurisprudencia, y que han sido analizadas *supra*, para dirimir si existe dimisión o ausencia injustificada del trabajador sancionable incluso con despido disciplinario.

En efecto, la empresa considera que estamos ante una baja voluntaria de un gerente que actúa como alto directivo. Por ello, dado que en la relación laboral especial de alta dirección existe el deber de preaviso, y que en el supuesto que da lugar al litigio uno de los gerentes comunica su baja voluntaria e incumple el preaviso, al no volver a trabajar más, la empresa actúa prudentemente y espera a que transcurran los tres meses de preaviso regulados en el ámbito de la relación laboral especial de alta dirección para dar de baja al trabajador en la Seguridad Social. Como se ha afirmado *supra*, en ese momento resulta indubitado que la relación laboral se ha extinguido por dimisión *ex* artículo 49.1d) del TRLET.

A pesar de que el TSJ del País Vasco concluya que no estamos ante una relación laboral especial de alta dirección hay dos hechos que deben destacarse.

Por una parte, la empresa, a través del gerente que se mantiene activo en su puesto de trabajo, comunica el 31 de agosto de 2022 al gerente que había comunicado su baja voluntaria que debía reincorporarse al trabajo el 2 de agosto de 2022. Constituye ello, una de las medidas que se han considerado *supra* adecuadas ante los supuestos de actuación tácita por quien abandona el puesto de trabajo, por lo que en el caso objeto de estudio con más razón debe entenderse una medida adecuada. Ciertamente, con ese requerimiento la empresa supera cualquier duda en torno a la verdadera voluntad del trabajador: dimitir o incumplir.

Por otra parte, el hecho de que el gerente que comunicó su voluntad de causar baja voluntaria enviara el 2 de agosto de 2022 un correo electrónico al otro gerente, solicitando

la extinción de la relación laboral en virtud del artículo 41.3 del TRLET, en nada afecta a su obligación de seguir prestando servicios en su puesto de trabajo. Efectivamente, en ese caso, para que pueda producirse la extinción del contrato pretendida, es necesario que, previamente, se declare judicialmente que existe una modificación sustancial de las condiciones de trabajo ajustada a Derecho, conforme a lo indicado en el artículo 138.7 de la LRJS. Mientras tanto el trabajador tiene la obligación de continuar trabajando, salvo que, con fundamento en el artículo 79.1 de la LRJS, en conexión con el artículo 727.11 de la LEC, se haya solicitado la suspensión del contrato como medida cautelar y el juez conceda tal medida cautelar. Nada de ello se da en el caso objeto de estudio. En consecuencia, a nuestro entender, la empresa actúa prudentemente, a la espera del transcurso de los tres meses de preaviso, asegurándose así que, efectivamente, el trabajador ha abandonado su puesto de trabajo tras el transcurso del mismo. Además, nada cabe objetar a la empresa, pues durante todo ese tiempo continúa retribuyendo y cotizando. Precisamente, el no actuar de esa manera es lo que daría lugar a un despido tácito. Por lo demás, el hecho de que el TSJ del País Vasco no considere que exista una relación laboral especial de alta dirección, de lo que deriva la inexistencia de preaviso de tres meses, en nada afecta a la actitud de la empresa, pues cuanto más tiempo pase sin que el trabajador se incorpore a su puesto de trabajo, más certidumbre se genera sobre la idea de que existe una dimisión por parte del trabajador.

2. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA EXTENSIÓN AL EMPLEO PÚBLICO DE LA REGULACIÓN CONTEMPLADA EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN ACERCA DE LA PROHIBICIÓN DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN DE PARTICIPAR COMO ELECTOR Y COMO ELEGIBLE EN LAS ELECCIONES A LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN UNITARIA

El artículo 16 del Real Decreto 1382/1985, bajo la rúbrica «Derechos de representación» establece que, sin perjuicio de otras formas de representación, el personal de alta dirección no participará como elector ni como elegible en los órganos de representación regulados en el Título II del TRLET, es decir, en los órganos de representación unitaria (delegados de personal y comités de empresa).

En consecuencia, la determinación de quién está sujeto a una relación laboral especial de alta dirección resulta clave para decidir qué trabajadores pueden ser electores y elegibles en las elecciones a tales órganos.

Habiéndose analizado ampliamente por la doctrina científica, a la luz de la jurisprudencia

dencia existente al respecto, la determinación de quién puede estar sujeto a dicha relación laboral especial³, en este apartado centraremos la atención en la problemática que puede surgir en el empleo público si no se determina con claridad quién puede ser directivo público profesional, una figura más amplia que la del personal de alta dirección regulada por el Real Decreto 1382/1985, pero que abarca también a este personal, y a la cual se le debe aplicar, en todo caso, la prohibición propia de la relación laboral especial de alta dirección, consistente en que el personal de alta dirección no puede participar como elector y como elegible en las elecciones a los órganos de representación unitaria.

