

1.- La exclusión de los consejeros y miembros del órgano de administración.

En relación con esta cuestión pueden hacerse varias observaciones iniciales. La primera de ellas, que para la calificación de la naturaleza jurídica de la relación existente entre el administrador y la sociedad, y en su caso la exclusión de la misma del ámbito del Derecho del Trabajo, parece haber tenido un peso decisivo para la doctrina laboralista el dato estructural de la inexistencia de ajenidad o alteridad en la aludida relación. A su vez, esta conclusión encuentra su fundamento en la teoría orgánica, por la que una parte de la doctrina mercantilista se ha inclinado en la explicación de estas relaciones. El vínculo existente, en base a dicha tesis, se configura como un vínculo de naturaleza societaria y de carácter orgánico, en virtud del cual el órgano personifica a la sociedad misma.

Sin embargo, y aunque no es materia propia de este trabajo, con el único ánimo de tratar de clarificar las dudas que surgen en torno a esta cuestión, debe aludirse a la presencia de posturas contractualistas mantenidas por una autorizada representación de aquella doctrina, que defienden la paralela existencia de dos fenómenos, el de la representación orgánica en virtud de la cual se exterioriza la voluntad de la persona jurídica societaria y el de la relación jurídica que vincula al administrador -persona que ostenta la posición jurídica de órgano- con la sociedad. Respecto de esta última, se predica el carácter contractual. A la repercusión que estas tesis contractualistas puedan tener en el orden laboral, se hará referencia un poco más adelante³⁸.

Ahora bien, sea cual sea la tesis que se adopte, lo cual tiene indudable relevancia dogmática y práctica en el campo de las estrictas relaciones administrador/sociedad, éstas quedan en

³⁸Vid. *infra*, ap.5.

todo caso fuera del ámbito del Derecho del Trabajo y regidas por el Derecho Mercantil, a cuyas normas incumbe la regulación de los distintos y complejos aspectos que presenta su disciplina jurídica -nombramientos, revocaciones, derechos y obligaciones, responsabilidades, etc.-. Habrá que estar, por tanto, a lo que dispongan el CCm, el RRD y, sobre todo, la legislación sobre sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, puesto que es en las sociedades de capital en las que se dan más claramente este tipo de problemas, por la mayor complejidad de su administración y gobierno³⁹.

En segundo lugar, debe destacarse que la exclusión se formula de manera condicionada, y que la condición consiste en que las tareas desarrolladas por el administrador o consejero sean exclusivamente las que éste está llamado a desempeñar en virtud de dicho título o cargo, esto es, que no desarrolle de manera acumulada y simultáneamente un trabajo por cuenta de la sociedad. La dificultad más inmediata que se plantea está en la frecuencia con que en la práctica empresarial se presenta este ejercicio simultáneo de funciones en atención a la existencia de relaciones jurídicas de distinta naturaleza en virtud de las cuales el trabajador ocupa una diferente posición en la empresa, práctica que va a hacer más delicada la delimitación de figuras y la calificación jurídica en algunos supuestos.

Finalmente, también conviene reseñar que es lógico que la exclusión se reitere en la normativa específica sobre el personal de alta dirección, porque precisamente la mayor dificultad a la hora de proceder a dicha delimitación se va a producir en relación con el alto directivo. En efecto, existe una originaria confusión sociológica de estos dos colectivos -consejeros y directivos- en un único grupo, lo que condujo tradicionalmente a su conjunta exclusión de la normativa laboral. Esta es, probablemente, la razón por la que se ha interpretado que en la

³⁹En las sociedades personalistas las relaciones entre administrador y sociedad se seguirán rigiendo por las normas sobre el mandato.

exclusión contenida en el art.7 de la LCT de 1944 y que se refería a las personas "que desempeñan en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo", comprendía a distintos colectivos, a saber, consejeros y administradores, altos directivos y directivos comunes⁴⁰.

Es a partir de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, como se ha advertido en el capítulo primero, cuando el ordenamiento laboral "dividió el grupo (de los altos cargos de la empresa) en dos categorías, incluyendo al personal directivo y excluyendo tan sólo al simple consejero..."⁴¹.

Por todo lo que se lleva dicho es fácil adivinar que uno de los problemas que se plantea desde el momento en que se declara al personal de alta dirección incluido en la normativa laboral, si bien como relación laboral especial, junto a la cuestión básica de la concreción acerca de lo que haya de entenderse por trabajador de alta dirección o alto cargo a efectos de determinar su inclusión en el ámbito del Derecho del Trabajo y, después, el régimen jurídico que le va a ser de aplicación -común o especial-, es la separación de esta figura frente a las personas que integran los órganos de administración de las empresas con forma jurídica societaria, es decir, de los administradores y demás cargos societarios.⁴² Es lo que se ha venido denominando delimitación "hacia arriba" del concepto de alto directivo, tarea de la que se ha predicado que conlleva las máximas dificultades en la mayoría de los ordenamientos.

2.- Las funciones de los administradores en la sociedad y del directivo en la empresa.

⁴⁰ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. op.cit., pp.71 y ss.

⁴¹BORRAJO DACRUZ, E., "Conservación de la relación de trabajo cuando el trabajador ocupa también un puesto de alta dirección en la Empresa", loc.cit., p.12.

⁴²RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Jornada de estudio sobre Personal Directivo: Presentación", R.L. 1986, I, pág.13.

Como ya se dijo al iniciar este apartado, una de las intenciones que inspiran este capítulo es la distinción funcional de estas dos figuras. La primera tarea para llevar a cabo esa delimitación es averiguar si existen diferencias entre los cometidos inherentes al cargo de consejero societario y las funciones que ejercita el directivo empresarial. Para ello poco ayudan los textos legales, toda vez que, como ya se ha adelantado y han puesto de manifiesto en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia en reiteradas ocasiones⁴³, existe una coincidencia, siquiera parcial o relativa, desde el punto de vista estrictamente funcional, entre las situaciones descritas en los arts.1,3^o,c) ET y el 2,1^o,a) RDAD.

El primero de dichos preceptos excluye del ámbito laboral a quienes se limiten a desempeñar, exclusivamente, las funciones que implica la condición de consejero de una sociedad pero siempre que se dé, lo que en alguna ocasión se ha denominado de forma expresiva, una "reducción máxima del contenido funcional" de dicho cargo.⁴⁴ Esta expresión ya da una idea de que las funciones seguramente sean de la misma naturaleza o al menos de contenido parcialmente coincidente y que la clave de la delimitación no está tanto en el tipo de funciones como en otros factores. Pero vamos a continuar en la averiguación de los posibles criterios de diferenciación.

En este mismo capítulo ya se ha hecho referencia a la atribución conjunta e indistinta de funciones de gestión y

⁴³ Recientemente, la S.TS. de 13 de mayo de 1991 (R.3906) ha resaltado la existencia de un punto de coincidencia en la delimitación de las actividades de mero consejero y personal de alta dirección; también la anterior de 21 de enero de 1991 (R.65). SALA FRANCO, T., op.cit., pág.31, donde pone de manifiesto la dificultad de diferenciar cualitativamente dichos cometidos, siendo quizá el elemento diferenciador el grado y las condiciones de dedicación a los mismos, de mayor intensidad en el directivo. Obsérvese como a efectos de responsabilidad penal, se contemplan conjuntamente ambas figuras (Vid RUIZ VADILLO, E., "La responsabilidad civil y penal del trabajador directivo", R.L. 1986, I, pp.204 y ss.).

⁴⁴ BORRAJO DACRUZ, E., Altos cargos laborales...cit., p.4.

representación que es inicialmente predicable de los órganos de gobierno de la sociedad⁴⁵. Lo dicho entonces es también aplicable a los trabajadores de alta dirección, puesto que no existe en nuestro derecho societario una explícita diferenciación de las funciones gestoras y representativas frente a las específicamente directivas ni una atribución competencial estricta, sino que la Ley deja un amplio margen a la libertad estatutaria y corporativa en este punto de tal forma que es posible proceder a la separación de funciones gestoras y directivas de manera indirecta al permitir que, en virtud de la propia autonomía corporativa, el órgano de administración ejercite íntegramente dichas funciones o se desprenda de parte de las mismas y encomiende su ejercicio de manera delegada a directivos profesionales contratados externamente y, por tanto, no pertenecientes al órgano de administración delegante.

Partiendo de la anterior posibilidad, sí podría intentarse una delimitación funcional de ambos colectivos mediante la profundización en la aludida distinción entre funciones gestoras y directivas. Como se ha visto, se puede trazar una línea divisoria entre lo que se ha denominado la gestión interna estrictamente societaria que se ejercita a través de la adopción de medidas jurídico-corporativas, frente a la gestión externa netamente empresarial y de carácter técnico, dentro de la cual, a su vez, es posible hablar de **dirección**, en la acepción del término sugerida como noción equivalente a la gestión permanente o asidua, esto es, cotidiana y ordinaria del negocio, tal y como ha quedado expuesto con anterioridad.

Desde este punto de vista, y expresado de forma sintética, el cargo societario es quien de manera exclusiva y **ex lege** tiene encomendada la gestión interna tal y como ha sido descrito su

⁴⁵Vid. **supra**, ap.II.4. sobre la distinción entre funciones de administración con relevancia en la esfera interna y externa.

contenido⁴⁶, mientras que el cargo directivo dentro de la empresa es aquel trabajador a quien el titular de la misma le encomienda las actuaciones inherentes a la dirección del negocio⁴⁷.

Probablemente se haya advertido ya que, además de la propia diferencia funcional, se puede establecer un criterio de delimitación que es el del ámbito en que se desenvuelven y al que se refieren las actuaciones en uno y otro caso. Para ello hay que partir de la admisibilidad de la distinción entre empresa y sociedad. En relación con esta cuestión, ya se puso de manifiesto tempranamente que dicha distinción resulta difícil en un plano fáctico, lo que explicaría el por qué de la imprecisión terminológica del art.1,3º,c) ET cuando, al excluir de su ámbito de aplicación a los consejeros, establece que se producirá dicha exclusión cuando su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo, cuando ya se ha visto que la actuación de los administradores se lleva a cabo, por excelencia, en el ámbito de la sociedad y el cargo es un cargo societario.

A pesar de lo anterior, se ha tratado de abundar en la distinción sociedad/empresa. Desde el punto de vista estrictamente mercantil, se ha mantenido la tesis de dicha diferenciación entre la empresa y la sociedad que ostenta su titularidad, mediante el establecimiento de una comparación entre la situación del empresario individual y el societario. Respecto

⁴⁶ BORRAJO DACRUZ, E., Altos cargos laborales, cit., pág.25, donde el autor explica la "inicial confusión entre directivo y administrador" por la influencia de la normativa mercantil sobre el factor y el gerente; en el mismo sentido VIDAL CARUANA, G., El alto directivo. El contrato laboral especial. Madrid, 1987, para quien el Consejero, el Administrador Unico y el Apoderado "se ocupan de la Sociedad, el Alto Directivo sume la facultad de gestionar la Empresa" (pág.11); el mismo autor en El directivo y las relaciones laborales. Madrid, ed.CDN, 1989, pág.11; IGLESIAS CABERO, M., op.cit., pág.34 ("...funciones de gobierno y administración...").

⁴⁷ BAYON CHACON, G./PEREZ BOTIJA, E., op.cit., p.220.

del primero se da la circunstancia de que en él coinciden tres elementos: la titularidad de los bienes afectos a la actividad empresarial, la condición jurídica de empresario y el sometimiento al riesgo empresarial; ninguno de los cuales concurre en los accionistas o socios partícipes de la sociedad, sino más propiamente en el ente social mismo⁴⁸. Pero partiendo del concepto mismo de administrador podría llegarse a idéntica conclusión de una manera mucho más sencilla: los administradores constituyen el órgano de gestión y representación **de la sociedad**⁴⁹.

Una vez apuntada esta posibilidad, aunque frágil y discutida, se ha introducido como criterio diferenciador entre consejero y directivo el de la importancia de la posición que ocupe el individuo dentro de la sociedad y dentro de la empresa, y se ha afirmado que la condición de miembro del personal de la empresa es la condición **sine qua non** para que se pueda hablar de contrato de trabajo, de forma que la exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo sólo se acepta cuando la posición del sujeto a calificar se circunscribe al área societaria sin desempeñar trabajo por cuenta de la empresa. Esto es, la situación en el área estrictamente societaria se daría, muy claramente, respecto de aquellos miembros del órgano de administración que sólo hayan conservado las funciones de gestión interna de la sociedad habiéndose desprendido de las de gestión ordinaria y dirección del negocio, bien en virtud de la delegación de facultades en otros cargos societarios, bien en directivos contratados

⁴⁸IGLESIAS PRADA, J.L., op.cit., pp.41 y 42; también ALVAREZ ALCOLEA, M., "Origen y configuración de las relaciones laborales societarias", en R.P.S. nº 111, 1976, admite la existencia de un trabajo subordinado como objeto de la aportación industrial, con base en la "distinción entre sociedad y empresa social; la primera como empresario titular de la empresa, y la segunda como actividad organizada o comunidad de trabajo..." (p.28).

⁴⁹POLO, E., op.cit., p.39.

externamente⁵⁰; mientras que la posición exclusivamente empresarial es la que corresponde a los directivos y altos ejecutivos totalmente desvinculados de los órganos sociales.

Ahora bien, los problemas de delimitación subsisten respecto de la situación intermedia, que es, por tanto, la que resulta verdaderamente conflictiva a estos efectos. Con la expresión de situación "intermedia" estamos aludiendo a la que se produce en los supuestos en los que en un mismo sujeto se observa una confusión entre la cualidad de administrador y el ejercicio de funciones acumuladas por delegación o encargo del titular, esto es, en los individuos en que concurren el desempeño del cargo societario y la circunstancia de haber sido investidos de la facultad de ejercitar también las facultades en orden a la gestión empresarial. Estamos haciendo referencia a los cargos delegados, a los que dedicaremos un apartado específico, dada la intensidad de su problemática y el interés que para este trabajo suscita.

Por tanto, el concepto de alto directivo no puede venir determinado solamente por la realización de altas funciones directivas, como quiera que éstas se hayan descrito o conceptualizado, sino que, como en alguna ocasión se ha apuntado, más bien lo decisivo es su posición social en y para la empresa⁵¹.

Un claro ejemplo de lo que venimos diciendo en cuanto a la reiteradamente aludida dificultad en la separación entre las funciones de gestión-representación de la sociedad y las de dirección de la empresa, lo constituye la sentencia del TS de 10

⁵⁰RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Consejeros Delegados...cit. se refiere a la diferencia entre el núcleo o esencia del poder de gestión, que es indelegable y que compete a los administradores exclusivamente, y la gestión "diaria" que puede delegarse mediante la acumulación de funciones en uno o varios de los miembros del consejo de administración (p.85).

⁵¹BORRAJO DACRUZ, E., "Conservación de la relación de trabajo...loc.cit., pp.12 y 13; BIRK, R., "Der leitende Angestellte -Einige rechtsvergleichende Bemerkungen", RdA, 1988, pág.214.

de noviembre de 1988 (R.8568), en la que no diferencia el Alto Tribunal, en contra de lo razonado en otras ocasiones, si las facultades de gestión y administración se ejercitan por ser propietario, accionista y miembro del órgano de administración en sentido estricto (consejero o vocal del consejo de administración, o administrador único) o se ejercitan por delegación o apoderamiento, en calidad de trabajador por cuenta de la sociedad. Por ello se excluye la competencia de la jurisdicción social al ostentar el actor la cualidad de partícipe del capital social y gerente de la sociedad "correspondiéndole en tal concepto su dirección y administración activa, teniendo a su cargo todos los actos de gestión necesarios para la realización del objeto social, con amplias y extensas facultades...".

Dada esta doble condición el TS lo identifica con "el cargo de miembro del órgano de administración de la sociedad demandada...", excluyéndolo del ámbito laboral y también de la competencia de la jurisdicción social. Es decir, se comprende dentro de la misma condición, el ejercicio de funciones de administración y gestión, y las de dirección.⁵²

La cuestión se complica desde el momento en que, como más adelante se verá, el directivo va a ejercitar funciones de verdadera gestión, administración y representación de la

⁵²Más recientemente, recogen esa falta de diferenciación de funciones, la ya citada sentencia TS. de 21 de enero de 1991 (R.65) que pone de manifiesto cómo en nuestra legislación no se recoge con carácter general la separación existente en otros ordenamientos entre dirección y gestión; la S.TS. de 27 de julio de 1990 (R.6486) predica del órgano de administración de las sociedades de responsabilidad limitada "...es el que cumple la misión que el Consejo de Administración cumple en las sociedades anónimas, siendo por tanto el que gestiona y representa a la sociedad, dirige sus negocios relativos al giro o tráfico de la misma." En el mismo sentido, MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCIA MURCIA, J., Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 1991, que hablan de "...administración, representación y suprema dirección de la sociedad..." como cometido principal de las personas que ostentan la cualidad de miembros del consejo de administración, o asimilados a éstos (p.161).

sociedad, por encargo de quienes ostentan la titularidad de esas facultades, es decir, su ejercicio por derecho propio o a título originario y directo, no derivado.