En principio, hay que tener en cuenta que en virtud de la Disposición Transitoria quinta del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP), continua vigente el artículo 16.2.b) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, conforme al cual, en lo que se refiere a los funcionarios públicos, «no tendrán la condición de electores ni elegibles: (...) quienes desempeñen cargos con categoría de Director general o asimilados u otros de rango superior».

Por su parte, de acuerdo con lo previsto por el artículo 13 del TRLEBEP, cuando el personal laboral actúa como personal directivo queda sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección, por lo que resulta de aplicación el artículo 16 del Real Decreto 1382/1985 arriba comentado.

Precisamente, ante la falta de desarrollo del artículo 13 del TRLEBEP en el ámbito estatal para concretar el régimen jurídico aplicable al personal directivo profesional que regula dicho precepto⁴ debe estarse a otras normativas, como las autonómicas⁵. En concreto, por



3 Por todos, vid. MARTÍNEZ MORENO, C., cit., pp. 38-133; MOLERO MANGLANO, C., El contrato de alta dirección, Civitas, 2ª edición, Madrid, 2004, pp. 150-171 y 181-219; DE VAL TENA, A.L., “Los empleados directivos: delimitación de la figura”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, A.L. (Dirs.), El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social), Comares, Granada, 2010, pp. 81-140.

4 Sobre los problemas derivados de esa falta de concreción en el ámbito estatal vid. MARTÍNEZ MORENO, C., “El personal de alta dirección: concepto y régimen jurídico a partir de la jurisprudencia”, en GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado Don Antonio Martín Valverde, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 110-112. En especial sobre el desarrollo del concepto de personal laboral de alta dirección en el sector público a partir del 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, vid. ARUFE VARELA, A., “El personal laboral de alta dirección del sector público. Una revisión crítica”, Revista de Política Social, núm. 94, 2021, pp. 79-108.

5 Sobre el desarrollo incipiente llevado a cabo en el ámbito de las comunidades autónomas, vid. MAESO SECO, L.F., “El personal directivo en las leyes autonómicas del desarrollo del EBEP”, Revista

su aprobación reciente, así como por su calidad en la determinación de quién debe ser considerado personal directivo profesional, de las funciones de estos —que permiten a la Administración identificar, en el marco de su capacidad de autoorganización, la naturaleza directiva de los puestos y los requisitos para su desempeño— y del régimen jurídico aplicable a este colectivo, cabe destacar la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco (cfr. artículos 32, 33 y 39). Con esta norma queda claro que el directivo público profesional puede ser personal funcionario o laboral, y que ambos, dependiendo de la naturaleza del puesto para el que son designados, pueden acceder a su puesto mediante un nombramiento de carácter administrativo o mediante la formalización de un contrato laboral de alta dirección. Pero, insistimos, lo importante es determinar todos los aspectos que se han mencionado, de forma y manera que si se tienen claros esos aspectos no surgirán dudas respecto a la exclusión como electores y elegibles de las personas que ejerzan de directivo público profesional en los procesos electorales a órganos de representación unitaria.

Cuestión distinta es que de las funciones asignadas a determinados empleados públicos pueda deducirse su carácter de directivo público profesional y que, por consiguiente, deban quedar excluidos de los censos electorales constituidos para las elecciones a órganos de representación unitaria.

Ciertamente, se trata de una situación que parece que hasta la fecha no ha planteado conflictos, dado que la doctrina de autores o científica no ha abordado esta cuestión, y que tampoco hemos encontrado más jurisprudencia que la que se va a comentar. Pero ello no quiere decir que el problema no existe y que, por tanto, no puedan surgir conflictos.

Un claro ejemplo de ello lo constituye el litigio planteado en la Universidad de León, como consecuencia de la impugnación por parte de UGT del censo electoral constituido para las elecciones a la Junta de Personal, y por la que se solicita la exclusión del proceso electoral como electores y elegibles de las personas que ostentan los cargos de rector, secretaria general, vicesecretario general y vicerrectores, así como la declaración de nulidad de las decisiones de la mesa electoral contrarias a la solicitud realizada.

Pues bien, el Laudo Arbitral de 9 de junio de 2023, consecuencia del arbitraje obligatorio contemplado en los artículos 76 del TRLET y 44 f) del TRLEBEP⁶, estima la impugnación y excluye del censo electoral a las personas que ostentan los cargos referidos.



Vasca de Administración Pública, núm. 91, 2011, pp. 283-323.

Sobre las distintas normas administrativas que regulan el personal directivo y la necesidad de que estas se adapten entre sí de manera coherente, vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., “Clases de personal”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 2008, pp. 107-108.

6 Sobre lo idéntico del procedimiento electoral, que incluye el arbitraje obligatorio, en las empresas privadas y en las Administraciones públicas, vid. DESDENTADO DAROCA, E., Las relaciones laborales en las Administraciones públicas, Bomarzo, 2ª edición, Albacete, 2016, pp. 147-148.

Con fundamento en el Laudo Arbitral emitido el 24 de mayo de 2019, en el anterior proceso electoral del año 2019, y en la SJS núm. 1 de los de León, de 8 de agosto de 2019, núm. rec. 440/2019, a la que nos referiremos a continuación, el árbitro entiende que, conforme a la normativa que regula las funciones de los cargos en cuestión, se trata de cargos con categoría de Director General o asimilados excluidos del censo electoral expresamente por el TRLEBEP. Para ello, se argumenta que los vicerrectores han de ser excluidos, en atención básicamente a las delegaciones de competencias establecidas en la Resolución de 11 de mayo de 2016 del Rectorado de la Universidad de León (BOCYL de 19 de mayo de 2018), así como a que son nombrados por el propio rector (artículo 80 y concordantes de los Estatutos de la Universidad de León), y que la secretaria general también debe ser excluida por ser, igualmente, nombrada por el rector y por las funciones que realiza (artículo 82 de los Estatutos de la Universidad de León y concordantes). Además, trayendo a colación la argumentación contenida en el anterior Laudo que se ha mencionado, subraya que resulta todavía más importante el hecho de que los vicerrectores y la secretaria general, junto con el rector, actúan en las mesas de negociación, en representación de la Universidad, y que, dado que en la otra parte de la mesa ha de situarse la Junta de Personal que surja del proceso de elección a órganos de representación unitaria, aquellos actúan como empresa y, por tanto, no parece lógico que quien participa como tal en la mesa de negociación, quien tiene atribuidas competencias en materia que afecta a la representación de los trabajadores y su ejercicio, pueda estar a ambos lados de la mesa.

En lo que se refiere a la SJS núm. 1 de los de León, de 8 de agosto de 2019, núm. rec. 440/2019, antes mencionada, debe destacarse su razonamiento, según el cual, en relación con el Laudo dictado en 2019, pero que también resulta aplicable al Laudo de 2023 arriba comentado: «nada impide que en esta materia, sobre todo en lo relativo a la intervención en las mesas de negociación y actividad asimilada —actividad vinculada necesariamente al contenido esencial de la libertad sindical (artículo 28.1 CE y concordantes)—, los parámetros aplicables a la empresa privada puedan ser trasladables, *mutatis mutandi*, a la Universidad de León, en cuanto Administración (...), sobre todo si se trata de materia tan sensible como esa, en la que es doctrina consolidada que una misma persona no puede asumir una doble función —en principio antagonista— en una mesa de negociación, por posible afectación y/o vulneración del contenido esencial de la libertad sindical».

En todo caso, debe matizarse que para que este tipo de impugnaciones prosperen es necesario acreditar el tipo de contrato o vínculo que tienen las personas que se pretenden excluir del censo electoral, dando la oportunidad de acreditarlo y de formular alegaciones.

En efecto, por no cumplir con dichos requisitos se han declarado nulos distintos Laudos Arbitrales dictados en procesos electorales en la Universidad de León⁷.

3. BIBLIOGRAFÍA

- ARUFE VARELA, A., “El personal laboral de alta dirección del sector público. Una revisión crítica”, *Revista de Política Social*, núm. 94, 2021, pp. 79-108.
- DE VAL TENA, A.L., “Los empleados directivos: delimitación de la figura”, en MONE-REO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, A.L. (Dirs.), *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*, Comares, Granada, 2010, pp. 81-140.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, Bomarzo, 2ª edición, Albacete, 2016.
- MAESO SECO, L.F., “El personal directivo en las leyes autonómicas del desarrollo del EBEP”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 91, 2011, pp. 283-323.
- MARTÍNEZ MORENO, C.:
- La relación de trabajo especial de alta dirección, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.
 - “El personal de alta dirección: concepto y régimen jurídico a partir de la jurisprudencia”, en GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 110-112.
- MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 2004.
- SALA FRANCO, T., *Derechos de las Relaciones Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Clases de personal”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 2008, pp. 107-108.



⁷ Por todas, vid. SJS núm. 2 de los de León, de 31 de julio de 2023, núm. rec. 238/2023 y SJS núm. 2 de los de León, de 2 de septiembre de 2019, núm. rec. 426/2019.