3.- La jurisprudencia anterior al régimen jurídico vigente.

Esta falta de precisión en la delimitación alto cargo/consejero se aprecia en las sentencias del TS que resuelven supuestos que se produjeron inmediatamente antes de la entrada en vigor del RDAD⁵³, en las que se confundía el ejercicio del cargo orgánico o societario y de funciones directivas, considerando que el primer supuesto daba lugar a la inclusión en el ámbito de la relación laboral especial y, por consiguiente, habiéndose producido los hechos enjuiciados antes de la vigencia de la citada normativa, se declara la incompetencia de la

⁵³Ejemplo de ello son también las SS.TS. de 20 de enero de 1987 (R.78), en la que se declara la incompetencia de la jurisdicción social, en virtud del art.7 LCT, al no estar vigente el R.D.1382/1985 y tratarse del despido de un Gerente que, además ostentaba la cualidad de socio fundador y administrador. No lleva a cabo el TS argumentación alguna sobre el deslinde, en su caso, de las cualidades de administrador de la sociedad -y, por tanto, miembro del órgano de representación de la misma- y directivo; la de 23 de febrero de 1987 (R.1091) en la que se enjuiciaba un supuesto en que el actor fue socio fundador y accionista de la sociedad que posteriormente fue adquirida por la demandada. En ella ejerció los cargos de secretario del consejo de administración y consejero delegado, cesando como delegado en 1978, continuando como secretario y consejero, ejerciendo el cargo de director técnico, teniendo solidariamente con el director general, facultades amplísimas... revocándoles los poderes en marzo de 1985, continuando como consejero y secretario del consejo de administración... Parece que el TS acepta indirectamente el carácter de alto cargo, pero excluye la competencia por producirse los hechos antes de la vigencia del RDAD; también la de 6 de abril de 1987 (R.2345) dictada en un supuesto en el que el actor ostentaba las categorías de gerente y director comercial y el cargo de consejero delegado.

Con anterioridad vid. las ss.TS. de 17 de mayo de 1985 (R.2727), donde se dice literalmente que "la denominación de gerente está íntimamente ligada a su cualidad de consejero"; TS. de 23 de abril de 1985 (R.1904), donde se califica como alto cargo a un administrador único y jefe administrativo; TS. de 23 de abril de 1985 (R.1903); TS. de 23 de abril de 1985 (R.1901) en un supuesto de simultaneidad de cargos de gerente consejero delegado y director comercial.

jurisdicción social, pero no por considerar la actividad excluida del ámbito laboral, lo que resultaría de la aplicación del art.1,3º,c) ET.

Un ejemplo de esta tendencia podemos encontrarlo en la S.TS. de 14 de octubre de 1987 (R.6997) que examina el supuesto de un director-gerente de una empresa en el que el consejo delega, mediante apoderamiento, el ejercicio de una serie de facultades y poderes en el orden interno y externo. Independientemente de la descripción de las funciones encomendadas al directivo, que es análoga a la de otra infinidad de sentencias⁵⁴, es importante resaltar en este caso la diferenciación que se lleva a cabo de la trascendencia de las mismas en el orden interno y externo, la relevancia o repercusión, tanto a nivel organizativo y de gestión -interno-, como a nivel de contratación con terceros o representación de la entidad, disposición de fondos y del patrimonio empresarial -orden externo-. En alguna otra resolución también se hace esa misma distinción⁵⁵.

⁵⁴ "...de orden interno que comprenden desde la firma de la correspondencia y contabilidad hasta la organización de los servicios de la sociedad, así como admitir y despedir a toda clase de empleados, dependientes y obreros; y en cuanto al orden externo, la celebración de todo tipo de contratos que tengan relación con el objeto y actividad de la Compañía, así como cobrar, pagar, depositar y retirar fianzas provisionales o definitivas, librar, aceptar, endosar y negociar, decontar y protestar letras de cambio y documentos similares, abrir, seguir y cancelar cuentas corrientes y de préstamo o crédito en cualquier Banco, incluso el de España y disponer de los fondos, representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad ante todos, conferir poderes a Abogados y Procuradores, y otorgar y firmar las escrituras y documentos públicos y privados...".

Vid. *supra*, ap.II,7.

⁵⁵La S.TS. de 21 de enero de 1991 (R.65) se refiere a las "funciones de administración en sentido estricto (internas) y de representación (externas), comprendiendo las primeras, en principio, y a reserva de previsiones estatutarias... la gestión de los intereses sociales y la **dirección** de la actividad de la sociedad...".

Vid URÍA,R., Derecho Mercantil, 3ª ed.Madrid, 1962, para quien "conceptualmente son perfectamente separables y distintas las facultades administrativas o de mera gestión interna y las facultades representativas o de gestión externa, pero normalmente ambas facultades marchan unidas y se reúnen en quien tenga la

Sin embargo, se observa en esta sentencia esa confusión entre lo que es la actuación como **órgano** de la sociedad y la que se lleva a cabo en virtud de las **funciones directivas** encomendadas. Diferenciación que sí llevará a cabo el TS posteriormente para determinar la exclusión del ámbito laboral (1,3º,c) ET) o, al contrario, la inclusión y posterior calificación de la naturaleza especial de la relación laboral (2,1º,a) ET).

La aludida imprecisión se refleja en el siguiente razonamiento que lleva a cabo el TS: "No se trata de esos poderes limitados a un círculo determinado espacial o funcionalmente, sino que manifiestan lo que realmente se es, **un órgano de la Sociedad** que precisa de él para que pueda expresar su voluntad y que a su través se manifiesta: es en realidad el que **dirige los negocios** y lleva la firma de la Sociedad, el Gerente, que **sí está asociado a las funciones de alta dirección y alto gobierno**, porque mediante él actúa el Consejo de Administración...".

El Tribunal entiende, a pesar de lo razonado, que se está en presencia de una relación de las comprendidas en el art.2,1º,a) ET, esto es, de alta dirección y no de las que dan lugar a la exclusión del ámbito laboral ex art.1,3º,c). Sin embargo, al versar el hecho enjuiciado sobre la regularidad de la extinción de la relación y haberse producido aquélla antes de la entrada en vigor del RDAD, acoge la doctrina de la sala sobre la aplicabilidad del art.7 LCT en tanto no se haya aprobado la normativa específica sobre tal relación especial y consecuentemente sobre la incompetencia de la jurisdicción social para enjuiciar los hechos⁵⁶.

condición de administrador" (pag.134).

⁵⁶SS.TS. de 2 y 15 de noviembre de 1982 (R.6472 y 6703); de 18 y 20 de enero de 1983 (R.89 y 101); 22, 24 y 28 de febrero de 1983 (R.519, 797 y 853); 22 y 26 de marzo de 1983 (R.1177 y 1204); 14 y 23 de abril, 13 de mayo de 15 de julio de 1983 (R.1837, 1663, 2377 y 3796); de 24 y 26 de enero de 1985 (R.93

La S.TS. de 24 de octubre de 1988 (R.8141), en un supuesto inverso al anteriormente comentado en el que los actores reunían dos cualidades, la de **miembros del consejo de administración** de la sociedad y la de trabajadores por cuenta de la misma, respecto de ninguna de las cuales resultarían encuadrables en el art.1,2º del RDAD, también introduce el término "**directivos**" para referirse a la primera de dichas condiciones, argumentando que "su actividad como directivos de la sociedad no es laboral... (mientras que) su trabajo como Jefe de compras uno, y como Jefe de servicios otro, es una relación laboral normal regulada en el ET...".⁵⁷ Aunque la confusión sea sólo terminológica introduce un factor de inseguridad en la diferenciación de dos colectivos cuyo tratamiento por el ordenamiento laboral es bien distinto, lo que conlleva evidentes consecuencias negativas en la práctica.

y 106); de 26 de febrero de 1985 (R.703); de 22 de marzo de 1985 (R.1370); de 1, 8 y 17 de abril de 1985 (R.1835, 1852 y 1879), las dos últimas sobre un accionista/gerente y un director gerente respectivamente; de 7 de mayo de 1985 (R.2667); de 18 y 29 de septiembre de 1987 (R.6215 y 6415); 20 de octubre de 1987 (R.7084).

También el TCT en ss.de 15 de enero de 1986 (R.207); 14 de abril de 1986 (R.2412); 30 de junio de 1986 (R.5273); 30 de julio de 1986 (R.7107) y 7 de mayo de 1987 (R.9495).

⁵⁷Lo mismo en la anterior S.TS. de 28 de septiembre de 1987 (R.6403) en la que a las respectivas condiciones de los actores como Director de producción y director financiero, se añade el nombramiento como consejero y consejero delegado, con lo que les fueron "incorporadas, acumuladas o yuxtapuestas facultades de las que antes no disponían... (consistentes en) el otorgamiento de poderes de representación, disposición y gestión tan amplios... (que implican) el depósito... de una confianza que desorbita y va más allá de la que es propia y característica del contrato de trabajo...", entendiéndose a continuación que no es aplicable la suspensión prevista en el art.9 del RDAD, aún sin vigencia, con lo que implícitamente, está considerando la aplicación de la regulación de la relación laboral especial a dichos cargos; o la S.TS. de 20 de junio de 1988 (R.5418), en la que concurren en el actor la cualidad de socio y la de administrador de la sociedad, entendiéndose el TS que concurre el supuesto del art.2,1º,a) ET y al no estar vigente, al cese del actor, el RDAD, en virtud de la disposición adicional 2ª y final 4ª ET, y el art.7 LCT, se declara la incompetencia de la jurisdicción social.

La razón de que se lleve a cabo el razonamiento de la manera apuntada queda patente con especial claridad en la S.TS. de 22 de marzo de 1985 (R.1371), en un supuesto en que se dan simultáneamente las cualidades de socio, consejero y vicepresidente del consejo y se califica como "alto cargo de los comprendidos en el art.7 LCT", por lo que, en línea con lo que se acaba de decir, se excluía la competencia de la jurisdicción social por falta de desarrollo del art.2 ET.

Es indudable que en la LCT estaban equiparados los consejeros y los altos cargos, razón por la cual al no estar vigente el RDAD y razonar el TS la permanencia de la aplicación del régimen anterior invocando la aplicación del art.7 LCT la consecuencia es necesariamente la referencia conjunta a consejeros y altos cargos, sin que inicialmente se delimiten con precisión ambas figuras desde el punto de vista funcional y de la distinta posición que consecuentemente ocupan en la sociedad y en la empresa. Es sobre todo, además, respecto de la figura del gerente o director general en relación con la que más frecuentemente se plantea el problema, dado que se trata de un apoderado general en el que el consejo de administración delega parte de sus facultades, por lo que no es extraño que se le califique en ocasiones como órgano societario⁵⁸.

⁵⁸Se puede advertir esa confusión entre consejeros y altos cargos en las siguientes ss. TCT: de 13 de noviembre de 1986 (R.11546) respecto de un accionista, administrador solidario y director-gerente (con referencias a otras resoluciones del TS de 22 de marzo de 1983, R.1177; 19 de enero de 1984, R.67 y 26 de enero de 1985, R.106); de 3 de octubre de 1986 (R.8879) respecto de un accionista y administrador único que es a su vez gerente; 20 de febrero de 1986 (R.1056) donde se razona expresamente que la condición de coadministrador (socios fundadores que son administradores solidarios) "le conferiría en el mejor de los casos la cualidad de alto cargo..."; de 5 de mayo de 1985 (R.9296); de 3 de junio de 1987 (R.12123) socio con un importante porcentaje de acciones y apoderado, al que se califica como alto cargo; de 9 de junio de 1987 (R.12616) accionista y consejero delegado al que se excluye de la legislación social ex art.1,3º,c) ET calificándolo como "alto cargo".

Vid. también S.TS. de 17 de mayo de 1985 (cit. *supra*, cita nº52); muy claramente en la de 8 de abril de 1985 (R.1852) en la que se dice que "...siendo las facultades de Gerente... todas las que delegue en el mismo el Consejo de Administración,... dirigir

Sin embargo, al margen de algunas sentencias que ya en este momento delimitan con precisión las distintas figuras⁵⁹, fue sobre todo la jurisprudencia de la Sala 4ª de lo contencioso-administrativo del TS, a la que ya se ha hecho alusión en el capítulo primero, la que, con ocasión de la solución de los litigios sobre la afiliación de los altos cargos determinada por el art.61,2,a) del texto articulado de 1966 y el art.1,3,a) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, delimitó con mayor precisión las figuras de consejero y alto cargo y examinó las correspondientes funciones encomendadas a cada uno de ellos, así como las circunstancias en que se ejercitan en cada caso.

En efecto, el TS establece con algo más de precisión las diferencias entre las funciones que desempeñan los altos cargos y las funciones "directivas de la sociedad" que, como cargos estatutarios u obligatorios en virtud de las previsiones contenidas en el ordenamiento mercantil, desarrollan los consejeros de las sociedades anónimas y administradores de las sociedades de responsabilidad limitada.

A pesar de ello, todavía se observa cierta confusión en el empleo de la terminología para referirse a las distintas figuras y posiciones que se pueden ocupar en el desempeño de las funciones de administración y dirección de la empresa social.

y gestionar los negocios de la Compañía,... se otorgaron a la actora todas (las facultades) que los Estatutos atribuyen al Consejo de Administración, salvo las indelegables...".

⁵⁹Vid. SS.TS. de 24 de enero, 26 de febrero, 5 de marzo de 1985 (R.93, 703 y 1873), pero sobre todo la de 22 de marzo de 1985 (1370) "...el actor desempeñó en la Empresa demandada los cargos de Director Gerente, Subdirector General y Director de la División Financiera; poseyendo amplias facultades y poderes, que le fueron otorgados en escritura pública/ ...el cúmulo de funciones que el actor tenía encomendadas...con ámbito nacional, tareas resolutorias y de Dirección que solamente un alto cargo puede llevar a cabo, compatibilizando el cargo de jefe de un departamento con los cargos de Director Gerente y Director General... (determina) que se enmarque en el art.2,1ª,a) E.T., como relación laboral especial de un alto cargo no comprendido en el art.1,3ª,c)...".

Esto se observa en numerosos supuestos en los que el TS entiende que el desempeño de dichas funciones, aun comportando el desempeño de facultades de administración, dirección, gobierno o incluso decisión, representación o disposición con alcance jurídico, "no suponen ni tienen por qué presumir el ejercicio de actividad por cuenta de la propia empresa..., razón por la que la Jurisprudencia de esta Sala ha tenido que precisar constantemente que el desempeño de funciones al servicio de la empresa por quien fuese **consejero**, pero en calidad de **Gerente...** o **Administrador...**, son propias actividades de gestión que implican una **dedicación o trabajo por cuenta ajena** (y suponen)... la realización de tareas **personalmente** y con **dedicación profesional...**"⁶⁰.

Para apoyar en relación con determinados casos la consideración de consejeros y miembros de los órganos de administración de empresas societarias como auténticos trabajadores de alta dirección, se ha argumentado que lo relevante a los efectos de la incorporación de un concreto colectivo al ámbito del Derecho del Trabajo podría llegar a ser la prestación personal de un trabajo "de cuyos frutos económicos vive, fundamental y habitualmente, el trabajador profesional"⁶¹.

⁶⁰S.TS. (Sala 4ª), de 31 de diciembre de 1980 (vid cita nº75 del Capítulo Primero). La posterior S.TS. (Sala 4ª), de 26 de marzo de 1981 (R.1362), recoge los considerandos de la Sentencia apelada de la Sala 3ª de Madrid, de 5 de noviembre de 1977, en la que se establece también esa diferenciación de las vertientes **interna** -contratar y despedir personal, organización, programación, análisis de mercado, administración, etc...- y **externa** -relaciones con terceros, representación de la Compañía, venta, compra, créditos y financiación, etc...-, e insiste en que esta actividad sin la que la sociedad no puede concebirse, "...exige un esfuerzo, es decir, una prestación laboral, que al repercutir en los intereses de una Entidad jurídica con personalidad distinta de la de los socios... ha de conceptuarse como trabajo por cuenta ajena...", en este caso encuadrable como relación laboral especial en el ámbito de la LRL.

⁶¹ALMANSA PASTOR, J.M., "Los sujetos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", loc.cit., que en el año 1981 auguraba el siguiente porvenir al Derecho del Trabajo: "Probablemente hoy estemos en una etapa de tránsito evolutivo hacia una relación

Esto parece indicar que si el consejero se dedica de manera personal, habitual y profesionalizada a las tareas inherentes al cargo, y por ello recibe una remuneración de carácter periódico, que constituye su fuente principal de ingresos y su medio fundamental de vida, pudiera llegar a argumentarse su inclusión, con todos los matices y cautelas que fueran necesarios, en el ámbito del Derecho Laboral. Y la figura más cercana desde el punto de vista **funcional** que se encuentra incorporada a dicho ámbito es la del alto cargo. No en vano se ha puesto de manifiesto que el ejercicio de funciones "**inherentes a la titularidad jurídica de la empresa...**" pone en conexión la cualidad de alto cargo, desde el punto de vista funcional que ahora nos ocupa, con la condición de miembro del órgano de representación de la sociedad que ostenta dicha titularidad.

Por supuesto, a esta posición, que ya ha sido superada por el propio TS se opone no sólo la doctrina jurisprudencial más reciente, sino la propia dogmática sobre las relaciones entre administrador y sociedad -a la que ya nos hemos referido- y, muy decididamente, lo que se ha dicho a lo largo del capítulo segundo acerca de la laboralización del trabajo de alta dirección. En efecto, si en relación con el alto directivo se puede cuestionar la procedencia de su laboralización formal y el grado en que, desde el punto de vista material, esa laboralización es virtual, mucho más cuestionable resultaría proponer la incorporación al ámbito del Derecho del Trabajo de los administradores que, por delegación del consejo, acumulen en sí el ejercicio efectivo de las facultades de gestión y dirección, a los que, además de otras peculiaridades que no pertenecen al ámbito de este estudio, serían aplicables todas las características que se han predicado del alto directivo y que cuestionan o hacen dudar de la verdadera existencia de un contrato de trabajo.

individual de trabajo profesional, extensa no sólo al trabajo por cuenta ajena sin excepciones legales, sino también al trabajo por cuenta propia..." (p.719).

Sin embargo, que esta línea jurisprudencial se haya iniciado con motivo de decidir la incorporación o no de este colectivo en el ámbito de la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social, y con fundamento en las circunstancias de profesionalización y dedicación permanente y remunerada al ejercicio de dichas funciones, aun en condición de administrador, tiene una cierta explicación, aunque la conveniencia y oportunidad desde el punto de vista técnico pueda cuestionarse. Y la razón no sería otra, nuevamente, que la necesidad de protección que dichos rasgos expresan. Y, a su vez, dicha supuesta necesidad social de tutela determinaría su asimilación a los altos directivos que actúan por cuenta de la empresa, en lugar de otorgarles la consideración del meros consejeros excluidos. Aplicando un criterio realista, habría que dudar acerca de la operatividad y el sentido mismo, de incluir en la cuantitativamente deficiente cobertura que dispensa el sistema público de seguridad social a un personal -y esto afecta tanto a cargos delegados como a altos directivos- cuyos ingresos en situación activa les sitúan bastante lejos de la de un trabajador asalariado por cualificado que sea y bien retribuido que éste pueda estar.

Finalmente, a los criterios barajados por el TS en esta etapa se suma otro criterio indiciario que contribuye a la determinación de la naturaleza de la relación en cada caso. La inexistencia de otra persona que, ocupando un cargo bajo la denominación habitual de director-gerente, realice profesionalmente las funciones directivas con las facultades que ello comporta, y la consecuente atribución de éstas a cualquiera de los miembros del consejo de administración -y por asimilación, a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada-, se entenderá como criterio determinante de la consideración de estos últimos como altos cargos y, por ello, de la obligación de su afiliación al Régimen General de la Seguridad Social.

4.- La cuestión tras la aprobación del RDAD.

La etapa inicial a la que se acaba de hacer referencia se caracterizó por la incertidumbre y la falta de homogeneidad de los criterios sustentados en las distintas soluciones jurisprudenciales lo que impidió llegar a una clara delimitación y separación de las posiciones de consejeros y altos cargos. Esta falta de un único y uniforme criterio sin duda estaba ocasionada por la declaración de incompetencia del orden jurisdiccional social tanto si se trataba de una persona excluida del ámbito laboral en virtud del art.1,3º,c) ET, como si se calificaban las funciones desempeñadas como de alta dirección dada la falta de desarrollo normativo específico del art.2 del ET⁶².

Sin embargo, el problema cobra mayor relevancia con la aparición de la normativa específica reguladora del régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección que declara expresamente la competencia de la jurisdicción laboral, ante lo que surge la necesidad de delimitar claramente ambas figuras, dado que ello va a determinar la competencia de órdenes jurisdiccionales distintos y la aplicación para la resolución de los conflictos de una normativa diferenciada.

Este es el momento en que se delimitan con mayor o menor claridad tres situaciones distintas, la de los consejeros excluidos del ámbito laboral, la del personal de alta dirección con relación laboral especial, y la del trabajador común -dentro de la cual van a quedar incorporados los directivos o mandos que no merezcan la calificación de "altos cargos" o "altos directivos"- . Esta labor de diferenciación de estatutos jurídicos se va a llevar a cabo teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones desempeñadas en cada caso, motivo por el cual tampoco se va a caracterizar por la claridad y uniformidad de las soluciones ofrecidas desde la doctrina y la jurisprudencia, como se verá.

⁶²Vid. sobre el particular el diagnóstico que efectúan los profesores FERNANDEZ LOPEZ, M^ºF./RODRIGUEZ PIÑERO, M., loc.cit. (I) , pág.11.

También en este momento, y como consecuencia del acogimiento de la postura que afirma la posible diferenciación funcional, se avanzan las tesis que se muestran partidarias de la compatibilidad de esas tres distintas situaciones, lógicamente cuando en una misma persona concurren la atribución y la realización de funciones de distinta naturaleza que permitan encuadrarlo en más de una de dichas relaciones jurídicas.

En relación con el primero de estos dos aspectos, son abundantes las sentencias que declaran la exclusión del ámbito laboral ex art. 1,3,º,c) ET de quienes solamente ostentan la condición de consejeros de las sociedades titulares de las empresas con lo que se erigen en verdaderos órganos de las mismas y, por tanto, la relación que les vincula con la empresa -más propiamente, con la sociedad- es de carácter interno y de naturaleza mercantil⁶³.

Matizando esta postura se encuentran las resoluciones que abundan en la exclusión, siempre que no se desarrollen otras actividades en las condiciones o con las características a que hace referencia el art.1,1º ET y que, por ello, darían lugar a la operatividad de la presunción de laboralidad de la relación

⁶³ S.TS. de 19 de septiembre de 1988 (R.6915); S.TS. de 19 de octubre de 1988 (R.8116); S.TS. de 24 de octubre de 1988 (R.8138); las de 21 de diciembre de 1988 (R.9884) y 18 de marzo de 1989 (R.1879), ambas en supuestos de presidente del consejo de administrador y consejero delegado ; S.TS. de 8 de junio de 1989 (R.4554); S.TS. de 14 de septiembre de 1989 (R.8522); S.TS. de 18 de diciembre de 1989 (R.9035); S.TS. de 5 de marzo de 1990 (R.1758); S.TS. de 21 de marzo de 1990 (R.2199); S.TS. de 29 de junio de 1990 (R.5539); la S.TS. de 7 de noviembre de 1990 (R.8557) habla de actuar "en una posición relevante en el área de la titularidad de la empresa... de la que (los actores) han sido socios fundadores, formando parte de sus dos consejos de administración, que han delegado en los mismos las facultades que les correspondían legalmente, quedando así integrados en los órganos de gobierno societarios, lo que les excluye del ámbito laboral, al no... (haber) realizado actividad distinta a la inherente a los repetidos cargos societarios..."; S.TS. de 19 de noviembre de 1990 (R.8583); S.TS. de 14 de diciembre de 1990 (R.9787); S.TS. de 13 de mayo de 1991 (R.3906).

jurídica en virtud de la cual se ejercitan dichas funciones y a considerar la existencia de una relación laboral, común o especial de alta dirección, compatibilizada o no con la cualidad de miembro del órgano de gobierno de la sociedad⁶⁴.

⁶⁴ Así (a pesar de que muchas de ellas no obstante declaran la incompetencia de la jurisdicción al no estar vigente el RDAD cuando se produjeron los hechos enjuiciados) pueden citarse la S.TS. de 7 de abril de 1987 (cit.) la S.TS. de 7 de mayo de 1987 (R.3400); S.TS. de 29 de septiembre de 1987 (cit.) en relación con un socio-trabajador, Gerente y Presidente de una Cooperativa; S.TS. de 6 de octubre de 1987 (R.6833) en un supuesto de un socio-fundador que es también Consejero-Delegado, respecto del que se declara la incompetencia de la jurisdicción social por no acreditarse la realización de otras tareas laborales; S.TS. de 20 de octubre de 1987 (R.7084) sobre administrador único y director; S.TS. de 4 de marzo de 1988 (cit.) en relación con un accionista, consejero y Director General; S.TS. de 18 de julio de 1988 (R.6157); S.TS. de 27 de septiembre de 1988 (R.7120); S.TS. de 29 de septiembre de 1988 (cit.); S.TS. de 21 de marzo de 1990 (cit.) sobre Vicepresidente de Consejo de Administración y consejero; S.TS. de 13 de junio de 1990 (R.5067) sobre socio-trabajador de cooperativa y Director Gerente de la misma; S.TS. de 6 de octubre de 1990 (cit.) en relación con Consejero-Delegado y Director General; S.TS. de 7 de noviembre de 1990 (R.8556) en la que se contiene el siguiente razonamiento "...si no consta que... realizara una actividad concreta y determinada que, por reunir las notas características del art.1.1^ºE.T., pudiera calificarse de laboral; si la presunción del art.8,1^º... queda desvirtuada por la cualidad de consejero y, luego, Vicepresidente del Consejo de Administración, titular de la empresa...; si tampoco existen datos suficientes que pongan de manifiesto una actividad que pudiera ser encuadrada en el art.1,2^º del R.D....; y en cambio, positivamente está acreditado... que últimamente y, desde luego, en el momento de producirse su cese en la empresa, ostentaba el cargo de Vicepresidente de la misma, con amplios poderes en virtud de los cuales actuaba, sin que conste que tal actuación rebasara lo que es cometido propio de sus funciones como administrador de la Compañía, en el seno del Consejo por él Vicepresidido..." es claro que quedaría fuera del ámbito laboral; otra S.TS. de 7 de noviembre de 1990 (R.8557), cit.en nota anterior, excluye a los actores del ámbito laboral al estar "integrados en los órganos de gobierno societarios... (y no haber) realizado actividad distinta a la inherente a los repetidos cargos societarios, y faltar, en consecuencia las notas de **ajenidad y dependencia**, propias del contrato de trabajo".

Existe un grupo de sentencias en las que las notas de ajenidad y dependencia vienen referidas a la propia relación laboral especial de alta dirección. Así, la S.TS. de 30 de septiembre de 1987 (R.6433) que entiende que "...lo decisivo es obviamente la naturaleza de la función ejercida en la empresa, debiendo tenerse en cuenta que en la relación de alta dirección subsisten las características de ajenidad y dependencia, aunque

Por tanto, y enlazando con lo anterior, resulta compatible, en principio, ocupar un cargo dentro del órgano de gobierno y administración de la sociedad, con el desempeño de funciones directivas, incluso con la actividad laboral ordinaria por cuenta de la empresa de la que la sociedad es titular. Así se ha declarado expresamente en reiteradas ocasiones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁶⁵.

está marcadamente atenuada..., notas que no concurren en la relación mantenida por el actor con las Sociedades demandadas, dado que el mismo actuaba en posición relevante en el área de la titularidad de la empresa, socio fundador en todas ellas, Presidente de su Consejo y Consejero Delegado, quedando así integrado en los órganos de gobierno de las Sociedades que ostentan la titularidad de las mismas..." (por ello, resulta aplicable la exclusión del art.1,3^º,c)E.T.); S.TS. de 11 de diciembre de 1990 (R.9767), insiste en que las condiciones de socio, consejero-vocal y vicepresidente de la sociedad (aun cuando también se ostentaba la cualidad de subdirector y se realizaban esporádicamente funciones de Jefe de ventas de la delegación Norte de la empresa) otorgan a quien las reúne una "posición relevante... en el área de la titularidad de la empresa..." no concurriendo las notas de ajenidad y dependencia.

⁶⁵DURAN LOPEZ, F., "Informe acerca de la relación laboral especial de alta dirección: Director General de Caja de Ahorros". loc.cit., pág.827, donde entiende el autor que la actividad determinante es la directiva, quedando la actuación como miembro del órgano societario solapada bajo aquélla; FERNANDEZ LOPEZ, M^ªF./RODRIGUEZ-PIÑERO, M., loc.cit. (I), pág.14; IGLESIAS CABERO, M., op.cit., pág.55; IGLESIAS PRADA, J.L., op.cit., p.176, en contra de la doctrina italiana recogida por el autor; MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCIA MURCIA, J., op.cit., pp. 161 y 176; MUÑOZ CAMPOS, J., loc.cit., pág.136; SALA FRANCO, T., op.cit., pág.31; TOSI, P., "Reflexiones sobre la Alta Dirección", loc.cit., pág.1160, para quien ello es manifestación del proceso de expansión del Derecho del Trabajo subordinado.

S.TS. de 28 de noviembre de 1989 (R.8272) declara la compatibilidad de la condición de consejero con la directivo común; S.TS. de 20 de marzo de 1990 (R.2187); la S.TS. de 25 de julio de 1990 (R.6471) declara compatibles las condiciones de accionista, vocal del Consejo de Administración, gerente con amplias facultades ejecutivas y trabajador en otros ámbitos sectoriales de la actividad empresarial -Administración, Fabricación y Compra-, si bien lo hace matizadamente, dada "su participación claramente minoritaria en la propiedad y en el gobierno de la citada entidad..."; S.TS. de 18 de octubre de 1990

Sin embargo, y de ahí que se haya formulado la anterior afirmación con ciertas cautelas, en no pocas ocasiones se ha entendido que existen ciertos inconvenientes para admitir sin reservas dicha compatibilidad, ante la posibilidad de apreciarse una intención fraudulenta o simulatoria de la existencia de una relación por cuenta ajena, común o especial también, a través del mecanismo de la **autocontratación**, sobre todo cuando la condición de consejero societario precede a la de trabajador por cuenta de la empresa y no tanto si ocurre a la inversa⁶⁶.

(R.7695); S.TS. de 25 de octubre de 1990 (R.7714); S.TS. de 15 de noviembre de 1990 (R.8576); la S.TS. de 18 de marzo de 1991 (R.1869) entiende que "...en principio cabe admitir la dualidad de relaciones -la cambiaria de carácter laboral y la asociativa- siempre que ambas tengan sustantividad propia y la aportación a la sociedad no integre precisamente la prestación de servicios que constituiría el objeto propio del contrato de trabajo..." y se reúnan "...todas las notas delimitadoras de la relación laboral, puesto que la ajenidad no queda desvirtuada por la "participación que, por título distinto al trabajo, tiene el demandante en su gestión y en los resultados de la actividad social. Hay también dependencia, pues los servicios se han prestado en el taller dentro de una organización jerárquica de dirección del trabajo.../...(también hay) retribución... independiente de la participación del actor en los beneficios repartibles, sin que pueda aceptarse la tesis... que apunta la existencia de una ficticia auto-contratación...". Vid. GARCIA MURCIA, J. y RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "Personal de alta dirección". Notas de actualidad. Relaciones Laborales. loc.cit., pp.50-52.

⁶⁶S.TCT de 9 de junio de 1987 (R.12616), en la que se dice que la relación laboral puede tener un "espúreo origen" y existir una autocontratación más o menos encubierta o protegida por el cargo societario que ostenta simultáneamente el trabajador, por lo que entiende que debe predominar la condición superior -que aquí denomina de alto cargo- y cita otras sentencias precedentes del TS que mantienen esa tesis (de 13 de abril de 1984, R.2092 y de 4 de mayo de 1979, R.1903). El TS en S. de 19 de abril de 1988 (R.2989) aplica la exclusión del art.1,3^º,c) E.T. a un supuesto de accionista y administrador único, aun cuando constaba de alta en la Seguridad Social e inscrito en el Libro de Matrícula de la empresa como Gerente, al haberlo hecho "abusando de su cargo..."; también en este sentido las SS.TS. de 21 de marzo de 1990 (R.2199), en la que se desautoriza el valor probatorio de las nóminas autoconfeccionadas por el actor, apoderado general de la empresa que, posteriormente pasa a ser accionista y Vocal del Consejo de Administración y, finalmente, Administrador único de la misma, y la posterior de 9 de mayo de 1991 (R.3794), dictada en recurso de casación para unificación

Además, otro argumento que ha hecho dudar acerca de la posibilidad de compaginar esas distintas posiciones ha sido el cuestionamiento de la existencia de una verdadera alteridad, cuando "titularidad, administración social y gerencia de la empresa se unen, desdibujando incluso, desde una perspectiva material, la propia nota de ajeneidad..."⁶⁷.

Por otra parte la solución también se hace depender del tipo de sociedad de la que se trate. En este sentido, resulta más difícil admitir la compatibilidad de relaciones de distinta naturaleza en las sociedades personalistas, mientras que en las

de doctrina, y en la que el TS. entiende que "...quien ostenta cargo societario que le inviste de poderes para efectuar contrataciones laborales, no podría efectuar contratación consigo mismo, dado que se estaría en presencia de autocontratación no permitida, en tanto que incidiría sobre intereses contrapuestos."

Cfr. BORRAJO DACRUZ, E., Altos cargos laborales, cit., pág.93, con citas de jurisprudencia anterior, en las que el TS entiende que la condición preponderante es la de consejero; en cambio para SALA FRANCO, T., op.cit., pág.31, el fraude podría operar en el sentido contrario, el de la ocultación o encubrimiento de la existencia de una verdadera relación por cuenta ajena utilizando la figura del administrador o consejero.

⁶⁷S.TS. de 7 de mayo de 1987 (R.3400).

En el mismo sentido BORRAJO DACRUZ, E. Altos cargos laborales, cit., pág.89, FERNANDEZ LOPEZ, M^aF./RODRIGUEZ-PIÑERO, M. loc.cit. (I), pp.8 y 9; MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCIA MURICA, J., op.cit., pág.161, "...pues la actividad de consejero es ejercida normalmente por partícipes o accionistas mayoritarios o por sus representantes..."; MUÑOZ CAMPOS, J., loc.cit., pp.124 y 125; RAMIREZ GRONDA, J.D., loc.cit., recoge la doctrina y jurisprudencia italianas sobre los directores, en los siguientes términos: "el consejero de administración de una sociedad anónima, el presidente, el consejero delegado de ella, el gerente de una sociedad en comandita, y el socio de una colectiva, no puede tener contemporáneamente la calidad de empleado, porque en su persona se confunde la misma personalidad del ente social, y viene a faltar así el elemento de la subordinación" (Sentencia de casación de 29 de marzo de 1935), y añade: "El estado actual de la doctrina y jurisprudencia autoriza a pensar, partiendo de la premisa de que el ente societario es una persona distinta de los que físicamente la integran en carácter de socios, que ningún obstáculo podría oponerse a que uno de estos últimos pudiera desempeñarse como empleado subordinado de la propia sociedad o empresa que integra como socio..." (p.650).

capitalistas sí se ha venido aceptando la diferenciación clara del estatuto jurídico de socio o trabajador por cuenta ajena. Sin embargo, esta afirmación de carácter general ha sido matizada en el sentido siguiente. En las sociedades de responsabilidad limitada, al margen de la posibilidad de que la aportación de trabajo se pacte como prestación accesoria, la jurisprudencia mayoritariamente ha entendido que la relación asociativa absorbe a la laboral, debido sin duda a que la mayor parte de las veces se trata de sociedades de carácter restringido, con un número reducido de socios que además desempeñan funciones de administración y dirección, lo cual está en consonancia con el carácter cuasipersonalista de este tipo de sociedades. En las sociedades anónimas, se hace necesario distinguir a su vez entre las de carácter abierto, donde se produce el supuesto más claro de dualidad en la condición de socio y de trabajador por cuenta ajena, de aquéllas de carácter cerrado, en las que cobra especial importancia el elemento personalista, lo que se manifiesta en la restricción de la transmisibilidad de acciones. En este último supuesto, la relación asociativa puede absorber a la laboral. Lo relevante va a ser determinar si el trabajo forma parte de la aportación social, lo cual se pondrá de manifiesto con especial claridad si estatutariamente se configura como prestación accesoria, aunque no es preciso que tal estipulación exista.

Así, se ha entendido con carácter general que, la "concentración del capital social en un núcleo reducido de personas, que suelen ser además quienes gobiernan la sociedad, es reveladora de la imposibilidad de que pueden esas mismas personas prestar una actividad en régimen de contrato de trabajo, pues el elemento esencial característico de una relación jurídica de esta naturaleza es la dependencia, que en su concepción moderna se configura como la inserción en el círculo organicista y rector de otra persona. Difícilmente puede darse esta circunstancia cuando el propio trabajador forma parte de ese círculo..." Desde luego, la solución dependerá en cada caso también de la magnitud del paquete de acciones que se posea, lo que posibilitará la compatibilidad de la cualidad de accionista

minoritario y trabajador por cuenta de la sociedad.⁶⁸

5.- La relación contractual del administrador y sus posibles repercusiones en el ámbito laboral.

Algunos de los argumentos que se han invocado a lo largo de estas etapas examinadas para excluir del ámbito laboral las relaciones entre los administradores y la sociedad -sobre todo el de la ausencia de alteridad- desaparecen si se adopta la tesis contractualista en sustitución de la importancia que se concedió, desde el punto de vista laboral, a la teoría orgánica, sobre todo a raíz de la acogida que de la misma hizo la LSA de 1951 y en virtud de la cual se configuraba el órgano como un elemento estructural de la persona jurídica que eliminaba la intersubjetividad y le atribuía una representación de origen legal y carácter necesario cuya finalidad no es otra que la de "resolver la actuación externa de los entes organizados corporativamente..."⁶⁹.

⁶⁸ECHEVARRIA MAYO, B., "Las relaciones asociativas y el contrato laboral", D.L.nº 31, 1990, pp.54-59. El autor añade: "... cuando una persona se integra en una sociedad anónima cerrada, de carácter restringido, y detenta una parte significativa del capital social, son claros indicios de que la prestación de trabajo no origina una relación de carácter jurídico-laboral, sino que se configura como obligación social y queda integrada en el seno de la relación asociativa, sin necesidad de que expresamente figure en los Estatutos como prestación accesoria." (p.60); BAYON CHACON, G./PEREZ BOTIJA, E., op.cit., que entienden que "en cuanto a los accionistas, la calificación dependerá en cada caso de la cifra, porcentaje y funciones; si por tales circunstancias dirige la empresa, aunque trabaje también en ella no será trabajador por falta de ajeneidad y existencia de autocontrato (S.TS. Sala 6ª, de 27 de febrero de 1976)..." (p.222); RAMIREZ GRONDA, J.D. loc.cit., "...la calidad de socio como trabajador dependiente de la sociedad resulta admisible, en principio, cuando el socio tiene sólo una participación reducida en el patrimonio del ente social, del modo que no exista impedimento para divorciar la esfera individual del socio-empleado de la pertinente a la sociedad, tanto en el aspecto jurídico como en el económico" (pp.654-5).

⁶⁹POLO, E., op. y páq. cit. Entre la doctrina iuslaboralista ya se había hecho referencia a la relativización de la importancia de la calificación como orgánico de un cargo y habían

Conforme a estas tesis contractualistas, que por lo demás no resultan novedosas, para dar solución a la complejidad de la situación de los administradores en la sociedad y la naturaleza de sus relaciones con la misma, no bastaría el vínculo orgánico, y el complejo de deberes, facultades y responsabilidades que de esa situación se derivan encuentran una más completa y técnica fundamentación en el reconocimiento de la existencia de una relación contractual entre la sociedad y quien ostenta la posición jurídica de órgano de aquélla, al margen o paralela a la que existe entre el órgano mismo y la sociedad. Se habla de un desdoblamiento en la naturaleza jurídica del administrador, por un lado orgánica, desde el punto de vista de la estructura organizativa de la sociedad y por otro contractual, desde el punto de vista subjetivo y funcional⁷⁰.

Esta nueva perspectiva que adquiere el problema a la luz de estas tesis va a ahondar en la necesidad de matizar las tesis expuestas sobre la naturaleza de la relación de los administradores de las sociedades y las razones de su exclusión de la normativa laboral. Aunque la conclusión acerca de su naturaleza sea la misma, el carácter mercantil del vínculo, la alusión estricta y sin matizaciones a la teoría orgánica, seguramente, por sí sola no ilustre suficientemente todas las facetas que presenta esta problemática.

Otro de los problemas que se plantea en relación con esta cuestión es el de determinar bajo qué molde jurídico contractual se viste dicha relación, puesto que ninguno de los habituales - mandato, arrendamiento de servicios o el mismo de sociedad- proporciona soluciones mejores que las de la teoría orgánica, no

resaltado la necesidad de atender a las peculiaridades organizativas de cada sociedad, FERNANDEZ LOPEZ, M^ºF./RODRIGUEZ-PIÑERO, M., loc.cit. (I), p.13.

⁷⁰ POLO, E., op.cit., p.145; con anterioridad, cfr. RUBIO, Curso de Derecho de Sociedades Anónimas, Madrid, Ed. de Derecho Financiero, 1964, pp. 186 y 235 y ss.; GARRIGUES/URIA, op.cit., p.135.

en vano ésta se introdujo en 1951 para superar los inconvenientes de la histórica consideración de los administradores como mandatarios de la sociedad. Con ello, las posibles opciones que se presentan son varias.

En primer lugar, considerar que se trata de un negocio jurídico complejo o mixto y aplicar la disciplina jurídica de diversos contratos cuyos preceptos a veces resultan contradictorios, aunque también se dice que contradictoria es la posición del administrador en la sociedad, al mismo tiempo autónoma y subordinada como se corresponde, se insiste, con los principios que regulan las relaciones interorgánicas en la sociedad anónima -el de jerarquía y el de división de poderes-.

La segunda posibilidad es la de declarar la existencia de un contrato atípico o innominado -contrato de empleo o de administración- con el inconveniente que supone la ausencia de una completa disciplina jurídica aplicable en caso de falta de previsiones legales expresas sobre los distintos aspectos de las relaciones administrador/sociedad.

Finalmente, se plantea la admisibilidad de la existencia de un contrato de trabajo como figura que mejor se adapta a la regulación de cualquier relación jurídica que implique la realización de alguna actividad personal por cuenta de otro, por lo que ejercería su **vis atractiva** también respecto de este colectivo, hasta el momento excluido del ámbito del Derecho del Trabajo⁷¹.

Hoy por hoy, el mayor inconveniente que subsiste para aceptar una variación de la naturaleza de las relaciones entre los consejeros y administradores y la sociedad, desde el punto de vista del tratamiento que le otorga la normativa laboral, es el que se deriva de la exclusión legal contenida en el art.1,3º,c) ET, puesto que podría llegar a desaparecer el

⁷¹Sobre estas tesis vid. extensamente POLO,E., op.cit., pp.49 y ss.; VICENT CHULIA,F., op.cit., vol.1º, pp.622-3.

inconveniente que supone la ausencia de alteridad en dichas relaciones entre los administradores o "personas físicas portadoras de la posición jurídica de órgano" y la sociedad. Y, desde luego, la falta de concurrencia de todas las notas esenciales del contrato de trabajo, lo que, sin embargo, como se sabe, no siempre es obstáculo para que la normativa laboral resulte de aplicación, bien en virtud de una inclusión constitutiva, bien a través de la posibilidad contemplada en la disposición final primera del ET, en relación con los trabajadores autónomos. Aunque en este caso, la problemática de los consejeros y administradores en general, desborda de la mera falta de concurrencia de la realización de un trabajo en régimen de subordinación.

IV.- LA PROBLEMATICA PARTICULAR DEL CONSEJERO DELEGADO DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS.

Una figura especialmente polémica, que ha dado lugar a pronunciamientos de diverso signo, ha sido la del consejero delegado, respecto del cual se ha alterado a lo largo del tiempo su calificación a efectos de su exclusión o inclusión en el ámbito laboral, no sólo al hilo de los cambios normativos que ya se conocen, sino sobre todo bajo la influencia que ha tenido a estos efectos el frecuente desempeño de funciones de diversa naturaleza por estas personas.

Pero también eso ha servido para enriquecer los argumentos que han tendido a la búsqueda de una solución a este interrogante.

1.- El consejero delegado: naturaleza y competencias.

Para empezar, resulta inevitable retomar el tema relativo a la delegación de facultades de gobierno y administración en la sociedad anónima, a las cuales ya se ha hecho referencia.

Merece la pena detenerse en unas breves consideraciones

sobre las consecuencias que la mayor complejidad en el proceso de toma de decisiones en el seno de la empresa ha tenido, en orden al cambio de criterio en el reparto de poder en el seno de las grandes sociedades anónimas, fenómeno al que, como se recordará, se ha aludido ya a lo largo del presente capítulo⁷². Lo anterior ha significado el redimensionamiento de la posición de los miembros de los órganos de gobierno y de los directivos dentro de la sociedad.

En efecto, el poder decisorio que está en el núcleo de las facultades de gestión, administración y dirección de la sociedad, residido en la asamblea general o junta general de accionistas y, por delegación de ésta, en el consejo de administración que se subordina así a aquélla, se va trasladando y desplazando paulatinamente mediante el abandono constante y voluntario por quienes son los titulares de dicho poder en favor de otros centros de decisión más reducidos pero también más omnipotentes y operativos. A través de este fenómeno el poder se va concentrando en cargos como el del presidente del consejo de administración o en otros administradores delegados, o bien en directivos ajenos a aquél, o, finalmente, en varias de estas figuras simultáneamente, formando grupos de mando altamente cualificados y cuya capacidad decisoria es más ágil y técnica⁷³.

Esto, a su vez, implica una reordenación de las competencias y redistribución de las funciones atribuidas a cada una de las distintas instancias decisorias, ejecutivas y de control existentes en la empresa. Como no podía ser de otra forma, todo proceso de reparto de funciones implica una especialización del correspondiente órgano al que se encomienda cada una de ellas y

⁷²Vid. **supra**, sobre todo el ap.I.2. y la doctrina en él citada.

⁷³Sobre las distintas figuras de ejecutivos en los sistemas de derecho comparado -comités de directivos, **officers**, delegados, directores, etc.-, vid. RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Consejeros Delegados...cit, pp.112 y ss.

también origina la necesidad de adoptar un criterio jerárquico en la organización de la actividad societaria, así como la existencia de un órgano al que se puedan encomendar tareas de coordinación y vigilancia de todo ese complejo competencial.⁷⁴

Lo más frecuente en la práctica societaria es que el consejo de administración o el órgano de administrador de que se trate, que se encuentra en el vértice de todo el sistema organizativo de la empresa social, sea el que imponga los grandes criterios de la política general de gestión, a partir de los cuales los administradores delegados de carácter ejecutivo asumirán de modo efectivo y pleno la facultad decisoria y de gestión ordinaria y cotidiana de la sociedad. A su vez, no es de extrañar que las líneas de la política general que vienen impuestas por el consejo de administración se hayan adoptado teniendo en cuenta las previas sugerencias y directrices que le hayan sido propuestas por los citados delegados en el ejercicio de su función de mero asesoramiento o consejo⁷⁵ que ejercitan en su cualidad de administradores y, por tanto, dentro del propio órgano de administración y como miembros del mismo. También, como cierre de este círculo de relaciones interdependientes y recíprocas influencias, el consejo de administración conserva en todo momento las facultades de vigilancia y control sobre las decisiones adoptadas por los delegados y sobre su actuación en general⁷⁶.

⁷⁴IGLESIAS PRADA, J.L., op. cit., pp.42 y ss.; más recientemente se ha tratado esta materia de forma exhaustiva por POLO, E., op. cit., pp.385-6; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Consejeros Delegados...cit., pp.82 y ss.

⁷⁵Función de **staff**, a la que ya se ha hecho alusión.

⁷⁶IGLESIAS PRADA, J.L., op. cit., pp.45 y ss.; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Consejeros Delegados...cit., pp.332 y ss., que expresa la especial complejidad de las relaciones entre los delegados y el consejo de administración y su conexión con la necesaria unidad de la gestión, a pesar de la descentralización, resaltando las facultades de vigilancia y control del consejo sobre los cargos delegados del mismo, y de impartir una serie de instrucciones que denotan una cierta situación de subordinación, aunque "a pesar de esa subordinación, se puede hablar de un núcleo homogéneo de personas con intereses similares..." p.336.

Por otro lado, este desdoblamiento entre las funciones de gobierno de la sociedad y dirección efectiva de la empresa, y las facultades de vigilancia y control, han sido la tónica general tanto en el derecho comparado como en el proyecto de Reglamento relativo al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, de 25 de agosto de 1989 y, en general, en las directrices comunitarias en materia de derecho de sociedades. En nuestro derecho interno, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 no ha llegado a adoptar el modelo dualista alemán que distingue entre órgano de vigilancia y de dirección **-Aufsichtsrat y Vorstand-** , ni un sistema presidencialista en el que se concentre el poder de manera omnímoda en un órgano directivo unipersonal -el presidente director general francés o la figura del derecho anglosajón del **"Chairman of the Board of directors"**- , pero en la realidad societaria se tiende a este tipo de prácticas, a través del fenómeno de concentración de poder aludido en ejercicio de la libertad estatutaria, mediante la delegación de facultades por el consejo de administración que asume un "papel de orientación, control y aprobación formal de las decisiones tomadas y preparadas fuera de él en el seno de grupos de personas con la denominación de: comisiones ejecutivas, comités de dirección, comisiones permanentes, consejeros y administradores delegados", y también por medio del otorgamiento de las más amplias facultades de gestión, administración y dirección de la sociedad al presidente, que se suman a las que son inherentes a dicho cargo en orden al funcionamiento interno de la sociedad y a la actuación de sus órganos sociales, respecto de los cuales se configura como una institución de carácter moderador y arbitral.⁷⁷

⁷⁷POLO, E., op.cit., la ley atribuye al cargo de presidente una serie de funciones concretas relativas al funcionamiento interno de la sociedad: presidencia de las juntas generales (art.110); funciones directivas, arbitrales y decisorias ... en relación con su convocatoria (art.97), constitución (arts. 102 y 103), asistencia (104 y 111), representación (106 a 108), adopción de acuerdos y emisión de voto (93), dirección de los debates, concesión y retiro de la palabra, incidentes... y término de la sesión (104 y 110), derecho de información de los

Este complejo panorama oscurece y dificulta, en principio, la solución al problema que se está tratando sobre la separación entre los miembros del órgano de gobierno de que puede dotarse la sociedad y los trabajadores de alta dirección. El argumento de la reducción funcional que afecta a los administradores y consejeros de los órganos societarios de carácter necesario no parece darse en el supuesto de delegación de facultades por el consejo de administración en una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, ni en esa tendencia a concentrar los poderes en alguno o algunos de los cargos del propio consejo - presidente, vicepresidentes, secretario...-, fenómeno que obedece precisamente, como acaba de decirse, a la necesidad de concentrar en un número más reducido de personas la capacidad de dirigir los asuntos sociales de forma cotidiana y habitual con la finalidad de agilizar el proceso de toma de decisiones y ejecución de las mismas necesario para el funcionamiento de la sociedad. La pregunta que cabe formular llegado este punto es si las atribuciones de estos delegados trascienden o no de las que la normativa laboral considera inherentes a todo cargo societario.

En efecto, y siguiendo a un sector de la doctrina, como consecuencia del fraccionamiento de la gestión empresarial, se

accionistas(112), prórroga (109), aprobación del acta (113) y visado de las certificaciones de los acuerdos de la junta (art.26 CCom). Análogas funciones y facultades ostenta en relación con la actuación del consejo de administración... (pp.458-9 y p.466); IGLESIAS PRADA, J.L., op.cit., pp.53-98; CORTES DOMINGUEZ, L.J., "Notas sobre la reforma de la legislación mercantil en materia de sociedades mercantiles (Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades)", en Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena, Madrid, Civitas, 1991, reitera la tendencia en las grandes empresas capitalistas a separar la propiedad de la dirección y el control, aunque todavía la regulación española de la sociedad anónima responde a los tradicionales "dogmas de la propiedad como fundamento del poder de dirección y del contrato de sociedad como fórmula de organización de la cotitularidad y del ejercicio de sus prerrogativas... (aunque) se apunta a la superación de estos dogmas..." (pp.214-5).

va a operar una delegación de facultades de dirección diaria o cotidiana, efectiva y real, que son transferidas con carácter permanente por el órgano que es su titular originario mediante delegaciones o apoderamientos singulares a otras personas que ostentan a su vez cargos orgánicos o son extrañas a la sociedad respectivamente, pero que en ambos casos van a merecer la consideración funcional de altos cargos.⁷⁸

Se va a tratar de trazar las líneas fundamentales en la evolución de las distintas posturas mantenidas por el TS a lo largo de estos últimos años, fundamentalmente tomando como referencia el momento de la aparición de la normativa específica sobre la relación laboral especial del personal de alta dirección. En principio, y con fundamento legal en el art.77 de la anterior Ley reguladora de este tipo de sociedades, de 17 de julio de 1951 -hoy en el 141 del Texto Refundido aprobado por RD legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre-, el consejo de administración de la sociedad puede delegar sus funciones en una comisión ejecutiva de su propio seno, en uno o más consejeros-delegados, o en cualquier persona mediante apoderamientos⁷⁹.

En los dos primeros casos los consejeros, en comisión o delegados, siguen realizando funciones que les son propias en condición de administradores o cargos societarios y de forma concurrente con el consejo de administración, en virtud de lo

⁷⁸BORRAJO DACRUZ, E., Introducción al Derecho del Trabajo, cit., p.28; FERNANDEZ LOPEZ, M^aF./RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La relación laboral especial...loc.cit. (I), pp. 8 y 9, y 14 y ss.; MUÑOZ CAMPOS, J., "El concepto de trabajador directivo en la jurisprudencia y en el R.D.1382/1985", loc.cit., pág.141; SALA FRANCO, T., op.cit., pág.31; VICENT CHULIA, F., op.cit., vol 1^o, entiende que en relación con el ámbito del RDAD "parece claro que tan sólo quedan excluidos de su aplicación los consejeros o miembros del Consejo de Administración de las Sociedades que no presten actividad permanente..." (p.252).

⁷⁹En general sobre este tema, vid.IGLESIAS PRADA, J.L., op.cit.; POLO.E., op.cit., pp.455 y ss.; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejo de Administración, Madrid, 1971; GARRIGUES/URIA, op.cit., pp.131 y ss.; RUBIO, op.cit., p.252.

cual frecuentemente ejecutan las decisiones previamente adoptadas en el seno de éste y desarrollan de forma continuada las tareas propias de la administración ordinaria, deliberando, decidiendo y ejecutando sus decisiones con cierta autonomía, bajo las directrices que de modo regular o aisladamente le impongan otros órganos sociales. Tienen el deber de informar al órgano de administración que ejerce sobre ellos ciertas facultades de control y vigilancia, con lo que los consejeros delegados se erigen en hilo conductor o "puente entre los niveles superiores de la administración y la dirección"⁸⁰.

En el caso del apoderado, en cambio, se recurre a una persona ajena al consejo con quien se establecería, precisamente, una relación que habría que considerar como contractual y no orgánica -ni desde el punto de vista de la estructura organizativa societaria-, encuadrada inicialmente dentro del contrato de mandato o de prestación de servicios y más propiamente, en la actualidad, del contrato de trabajo como relación laboral de carácter especial siempre que las funciones ejercitadas por el destinatario del apoderamiento, como ya se ha razonado con anterioridad, sean las propias de un alto directivo en cuanto a su naturaleza, intensidad y extensión⁸¹.

Retomando las soluciones jurisprudenciales, concretamente, en relación con la figura del consejero delegado tal y como era concebido en el art.77 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, también el TS en el conjunto de sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo a las que se ha hecho referencia con anterioridad, había ya resaltado la dificultad de su

⁸⁰RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Consejeros Delegados...cit., pp.258 y ss.; GOMEZ PORRUA, J.M., "Sociedades Anónimas. Facultades del consejero delegado (S.TS. de 24 de noviembre de 1989)". Notas de actualidad. Sociedades. Derecho de los Negocios. La Ley, nº0, septiembre 1990, pág.44; IGLESIAS PRADA, J.L., op.cit., pp.194 y ss.; GARRIGUES/URIA, op.cit., califican a la relación como una relación **sui generis** de delegación que no altera la naturaleza jurídica de la relación como administradores (pp.135); RUBIO, op.cit., los califica como administradores (p.252).

⁸¹S.TS. de 29 de septiembre de 1988 (cit.).

delimitación, pese a lo cual, recogía los perfiles de la misma y establecía la necesidad de una serie de requisitos: en primer lugar, el de su pertenencia al consejo de administración; en segundo término, el de la atribución de una representación de carácter orgánico y naturaleza legal y no voluntaria, y por último, el del carácter inherente de sus facultades. Todo ello corrobora lo que se acaba de decir acerca de la naturaleza de su relación con la sociedad y acorde con ello, el Alto Tribunal determinaba su condición de órgano de la voluntad de la sociedad de idéntico rango al consejo de administración de quien reciben específicas facultades por delegación, en virtud de lo cual se incrementan sus posibilidades de actuación acumulando sobre sí las facultades de sus compañeros de dicho consejo.

Para finalizar se puede añadir una leve matización que se produce como consecuencia de la modificación introducida en la regulación de los órganos sociales por la LSA de 22 de diciembre de 1989. Al amparo de la normativa de 1951 se permitía la existencia de más de un tipo de órgano de administración y la correspondiente distribución de las competencias y facultades de gestión y representación entre ellos. Uno de los instrumentos utilizados para esa distribución del ejercicio de dichas funciones era precisamente la delegación, en base a lo cual se consideraba a los cargos delegados como cargos orgánicos. Sin embargo, y a pesar del inicial art.9,h) del nuevo texto, que parecía perpetuar el anterior sistema, el TRLSA y el nuevo Reglamento del Registro Mercantil (aprobado por RD 1597/1989, de 29 de diciembre) han debido adaptarse al rígido e inderogable sistema de representación impuesto por el art.9 de la primera de las Directivas CEE en materia de sociedades (la 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968) que establece el ámbito estrictamente legal de los poderes de representación de los administradores y el carácter ilimitable e inderogable de su eficacia externa y que no permite -salvo a efectos meramente internos- una distribución estatutaria de las competencias representativas atribuidas legalmente al órgano. Efectivamente, dicha disponibilidad estatutaria se ha limitado en virtud del art.124,2 RRM que dicta

reglas específicas para la atribución y modo de ejercicio del poder de representación según el tipo de estructura orgánica por el que se haya optado⁸².

Es sólo en el caso de que el tipo de órgano fijado en los estatutos sea un consejo de administración, en el que la regulación contenida en el RRM (art.124,2,d) permite que el poder de representación se atribuya a uno o varios miembros del mismo a título individual o conjunto. Paralelamente a este supuesto se contempla la posibilidad de que estatutariamente se prevea la existencia de un consejo y una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, en cuyo caso también se deja a los estatutos la determinación del régimen de actuación de los mismos (art.124,2,e). Se produce en estos casos una especie de disociación entre la facultad de administración que se otorga al consejo mismo y el poder de representación que se distribuye entre los distintos administradores⁸³.

Se ha llegado a decir, por ello, que el TRLSA ha respetado el anterior sistema instaurado en el art.77 de la LSA de 1951 y ha mantenido la libertad de atribución y distribución de facultades que, sin embargo, se encuentra debilitada en su eficacia externa por el nuevo art.129 TRLSA (también el 149,3

⁸²La estructura del órgano, según el art.124,1 RRM puede ser la siguiente: administrador único (por ejemplo en S.A. de tipo familiar, en las que la gestión y representación se encomiendan a un accionista mayoritario o dueño del negocio...); dos o más administradores solidarios; dos administradores con carácter conjunto; más de dos conjuntamente que, de forma colegiada integran el consejo de administración; un consejo de administración y una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados (potestativamente o por imperativo estatutario). El RRM ha descartado, en la administración solidaria, el reparto de facultades de gestión y representación (124,2,c) al desarrollar el art.9,h) del TR, que, sin embargo, "permite atribuir la representación a uno o varios de los miembros del consejo para actuar individual o conjuntamente". (Vid. in extenso POLO,E., op.cit., pp.41 y 55, y sobre el consejo de administración en particular, pp.385 y ss.; y ESTEBAN VELASCO,G., "Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación", loc.cit., pp.303-322.

⁸³ESTEBAN VELASCO,G., loc.cit., p.314.

rigiéndose por el Derecho Mercantil.

2.- El ejercicio acumulado de funciones de alta dirección por el consejero delegado.

Pero dicho lo anterior, la misma jurisprudencia de la sala de lo contencioso-administrativo a la que se ha hecho referencia también tuvo la virtualidad de establecer una importante diferenciación. Tras resolver el problema acerca de la naturaleza del vínculo que une a los consejeros delegados con la sociedad en los supuestos examinados y al amparo de la normativa de sociedades contenida en la LSA de 1951, los separó, sin embargo, de aquellos otros supuestos en los que el consejero delegado o cualquiera de las personas que ostentan los distintos cargos dentro del consejo de administración de la sociedad -secretario, vicepresidente, etc.- acumulaban sobre sí "la dirección general de la empresa u otros cometidos similares", en cuyo caso determinó el surgimiento de las obligaciones de afiliación y cotización al sistema de Seguridad Social, utilizando el argumento de que en todos estos casos "se produce una yuxtaposición de funciones, de las cuales una es retribuída por norma y ello es lo que ocasiona la sujeción a la afiliación y cotización..."⁸⁵.

El TS había razonando que el ejercicio por los consejeros delegados de facultades acumuladas en virtud de la delegación, conjunta o separadamente con otros miembros del consejo, no daba lugar a la afiliación o cotización y que siendo el mismo tipo de facultades las que se delegan, ello ni implica atribuir una condición distinta al consejero de la que le correspondía con anterioridad como miembro del consejo. Los consejeros delegados deben asimilarse en su tratamiento normativo -en materia de Seguridad Social- al resto de los miembros de dicho consejo que no hayan sido objeto de delegación alguna, salvo que desempeñen

⁸⁵S.TS. (Sala 4ª), de 19 de enero de 1980, que acoge los considerandos de la S.de la Audiencia de Madrid, de 14 de mayo de 1975 (también citada en el Capítulo Primero, cita nº 75).

además un cargo directivo.

Según esto, habría que concluir respecto de la figura del consejero delegado que tan sólo debería considerarse exclusivamente como cargo societario u órgano de administración, excluído del ámbito laboral, cuando se limitara a esas funciones societarias, no cuando se asumiesen "otros cometidos que suponen funciones ejecutivas, gerenciales o de dirección, (entrando) en juego, ante dicho supuesto, la relación laboral especial de Alta Dirección..." ⁸⁶.

Así, las posibles situaciones serían tres: mero consejero; consejero delegado, lo que implica el desempeño de funciones y la prestación de servicios a la sociedad que trascienden de la mera concurrencia a las reuniones del consejo de administración para emitir un voto y contribuir a la conformación de la voluntad societaria y, en general, de las inherentes a la gestión interna de la sociedad y supone el ejercicio de tareas directivas también en el ámbito de la empresa de manera **profesionalizada**, esto es, con una dedicación personal, intensa y habitual a las actividades

⁸⁶S.TS. de 8 de junio de 1987 (R.4134) sobre un supuesto en que la actora, Director comercial de la empresa, accionista, Consejero-Delegado, en la que se habían delegado facultades del Consejo de forma solidaria con el Vicepresidente de la sociedad y respecto de la cual se predica el carácter de alto cargo. VILA CARUANA, G., El directivo y las relaciones laborales. Madrid, Ed. CDN, 1989, pág.10, donde critica la solución adoptada por el TS. en sentencia de 23 de septiembre de 1988, que sostiene la tesis de la primacía de la cualidad de Consejero sobre la asunción de funciones gerenciales delegadas por el Consejo; no sin aparentes contradicciones esta parece ser la solución a la que llega también MOLERO MANGLANO, C., Estructura y desarrollo del contrato de trabajo. (Tomo III). Contratos especiales. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1990, pág.26, al hablar del Consejero-Delegado como un **tipo mixto** (lo mismo respecto de la figura del Presidente Ejecutivo); para SALA FRANCO, T., op.cit., pág.33, será indicio decisivo la inexistencia en ese caso de otros directivos por debajo del Consejero-Delegado, con poderes generales realmente ejercitados. Vid. también el resto de los autores citados en cita n^o39 de este capítulo.

propias del cargo⁸⁷; miembro de una comisión ejecutiva y, finalmente, consejero delegado que además ostenta otro puesto de dirección, a lo que habría que matizar, que dicho puesto suponga efectivamente el ejercicio de otras funciones distintas y añadidas a las que le son encomendadas por el consejo en virtud de la delegación, esto es, como consejero delegado⁸⁸.

Esta tesis coincide básicamente con la sustentada por la doctrina mercantilista, que añade algunas otras diferencias entre el estatuto del consejero delegado y los miembros de la gerencia o altos cargos. Como las que se refieren al carácter ilimitado del poder de representación orgánica en el caso del consejero y el carácter limitado de la representación voluntaria en el caso del apoderado; o la propia naturaleza del acto por el que se crea cada una de estas figuras, la primera de ellas -consejero- en virtud de un negocio jurídico complejo de formación sucesiva, mientras que la segunda -apoderado-, lo es en virtud de la escritura pública de apoderamiento. Otra diferencia importante estaría en el ámbito en el que se desarrollan las funciones de uno y otro. Sobre la base de la posible, aunque polémica, diferenciación entre las nociones de empresa y sociedad, de la que hemos tratado con anterioridad, el consejero actuaría sus facultades de dirección en la primera y de administración en la segunda, mientras que el alto directivo sólo se ocuparía de la efectiva dirección de la empresa⁸⁹.

⁸⁷ BAYON CHACON, G./PEREZ BOTIJA, E., op.cit., aunque también entienden que resulta "muy fuerte" calificarlos como trabajadores, siquiera especiales... (p.220); MARTIN-MARCHESINI, G., "El poder de dirección", loc.cit., pp.170-3.

⁸⁸ Vid. por todas la S.TS. de 14 de mayo de 1987 (R.3706) sobre un consejero delegado que desempeña a nivel nacional el proceso comercial -dirección comercial- de la sociedad anónima. (Vid. referencia a la misma en CARRERA GIRAL, J., Ley de sociedades anónimas de 22 de diciembre de 1989 y su interpretación por el Tribunal Supremo, vol. III, 4ª ed., Barcelona, Bosch, 1991, p.961).

⁸⁹ IGLESIAS PRADA, J.L., op.cit., pp. 387-388; GARRIGUES/URIA, op.cit., pp.322-3; RUBIO, op.cit., p.252.

En la actualidad sin embargo, la doctrina⁹⁰ y el TS en reiteradas ocasiones, han vuelto a la calificación del consejero-delegado como un órgano societario y lo han considerado excluído de la legislación laboral por ello, si bien es cierto que en los supuestos examinados por el Alto Tribunal se simultaneaba la cualidad de consejero delegado con la ocupación de otros cargos dentro del consejo, principalmente, con el de presidente del mismo, por lo que se ha entendido que el consejero ocupaba una "posición relevante en el área de la titularidad de la empresa...", y por dicha razón se llega a la negación de la concurrencia de uno de los "elementos definidores del contrato de trabajo: que se presten los servicios por cuenta ajena y sometido a un círculo rector extraño..." pues el consejero se convierte en "uno de los miembros de dicho círculo..."⁹¹.

También encontraría apoyo esta solución en una marcada tendencia que se viene observando y que de alguna manera altera la admisibilidad de la compatibilidad de distintas condiciones de naturaleza diversa en una misma persona, y que consiste en otorgar mayor relevancia a las funciones de rango superior de las múltiples que se puedan venir desempeñando en la empresa que quedarían absorbidas en las primeras. Y ello tanto si se trata de simultanear la condición de consejero con la de alto cargo,

⁹⁰FERNANDEZ LOPEZ, M^aF./RODRIGUEZ-PIÑERO, M., loc.cit. (I), pág.11.

⁹¹El primer entrecomillado pertenece a la S.TS. de 30 de septiembre de 1987 (cit.), y el resto a la de 18 de marzo de 1989 (R.1879). Vid. también las de 21 de diciembre de 1988 (R.9884) y 25 de julio de 1989 (R.5916), en la que el actor era socio fundador, miembro del consejo de administración y consejero-delegado, entendiéndose el TS que de habersele otorgado además poderes o facultades "de gestión o dirección sujetos a los criterios o instrucciones directas del propio consejo, sí podría mantenerse, unida al cargo de consejero delegado, una relación laboral especial, encuadrable en el RDAD". Ultimamente, en las de 26 de febrero y 5 de marzo de 1990 (R.1230 y 1758), en la primera de ellas en la que se sucede a la cualidad de consejero-delegado, excluída del ámbito laboral, la de apoderado declarada relación laboral especial en función de la amplitud de los poderes otorgados, con lo que reúnen y sistematizan de forma bastante ilustrativa los criterios a los que, a este respecto, se ha hecho referencia a lo largo de las líneas anteriores.

como la de directivo con el desenvolvimiento de funciones o tareas propias de una relación laboral común⁹².

Sin embargo, en otras ocasiones se han aplicado las previsiones del RDAD en aquellos supuestos en los que el consejero delegado simultaneaba dicha condición, precisamente, con otros cargos directivos, habitualmente de ámbito general y bajo la denominación de director general o gerente. También es frecuente que el nombramiento como directivo suceda en el tiempo y se superponga a la condición de consejero delegado⁹³.

⁹²MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCIA MURCIA, J., op.cit., pág.176, que encuentran la razón de ser de esta tendencia en el mantenimiento de una sólo relación jurídica con la empresa (identidad de razón que se mantiene en el art.9 RDAD); ECHEVARRIA MAYO, B., loc.cit., para quien "...el hecho, que es sumamente frecuente, de que los socios desempeñen, además, puesto directivos en la empresa, es habitualmente valorado en sede jurisprudencial para asentar el criterio de que el trabajo queda integrado en la relación asociativa, aun cuando no se trata de un dato decisivo en sí mismo, ya que es perfectamente compatible la cualidad de socio con la de trabajador sujeto a una relación laboral de carácter especial de alta dirección. Son muy numerosos ... los pronunciamientos que declaran la incompetencia de la jurisdicción laboral respecto de socio que ostentan cargos de consejero-delegado o similares, pero en tales casos la **ratio decidendi** se encuentra en la exclusión del art.1,3^o,c) ET, quedando fuera del debate si existe o no un predominio de la causa laboral." (p.60).

⁹³S.TS. de 6 de febrero de 1985 (R.608) en un supuesto de consejero delegado nombrado posteriormente director general, aunque en esta etapa temprana, como ya se ha advertido, el TS declara su incompetencia tanto con apoyo en el art.2,1,a) ET por no hallarse desarrollada la normativa sobre el personal de alta dirección, como sobre la base del 1,3,c) ET que excluye a los meros consejeros, con lo que parece diferenciar entre ambas condiciones concurrentes en el demandante; S.TS. de 6 de abril de 1987 (cit.) dictada en un supuesto en el que el actor ostentaba también las categorías de gerente y director comercial, y en la que no delimita el TS los distintos cometidos inherentes a dichas distintas situaciones, sino que se limita a atribuirle la condición de alto cargo; S.TS. de 14 de mayo de 1987 (R.3706) consejero-delegado y director comercial; S.TS. de 12 de julio de 1988 (R.5799), consejero-delegado y director de la sociedad limitada; S.TS. de 17 de octubre de 1989 (R.7286) en la que el nombramiento como director gerente sucede al cargo de consejero-delegado; S.TS. de 27 de noviembre de 1989 (R.8256).

Resumiendo, el consejero delegado, aunque ejercite facultades de administración, gestión y dirección acumuladas a las que tenía encomendadas como mero administrador o miembro del consejo, sigue ejercitando tareas propias e inherentes a su condición de administrador e, independientemente de la opción que se adopte en cuanto a la naturaleza de su relación -orgánica o contractual-, ésta será de carácter mercantil. Otra cosa es que pueda acumular otro tipo de funciones de carácter técnico o mercantil, en virtud de las cuales se admita la concurrencia de una relación laboral.

Para terminar este apartado quizá no esté de más añadir que, sin apoyar ni desautorizar las tesis que han sugerido la posibilidad de aplicar determinados aspectos de la disciplina jurídica del contrato de trabajo a las relaciones entre los administradores y la sociedad, lo que sí es constatable es una cercanía en algunos rasgos de sus respectivas actividades entre éstos y los altos directivos.

Así, además de la afinidad funcional que ya se ha puesto de relieve abundantemente, el órgano delegante puede impartir las instrucciones oportunas y rectificar la gestión de los cargos delegados por lo que se da una sujeción a las instrucciones y directrices del órgano de administración; en cuanto a la posibilidad de revocación *ad nutum*, ésta se basa también en la naturaleza de confianza del cargo y en su elevado grado de autonomía, a pesar de lo anterior⁹⁴; y en torno al problema de la ausencia de previsión legal sobre el posible derecho a indemnización por la revocación sin justa causa, se dice que puede resultar de utilidad el recurso a las construcciones

⁹⁴CORTES DOMINGUEZ, L.J., "Notas sobre la reforma de la legislación mercantil en materia de sociedades mercantiles (Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades)", *loc.cit.*, pp.203-216, que pone en conexión los deberes de diligencia y legalidad en la gestión de los administradores con la relación de **agencia** en que se encuentran (p.212).

civilistas del mandato retribuido o del arrendamiento de servicios, así como la específicamente mercantil de los auxiliares del comerciante, que desembocan todas ellas en el reconocimiento del deber de indemnización; además la propia relación contractual superpuesta generaliza el uso de las acciones indemnizatorias; en materia retributiva, aunque el cargo de administrador, en general, no es necesariamente retribuido, el art.130 TR parece partir de una relación de prestación de servicios de carácter contractual entre sociedad y administrador que implica normalmente su retribución. Por supuesto también puede darse la retribución en su "posible doble condición como directivos...", esto es, cumpliendo o desempeñando funciones de carácter técnico o empresarial (económico, financiero, comercial...), con lo que nuevamente se alude a la distinción sociedad/empresa⁹⁵. Pero es que desde el punto de vista de la contabilidad societaria también puede advertirse ese acercamiento, pues en el art.189 TR, al enumerar los gastos de la cuenta de pérdidas y ganancias, se incluyen las retribuciones de los administradores en el apartado relativo a los gastos de personal ("sueldos, salarios y asimilados"). Si bien es cierto que si se percibe una participación en beneficios, no será considerado gasto, sino un destino o aplicación de dicho beneficio, y sólo se repartirá tras calcular el beneficio líquido, deducir la reserva legal y estatutaria y el dividendo mínimo de los accionistas, y , en su caso, después de compensar las pérdidas de otros años.

En fin, lo anterior, no trata de ser sino una reflexión sobre la cercanía entre las situaciones de ambos colectivos - administradores y altos directivos- que quizá apoye lo dicho a lo largo del capítulo anterior sobre la lejanía del trabajador

⁹⁵ POLO, E., op.cit., donde señala que "la doctrina parte de la posibilidad de separar la pura relación orgánica que nace de la designación y la relación de empleo derivada de un contrato independiente que puede percibirse con claridad cuando el órgano es colegiado... (el consejero delegado puede pactar con la sociedad una remuneración adicional por el nuevo cargo -se entiende que el delegado-)..."(pp.194-5).

de alta dirección respecto de la noción de trabajador asalariado.

3.- Las líneas de tendencia en la jurisprudencia: reseña y comentario.

Este complejo e intenso debate jurisprudencial se ha tratado de superar recientemente al aparecer numerosas sentencias en las que se observa un cambio de criterio y de enfoque en el enjuiciamiento efectuado por el Alto Tribunal. En efecto, se altera el argumento utilizado hasta ahora de las funciones acumuladas en la persona del consejero para determinar su inclusión o no en la normativa laboral o de Seguridad Social y se declara que lo determinante para la delimitación de estas distintas figuras y, consecuentemente, dicha inclusión o exclusión del ámbito de la legislación citada, no va a ser la distinta naturaleza, carácter, ámbito o intensidad de las funciones que efectivamente se ejerciten, sino la **"naturaleza del vínculo"** que una a la persona que las actúa y la sociedad.

Así, partiendo de la posibilidad de que el órgano societario se desprenda de las facultades inherentes a la titularidad empresarial en virtud de lo cual se constituiría una relación distinta de la relación orgánica, de carácter contractual y naturaleza laboral, si dicho órgano retiene para sí el ejercicio de tales facultades directivas o gerenciales, ello implicará la negación de la "configuración de una simultánea relación de dependencia laboral"⁹⁶.

O dicho de otra forma, puesto que el criterio funcional no se ha mostrado del todo operativo a efectos de distinción entre el consejero y el alto cargo dado que las funciones que desempeñan uno y otro son coincidentes, el rasgo diferencial sólo puede ser el título en virtud del cual se ejercitan. Si se ejercitan tales funciones en cualidad de miembro del órgano

⁹⁶S.TS. de 29 de abril de 1991 (R.3393); en el mismo sentido la de 18 de marzo del mismo año (R.1868).

societario, esto es, "si existe relación de integración orgánica de la persona que desempeña el trabajo de dirección", ello excluye la posibilidad de encuadramiento laboral de dicha relación que será de naturaleza mercantil⁹⁷.

En una de estas sentencias -la de 18 de diciembre de 1989- se expone con bastante claridad este criterio. Al tratar de diferenciar la figura del consejero delegado de la del director gerente o director general⁹⁸, el TS razona que "mientras el cargo desempeñado por el demandante es estatutario, formando parte del órgano colegiado de administración, el de director general es de creación ulterior, en virtud de la propuesta y nombramiento que se efectúan en las fechas indicadas.../...es el vínculo lo que caracteriza y distingue y no la actividad desplegada que puede ser de gran analogía si el director general está provisto de amplios poderes...".

La reciente S.TS. de 3 de junio de 1991 (cit.) declara la

⁹⁷S.TS. de 18 de junio de 1991 (R.5152); y también sobre la naturaleza del vínculo como criterio determinante para la calificación de la naturaleza jurídica de la relación, la S.TS. de 29 de septiembre de 1988 (cit.) y las posteriores de 25 de julio de 1989 (R.5916), 18 de diciembre de 1989 (R.9036), 12 de marzo de 1990 (R.2050), 25 de octubre de 1990 (R.7714), 21 de enero de 1991 (cit.), 13 de mayo de 1991 (R.3906) y 3 de junio de 1991 (R.5123). Frente a esta tendencia, cfr. FERNANDEZ LOPEZ, M^aF./RODRIGUEZ-PIÑERO, M., loc.cit. (I), que critican la trascendencia de "la calificación de un cargo como orgánico...", basando dicha crítica en que "cada vez más, la noción de órgano aparece como una técnica de imputación de los actos sociales..." (pág.13).

⁹⁸A pesar que respecto del Director-Gerente o Director General se venía manteniendo por la doctrina la tesis de su asimilación al Consejero-Delegado y, por tanto, su consideración como órgano que, por precepto expreso de los Estatutos sociales, comparte con el Consejo las funciones de administración. Ahora bien, siguiendo al Profesor BORRAJO (Altos cargos laborales, cit., pp.89 y 90), "...si la designación del Director General o asimilado no estuviese regulada en los Estatutos, y su nombramiento se acuerda en Junta General y actúa en virtud del apoderamiento que le otorgue el Consejo de Administración,... el Gerente así nombrado no tendrá la condición de órgano social de administración, sino el concepto legal de apoderado general o factor..." (Vid. URÍA, R., op.cit., pp.239 y ss.).

incompetencia de la jurisdicción social para conocer un supuesto de despido de quien ostentaba la cualidad de accionista y miembro del consejo de administración y el cargo de vicepresidente del órgano social, al que se habían también encomendado amplias facultades y poderes para actuar en nombre de la empresa, "desempeñando funciones de dirección, administración y gestión de la sociedad...".

Según la tesis mantenida en esta sentencia, si "las actividades de dirección, gestión, administración y representación -que son las típicas y específicas de los órganos de administración de la sociedad"-⁹⁹ las ejerce un miembro del propio órgano, la naturaleza del vínculo es mercantil y, por tanto, quedará encuadrado en el 1,3º,c) ET y excluido del ámbito laboral, mientras que si las mismas funciones se encomiendan a alguien ajeno a dicho órgano, se estará conformando una relación laboral especial de alta dirección.¹⁰⁰

En realidad lo que se está llevando a cabo con esta afirmación es un retorno al criterio de la relevancia de la posición que ocupe el sujeto a nivel social o empresarial, apoyado en la posibilidad de distinguir entre la sociedad y la empresa como dos esferas de actuación distintas, pero incluso va

⁹⁹Vid. comentario a dicha sentencia y a la de 18 de junio siguiente (R.5152) en GARCIA MURCIA, J., "Cargo de consejero y trabajos de dirección". Notas de actualidad. Relaciones Laborales. Derecho de los Negocios. La Ley, nº 16, enero 1992, pp.40 y 41.

¹⁰⁰ Quizá una de las resoluciones del TS. más claras en este sentido, y que enlaza con lo expuesto en relación con el Consejero-Delegado, sea la sentencia de 18 de diciembre de 1989 (cit.) en la que, al tratarse de distinguir dicha figura de la del Director-Gerente o Director General, el Tribunal razona que "mientras el cargo desempeñado por el demandante es estatutario, formando parte del órgano colegiado de administración, el de Director General es de creación ulterior, en virtud de la propuesta y nombramiento que se efectúan en las fechas indicadas anteriormente.../...es el vínculo lo que caracteriza y distingue y no la actividad desplegada que puede ser de gran analogía si el Director General está provisto de amplios poderes...".

más allá pues parece que conlleva la negación de la posibilidad de ejercitar facultades de gestión y dirección en ambas a la vez en virtud de distintos títulos y la necesaria absorción de la relación pretendidamente laboral por el vínculo mercantil, es decir, el solapamiento de la relación jurídico-laboral por la existencia de la vinculación de naturaleza mercantil y societaria y la incompatibilidad de ambas situaciones. Como se sabe, esta solución no es novedosa, y se complementa con la ya aludida de primar las funciones de mayor rango sobre el resto de las que el sujeto pueda tener encomendadas en la sociedad y en la empresa, y que también se conecta, como se ha dicho, con la coincidencia del tipo de funciones que ejercitan los administradores delegados y los altos directivos.

Precisamente en concordancia con lo anterior, la jurisprudencia ha matizado aún más y ha entendido en alguna ocasión que la incompatibilidad del simultáneo desempeño del cargo societario y del vínculo laboral sólo afecta al puesto de alta dirección, pero nada impide que se compaginen el primero de ellos con la prestación de servicios por cuenta de la sociedad en virtud del un contrato laboral ordinario y, por tanto, para la realización de una actividad en el seno de la empresa de carácter no directivo¹⁰¹. Es decir, se niega la posibilidad de que por el desempeño de funciones del mismo tipo el sujeto pueda quedar vinculado con la sociedad o empresa en virtud de dos distintas relaciones jurídicas.

Por otro lado, la postura adoptada por el TS en este caso, ha sido criticada en el sentido de excluir, precisamente, la

¹⁰¹S.TS. de 18 de junio de 1991 (cit.): "...si existe una relación de integración orgánica de la persona que desempeña el trabajo de dirección en el consejo de administración social, cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, la relación no será laboral sino mercantil. Lo que, visto desde otro ángulo, implica como regla general, que sólo en los casos de realización de trabajos en régimen de dependencia no calificables como alta dirección, sino como relación de trabajo común cabe admitir el desarrollo simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral...".

posibilidad de concurrencia simultánea en una misma persona de las cualidades de consejero o miembro del órgano de representación y administración de la sociedad y la de trabajador de alta dirección al servicio de la empresa de la que aquélla es titular; o lo que es lo mismo, la imposibilidad de coexistencia de relaciones jurídicas de distinta naturaleza, una mercantil y otra laboral de carácter especial.

La crítica obedece a que se contraviene la **ratio legis** del art.1,3,c) ET que parte de dicha posible compaginación y también a que se infravalora el criterio doctrinal según el cual es necesario distinguir entre titularidad y ejercicio de las funciones a las que se está haciendo referencia, o ejercicio a título originario y derivado¹⁰². A estas razones cabría añadir como criterio alternativo de separación de situaciones el de la posible, aunque delicada, diferenciación de las funciones que en virtud de una u otra se desempeñan, en un caso de estricta gestión interna de la sociedad, frente a las de dirección o gestión ordinaria de los negocios que se llevan a cabo en el otro caso, a través del ejercicio de facultades que implican una actuación del consejero o alto cargo de mayor intensidad y permanencia, tal y como se ha analizado en apartados precedentes.

Sin embargo, la solución que propone otorgar carácter relevante a la naturaleza del vínculo también cuenta con ciertas ventajas. Por de pronto, no parece inconciliable con la

¹⁰²Vid. CISCART I BEA,N., "Los consejeros o administradores societarios y los altos cargos directivos. A propósito de la sentencia TS. 4ª S.3 junio 1991", en R.L.nº11, 1992, pp.38-42, donde la autora entiende que podrían haberse utilizado otros criterios "...con los que se hubiera obtenido idéntico resultado, pero con unos razonamientos que no desvirtuasen la previsión legal que permite la coexistencia de una relación mercantil y una laboral de carácter especial." Entre ellos, insiste especialmente en la aplicación del art.1,1ª ET, dada la cualidad de accionista del actor; y SALA FRANCO,T., op.cit., pp.31 y 32, resaltando que según esta tesis, nunca podría darse la coincidencia en la misma persona del cargo de consejero y la condición de directivo, mostrándose el autor partidario de la compatibilidad de ambas condiciones por entender que es la "ratio legis" del art.1,3ª,c) ET.

diferenciación que se hizo más arriba entre ejercicio de las facultades de gestión a título propio u originario por quienes conforman los órganos de administración de la sociedad y quienes lo hacen de manera derivada, por delegación de aquéllos. En segundo lugar, resulta coherente con la existencia de un punto de coincidencia en la delimitación de las actividades de mero consejero y personal de alta dirección¹⁰³. Y en último término, pero no por ello el menos importante, con la necesaria concurrencia de los requisitos del art.1,1^º -fundamentalmente la ajenidad- para poder concluir que se está en presencia de una relación laboral de carácter especial de alta dirección¹⁰⁴.

Esto no significa desdeñar las dificultades que siguen planteándose en torno a estas cuestiones y que ninguno de los criterios mencionados, de forma aislada, ha logrado superar. Si el art.1,3^º,c) ET parece consagrar la compatibilidad de situaciones y en la práctica se evidencia la frecuencia con que ello ocurre, también se ha resaltado que el criterio que parece inspirar la regulación contenida en el art.9 RDAD es precisamente el contrario, esto es, el retroceso de una de las relaciones frente a la atribución de funciones cuyo desempeño altera la calificación de la relación contractual. Sin embargo, éste no es el mayor inconveniente para llegar a una solución definitiva, puesto que el art.9 RDAD en realidad produce un efecto conservador de ambas relaciones aun cuando sean de carácter distinto.

¹⁰³Vid. por todas, la S.TS. de 13 de mayo de 1991, reiteradamente citada.

¹⁰⁴S.TS. de 29 de septiembre de 1988 (cit.), en la que el TS. entiende que "...para la concurrencia de la relación laboral de carácter especial mencionada no basta que la actividad realizada sea la propia del alto cargo, tal como las define el precepto reglamentario, sino que la efectúe un trabajador... y no un consejero en el desempeño de su cargo..."; S.TS. de 27 de junio de 1989 (R.4849) niega el carácter de alto cargo al Administrador General de la sociedad de la que es propietario del 98% de las acciones. GETE CASTRILLO, P., "La protección por desempleo del personal de alta dirección", en R.L. 1987, I, afirma que "nadie puede negar la presencia de la nota sustantiva de la ajenidad (en riesgos, utilidad, organización o frutos) en el trabajo de los altos cargos..." (pp.1309-1310).

AMBITO DE LAS FUNCIONES E INTENSIDAD DE LOS PODERES DEL ALTO DIRECTIVO.

El art.1,2º RDAD, como se sabe, dispone que el personal de alta dirección es aquél que ejercita "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, **y relativos a los objetivos generales de la misma,...**". Este último inciso plantea el problema interpretativo en torno al significado de la expresión "objetivos generales" y si ello implica, como parece a simple vista, la necesidad de que las funciones de naturaleza directiva vayan referidas a la totalidad de la actividad empresarial o si es posible la alta dirección en ámbitos o parcelas concretos de la empresa.

Como se recordará, no se trata de un problema novedoso, puesto que aquí el RDAD también recoge fielmente uno de los criterios más antiguos en la configuración de las notas que caracterizan la noción de trabajador de alta dirección o alto cargo, pues seguramente deriva de la consideración del alto directivo como **alter ego** del empresario. Sin embargo, sin desconocer la importancia de este rasgo en la evolución doctrinal y jurisprudencial del concepto de alto directivo y teniendo en cuenta sus perfiles actuales, conviene proceder también a un análisis de las perspectivas de futuro que pueden ya advertirse acerca de la incidencia del ámbito en que se ejercitan las funciones directivas en la evolución del concepto de trabajador de alta dirección.

1.- La referencia legal a los objetivos generales de la empresa: especial referencia al director general de la sociedad anónima.

En primer lugar es necesario explicar el motivo de la opción metodológica por la que se ha optado para efectuar el análisis de este concreto rasgo conceptual, y que consiste en otorgarle un tratamiento conjunto con el de la tipificación y sistematización de las funciones características del personal de

alta dirección de las empresas. La razón de adoptar este enfoque reside, en primer lugar, en una razón sintáctica y es que el art.1,2º inserta esta referencia a los objetivos generales de la misma (la Empresa) entre dos comas, lo que parece querer indicar que se trata de una especificación referida al presupuesto aludido con anterioridad, esto es, que los poderes ejercitados por el trabajador de alta dirección son los inherentes a la titularidad jurídica de la empresa. Dicho de otra forma, la afectación a los objetivos generales de la empresa se predica de dichos poderes.

En segundo lugar, porque como se apuntará más adelante, este presupuesto no es un requisito autónomo, sino una modalización del anterior, algo que se añade a las características de las facultades que se otorgan al directivo y que califica a las mismas. Desde luego que para llegar a este planteamiento han resultado de consulta imprescindible los criterios recientemente mantenidos por la jurisprudencia, a los que luego se hará mención.

Como ya ha quedado reflejado en las líneas dedicadas a la evolución histórica del tratamiento otorgado por la normativa laboral a este específico colectivo profesional, la jurisprudencia venía exigiendo que el ámbito en el que se desarrollaran las funciones de alta dirección había de referirse a la totalidad de la actividad empresarial. De ahí el concepto restrictivo de trabajador de alta dirección que se deriva de dicho criterio interpretativo, y en virtud del cual, inicialmente quedaban fuera de esta noción los directivos técnicos. A recoger, como se ha visto, el RDAD una noción de personal de alta dirección que responde a las líneas doctrinales y jurisprudenciales anteriores, ha cristalizado en el concepto legal el citado requisito, expresado en los términos a los que se ha hecho referencia al principio.

En efecto, la noción legal de personal de alta dirección implica que el ejercicio de las funciones que habitualmente tiene

encomendado este tipo de personal, a cuyo análisis se han dedicado los epígrafes anteriores, debe extenderse a la integridad de las actividad de la empresa, esto es, a cada una de las áreas funcionales en las que se descompone el giro o tráfico de aquélla.

A continuación se va a tratar de precisar aún más el alcance de la terminología legal de acuerdo con las nuevas líneas interpretativas que la doctrina y la jurisprudencia han formulado como propuestas más realistas y acordes con la práctica empresarial actual, y que han tratado de superar la tendencia iniciada a raíz del RDAD consistente en continuar identificando al alto cargo con quien dirige la actividad empresarial en su conjunto.¹

En este sentido, la jurisprudencia se inclinó en un primer momento por el reconocimiento de la cualidad de alto directivo en relación con cargos que recibían denominaciones como la de director general, gerente o equivalentes, que expresaban dicho alcance general de sus funciones. Por contra, se decantó por negar dicha condición respecto de quienes ejercitaban poderes de análoga naturaleza, pero circunscritos a un área o sector de la empresa, en ocasiones sometidos precisamente a otro órgano directivo de carácter general o global. De este tenor también hay soluciones recientes, por cuanto es un criterio no total y definitivamente superado².

¹FERNANDEZ LOPEZ, M^aF./RODRIGUEZ-PIÑERO, M. loc.cit. (I), pp.17 y 18; MUÑOZ CAMPOS, J. "El concepto de trabajador directivo en la jurisprudencia y en el R.D. 1382/85", loc.cit., pp.123 y ss.; VALDES DAL-RE, F., "Negociación colectiva y representación del personal directivo", loc.cit., p.67.

²De forma temprana, y al hilo de la normativa incluyente sobre Seguridad Social, vid S.TS. (Sala 4^a), de 27 de febrero de 1976 (R.1483) diferenciaba la figura del alto cargo directivo de la empresa respecto de la del factor con funciones directivas en una sucursal, entendiendo que en este último no concurre la condición de alto cargo por estar circunscritos a un territorio y a una faceta de la actividad mercantil, además de estar contemplado el Jefe de Sucursal en la clasificación profesional

Merece la pena traer a colación, por su carácter ilustrativo sobre esta cuestión, la S.TS. de 2 de febrero de 1987 (R.743) que resuelve el supuesto de un director de producción perteneciente al departamento de construcción de la empresa Auxini (grupo INI), cuyo consejo de administración otorgó poderes a favor del trabajador "en relación con el desarrollo y ejecución de las obras dependientes de dicho departamento...".

En relación con el supuesto descrito, debe tenerse en cuenta que el departamento de construcción se encontraba en el organigrama de la empresa al mismo nivel que otros cuatro departamentos -entre ellos el de dirección económico-financiera y el de relaciones industriales y de personal-, todos los cuales se hallaban subordinados al consejo de administración, comisión permanente, presidente y vicepresidente de la sociedad.

De todo lo anterior, extrae el TS la conclusión de que dichos poderes, a pesar de su naturaleza directiva y de la autonomía con que se ejercitan, dado que no existe un órgano directivo de carácter general o global y sí se da la sumisión directa a los órganos de gobierno de la sociedad tal como establece el propio art. 1,2º RDAD, no pueden entenderse referidos a objetivos generales de la empresa, ni inherentes a la titularidad jurídica de la misma, sino que son "meramente instrumentales... (y) no son válidos para comprometer a la empresa en el aspecto económico financiero...". La

de la Reglamentación Nacional del Trabajo en el Comercio, aprobada por Orden de 10 de febrero de 1948. Posteriormente, S.TS. de 17 de febrero de 1987 (R.873); S.TS. de 17 de marzo de 1987 (R.1624); S.TS. de 6 de abril de 1987 (cit.); S.TS. de 13 de abril de 1987 (cit.); S.TS. de 29 de septiembre de 1987 (cit.), respecto de la Gerente de una cooperativa, cuyo "núcleo funcional... se extiende a todo el giro o tráfico normal..." de la misma; S.TS. de 12 de septiembre de 1988 (R.6873); S.TS. de 7 de noviembre de 1988 (R.8538); S.TS. de 18 de octubre de 1990 (cit.) respecto de un Director General, cuyas "facultades de disposición (se refieren) a la totalidad del objeto social de la Empresa..."; S.TS. de 2 de enero de 1991 (cit.); S.TS. de 26 de febrero de 1991 (cit.).

especialización en las tareas de dirección o del trabajo "dentro del complejo total de la empresa, aunque las facultades conferidas sean amplísimas y dotadas con fuertes sueldos y comisiones, no dejan de ser las propias de un trabajador y no las de un miembro directivo de la Sociedad o empresa...".

Dos son los factores que aquí se barajan: el del ámbito propiamente, esto es, el de si las funciones van referidas o no a la totalidad de la actividad empresarial; pero también otro que puede pasar más desapercibido, que es el de la importancia del aspecto patrimonial o económico-financiero para configurar una actividad de alta dirección. Recuérdese que este dato sobre la relevancia de las facultades de disposición del alto directivo y la posibilidad de que su actuación pueda determinar el sentido del resultado económico de la actividad empresarial, ha sido objeto de atención en reiteradas ocasiones con anterioridad en este mismo capítulo³.

Por otro lado, esta solución se va a adoptar en numerosas sentencias posteriores en las que se examinaban supuestos de actividades directivas en los sectores administrativo, comercial, de personal u otros, según el tipo de empresa de que se tratara en cada caso, y respecto de los cuales se negó el carácter de altos cargos a quienes las desempeñaban.⁴

³Vid. *supra*, sobre todo el ap.II,5.

⁴La sentencia contiene las siguientes referencias: S.TS. de 21 de mayo de 1968 (R.2819); S.TS. de 24 de junio de 1968 (R.3882); S.TS. de 15 de noviembre de 1968 (R.4727); S.TS. de 5 de julio de 1969 (R.3797); S.TS. de 10 de diciembre de 1982 (R.7798); S.TS. de 20 de diciembre de 1982 (R.7876); S.TS. de 9 de febrero de 1984 (R.852); S.TS. de 15 de marzo de 1984 (R.1571); S.TS. de 30 de mayo de 1984 (R.3095). Vid. también S.TS. de 15 de junio de 1987 (R.4363) en relación con un director comercial; S.TS. de 5 de julio de 1988 (R.5757), que niega la cualidad de alto cargo a un director comercial, puesto que "...dentro del organigrama de una empresa es un departamento más de los que integran su estructura y se encuentra sometida a directrices, órdenes y controles de la gerencia o dirección general."; S.TS. de 11 de marzo de 1989 (R.1821) en relación con un director de un Instituto Oncológico dependiente de la Obra Social de la Caja de Ahorros, que se limita a la dirección médica

Ante este panorama ciertamente confuso de relaciones de distinta naturaleza que se superponen o suceden en el tiempo la doctrina ha reaccionado tratando de poner un cierto orden y de delimitar los distintos supuestos que pueden darse. Así se ha insistido en la necesidad de no confundir los apoderados generales con otros posibles cargos de la empresa como los de director, director general, gerente, etc., aunque resulte sumamente frecuente en la práctica, como ya hemos reflejado, que alguno de los citados cargos sume a su contenido estrictamente técnico o empresarial, un apoderamiento general o singular de la sociedad para determinadas funciones. Se trata de una superposición de cargos y de funciones técnicas y jurídicas que puede darse asimismo en los administradores singulares o miembros del consejo de administración y en los cargos delegados (presidente director general, consejero delegado gerente, etc.)⁵.

Se ha hecho una referencia explícita al director general de

y actúa, por tanto, exclusivamente en el área sanitaria de dicho Instituto; S.TS. de 10 de noviembre de 1989 (R.8035); S.TS. de 24 de enero de 1990 (R.205) en la que los poderes ejercitados se referían principalmente a actuaciones en representación de la empresa en juicio, expedientes y reclamaciones de índole laboral, y participación en comisiones para la toma de acuerdos o concertación de pactos también de naturaleza laboral, por cuanto no podrán calificarse como poderes que afecten a los objetivos generales de la empresa "...los que se refieren a facetas o sectores parciales de la actividad de ésta."; S.TS. de 13 de marzo de 1990 (R.2065) en relación con el jefe de servicios médicos de un club de fútbol, cuya actividad, a juicio del TS., "se mantiene en el ámbito propio de las funciones directivas comunes... (que no afectan a los intereses generales de la empresa) y se limitan al ámbito de un servicio técnico claramente instrumental respecto a la finalidad fundamental de ésta..."; S.TS. de 11 de junio de 1990 (R.5050) en relación con un director administrativo cuyas facultades "son parciales y limitadas a la gestión de un determinado tipo de personal... (y) se concretan en la administración de un centro sanitario que constituye sólo una actividad sectorial especializada dentro del conjunto de la gestión empresarial de la demandada..."; S.TS. de 11 de julio de 1990 (cit.); S.TS. de 6 de octubre de 1990 (R.7928) en relación con un director de exportación y un director comercial.

⁵ POLO, E., op.cit., p.491.

las sociedades anónimas por la relevancia de esta figura, aun antes de aprobarse el RDAD, y por la cercanía de este cargo directivo con el consejero delegado⁶, al que se ha dedicado un apartado específico en este capítulo, si bien en el caso de este último se planteaba la necesidad de delimitación frente al alto directivo, mientras que el director general de la sociedad anónima es claramente un trabajador de alta dirección, por lo que su problemática ahora cede el paso, como se ha visto, a la de la admisibilidad o no de la alta dirección no general, sino sectorial.

2.- La admisibilidad de la alta dirección en ámbitos sectoriales.

Se han producido dos fenómenos de gran relevancia en la variación o matización de las conclusiones a que podría hacer llegar tanto la conceptualización legal del alto directivo como la interpretación jurisprudencial que ha predominado en torno a la cuestión sobre el ámbito o alcance de sus funciones.

El primero, ya aludido más arriba⁷, es el que atañe a la distribución del poder en el seno de las sociedades anónimas, dado que los órganos soberanos de éstas han ido cediendo y transfiriendo el ejercicio efectivo de las facultades de administración, gobierno y gestión de la propia sociedad y de sus negocios a grupos más o menos reducidos de directivos o ejecutivos que son quienes llevan a cabo de forma habitual y con carácter profesional dichas tareas.

⁶RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Consejeros Delegados...cit., lo califica como apoderado (p.180); GARRIGUES/URIA, op.cit., lo diferencia del consejero delegado por su no pertenencia al consejo y su vinculación mediante un contrato de servicios (pp.25 y ss. y 82-3); del mismo autor vid. "Notas sobre el régimen jurídico del director general de la sociedad anónima-2, en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues III, Madrid, Tecnos, 1971.

⁷Vid supra, en especial el apartado III,2.

El segundo, motivado sin duda por los cambios estructurales y organizativos que se han ido introduciendo en las empresas, es el que ha dado lugar a la diversificación y parcelación de los distintos sectores que conforman la total actividad de la misma, lo que en aras de una mayor eficacia en la gestión ha conducido a la descentralización de aquél poder directivo mediante su delegación en escalones de mando inferiores, y a la consecuente multiplicación de los centros de decisión que pueden existir en su seno.

Estos dos factores conjugados, por un lado la concentración del poder que conlleva una más intensa dedicación a las tareas de gestión empresarial y, por otro, la descentralización del ejercicio del mismo que implica una diversificación y multiplicación de los ámbitos de actuación de las facultades directivas, dan como resultado una necesaria especialización de los directivos que ya no pueden dedicarse a todas las posibles áreas en las que se desglosa la total actividad de la empresa.

Además, el grado de complejidad técnica de los actuales procesos productivos ha implicado la exigencia de que para la toma de numerosas decisiones se requiera un profundo conocimiento de muchas tecnologías, lo que es difícil que concorra en un sólo directivo. Ante este fenómeno se ha adoptado una solución que consiste en conferir la posibilidad de adoptar las decisiones a una serie de individuos que, bien formando un equipo de directivos de carácter inorgánico, o bien agrupados en un órgano que puede recibir la denominación de **comité** -sea en su modalidad de comité asesor, consultivo o decisorio propiamente dicho- u otras denominaciones diferentes, sustituyen progresivamente al directivo individual. Estos comités o equipos estarían compuestos por miembros de cada una de las áreas funcionales implicadas, de manera que la responsabilidad del éxito del servicio se comparte por todos los respectivos directores técnicos o funcionales⁸.

⁸RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Consejeros Delegados...cit., recoge ejemplos de estatutos sociales en los que se contempla la formación de este tipo de comités directivos de los que, sin

Estas limitaciones impuestas por la necesidad de especialización y acumulación de conocimientos de carácter técnico, pueden ocasionar también la conveniencia de delegar parte de la autoridad del alto directivo para transferirla al siguiente escalón de dirección, y así sucesivamente⁹, por lo que el criterio estrictamente jerárquico en la ordenación y la organización empresariales, sobre todo por lo que se refiere a la forma de comportarse los escalones de mando superiores, ha dado paso más bien a un factor de interdependencia, ante lo cual ya no cabe zanjar la cuestión entendiendo de forma simplista que todo directivo que no ocupe el vértice en la estructura jerárquica empresarial ha de ser conceptuado como trabajador común.¹⁰

Se ha provocado así un necesario cambio en los criterios aplicables a la cuestión del ámbito material de la función directiva y de entenderse que ésta había de recaer sobre la total actividad de la empresa, se ha pasado a admitir paulatinamente y no sin ciertas reticencias la cualidad de alto cargo respecto de quienes dirigen sólo una actividad sectorial dentro del conjunto de las áreas o departamentos en que se estructura dicha empresa, sobre todo si se trata de "sectores funcionales de gran importancia en la vida de la misma". Se acepta, en el sentido apuntado, "una posible especialización funcional, de modo que el conjunto de la Alta Dirección cubra los objetivos generales de la empresa".¹¹

embargo, resalta el dato de que en ellos están presentes también cargos societarios junto a los trabajadores directivos (p.256,, cita nº211 y p.262).

⁹Para una visión más técnica y completa vid. COHEN, Gerald J., op.cit., pp.97 y ss. y 280; desde un punto de vista societario, vid. IGLESIAS PRADA, J.L., op.cit., p.44.

¹⁰IGLESIAS PRADA, J.L., op.cit., p.45.

¹¹BORRAJO DACRUZ, E. Altos cargos laborales, cit., pp.44 y 45; el mismo autor "El personal de alta dirección en la empresa" loc.cit., p.164; y él mismo en Introducción al Derecho del Trabajo, cit., donde distingue entre los sectores económico, técnico, profesional y social (pp.109 y ss.); FERNANDEZ

Se habla pues de alta dirección no como un concepto referido exclusivamente a un trabajador de la empresa que ocupa el puesto vértice de la pirámide organizativa, sino como una noción funcional referida a una actividad más que es necesario desarrollar dentro de la total actividad empresarial y que, por tanto, puede estar cubierta por un grupo de trabajadores, aunque se entienda que dicho grupo no tiene la misma importancia numérica que otros colectivos profesionales, es decir, en comparación con las dotaciones de plantilla que son necesarias para dar cobertura a otras áreas de aquella total actividad.

De esta forma, "si las facultades están referidas a una zona geográfica determinada o a un sector funcional de la empresa, sólo será alto cargo si ese ámbito merece el calificativo de vital para la marcha de la misma; en otro caso se estará ante funciones especializadas, de naturaleza técnica."¹²

Ha sido clásica la diferenciación entre altos directivos y directivos "técnicos" para decidir la exclusión o inclusión del trabajador afectado en el Derecho del Trabajo, pero también es necesario advertir que muy pronto -al amparo de la normativa de la LCT de 1944- se puso de manifiesto que dicho criterio jurisprudencial debía superarse puesto que también la dirección es una técnica, y dicho calificativo merecerían por ejemplo los directores financieros o comerciales. A pesar de ello los tribunales retomaron el criterio anterior más restrictivo, como

LOPEZ, M^aF./RODRIGUEZ-PIÑERO, M., loc.cit. (I), pág.18; MARTIN-MARCHESINI, G., loc.cit., "...el poder directivo se encausa a través de los senderos de las delegaciones de poder, estableciéndose tres fundamentales grados en su ejercicio: a) El poder general del titular de la empresa, ejercido directamente o a través de representante, que es el poder que ejerce el dueño o patrón; b) el poder medio de los dirigentes, que es el poder que ejercen los distintos ejecutivos, que están por debajo del dueño y a cargo de determinadas áreas; c) El poder inferior, de ejercicio inmediato, de los trabajadores con funciones de mando, es el poder de los capataces o jefes inmediatos". (pp.170-3).

¹²MUÑOZ CAMPOS, J., loc.cit., p.27.

se ha podido advertir.¹³

En el derecho comparado resulta muy significativa la Ley Federal del Trabajo de Méjico de 1970, en la que al definir el "contrato de confianza" en su art.9º y proceder a la tipificación de las funciones que lo integran introduce el condicionante del carácter general de las mismas. Este requisito, sin embargo no se ha hecho corresponder con la intervención del trabajador o la incidencia de sus funciones en la totalidad del proceso productivo, sino con el ejercicio de tareas cuyo ámbito de responsabilidad recaiga en alguna de las "áreas encaminadas a la realización de los fines sociales o de los objetivos de la empresa."¹⁴

En este punto es donde se observa, probablemente con mayor claridad, que la calificación de alto cargo no depende exclusivamente de factores jurídicos como puedan ser el grado de autonomía o la subordinación a los órganos de administración de la sociedad o a otros órganos directivos, la concurrencia o no de la nota de ajenidad, etc..., sino que, si acogemos esta tesis sobre el carácter vital o no de las funciones directivas para la marcha de la empresa, se está valorando un elemento organizativo o económico, que varía según las dimensiones de la empresa, sector a que pertenezca su giro o tráfico, etc... lo que nos impedirá extraer conclusiones generales y elaborar un concepto de trabajador de alta dirección de validez universal. Sería preferible elaborar el concepto sobre la base de otros elementos, y no dar entrada a factores como el que se examina.

El propio calificativo de **vital** predicado de un área o sector de actividad concreto dentro de la totalidad de las que componen el negocio al que se dedica la empresa, puede variar en

¹³CABRERA BAZAN, J., loc.cit., p.45.

¹⁴CANTON MOLLER, M., "El contrato de trabajo de confianza", loc.cit., con apoyo asimismo en el art.182 de la misma Ley Federal, que se refiere a la empresa o **establecimiento** (p.840).

función de las circunstancias del lugar y, sobre todo, del tiempo en que nos ubiquemos. Así, mientras que tradicionalmente se habían considerado de mayor trascendencia para la empresa las áreas tendentes a su desarrollo y proyección externos -área comercial, financiera, económica...-, recientemente se ha advertido como las capacidades y estrategias internas de la empresa, concretamente y por poner un ejemplo, las que se refieren a la gestión de los recursos humanos, tiene una mayor proyección sobre la estrategia global de la empresa de lo que se pensaba hace unos años. De esta forma "los directores de recursos humanos están cada vez más presentes en los **comités de dirección** y **comités de planificación estratégica** de las empresas."¹⁵.

Desde luego, no cabe formular una regla general en relación con esta cuestión, por cuanto la solución como se observa va a estar en cada caso en función de las dimensiones de la empresa, su estructura, la actividad que desarrolle y, en fin, otros factores de marcado significado económico, a veces de carácter eminentemente coyuntural, que escapan a los moldes estrictamente jurídicos, necesariamente generales y con una cierta vocación de permanencia en el tiempo.

En cambio, ya en dos sentencias inmediatamente posteriores a la anteriormente comentada, -la de 16 de marzo de 1987 (R.1613) en relación con el director del sector inmobiliario de la Empresa Huarte y Cía., S.A. y la de 14 de mayo de 1987 (R.3705) respecto de un director técnico, con funciones de director general de

¹⁵WEISS, D., "Recursos humanos: función, dirección y gestión", Informes y estudios, CEOE, nº 64, 1/1992, p.18. Destacando precisamente en este área el cambio de criterios en la dirección, que tiende a la descentralización y la potenciación de las tareas de consejo y asistencia (pp.13 y ss.); el mismo autor en "La 'nueva' gerencia", Personal, marzo 1992, Buenos Aires, vuelve a insistir en el dato de que las empresas norteamericanas innovadoras se orientan plenamente hacia el personal, introduciendo en los grupos elementos como el enriquecimiento de las tareas, la colaboración entre sus componentes, la capacidad para autodirigirse y autocontrolarse (pp.36 y ss.).

fabricación, que se encontraba bajo de dependencia directa del consejero delegado de la compañía- y, por tanto, en supuestos de ejercicio de facultades directivas en sectores determinados de la actividad global de la empresa , el TS aplicó la calificación de altos cargos a los interesados. También esta solución tuvo posteriormente acogida en numerosas sentencias, aunque en muchas de ellas se especifica el requisito de que al estar circunscritas las funciones directivas a un ámbito determinado de la actividad empresarial, deberán referirse a un sector "amplio a su vez, de su tráfico o giro..." ¹⁶.

Puede traerse a colación el ejemplo de los directores de periódico que ejercitan funciones directivas "dentro de la Sección de Redacción" y en relación con una concreta publicación o agencia y, por tanto, sectoriales o parciales dentro de la completa actividad de la empresa editorial, lo cual no ha sido óbice para que los tribunales los hayan considerado altos cargos. ¹⁷

3.- El ámbito geográfico en el ejercicio de la alta dirección.

Las razones apuntadas para la admisibilidad de la flexibilización del criterio del carácter global de las funciones

¹⁶El entrecomillado pertenece a la S.TS. de 7 de marzo de 1988 (cit.); S.TS. de 15 de junio de 1987 (R.4351) sobre el Subdirector de Personal, Obras Sociales y Relaciones Sociales de la Caja de Ahorros de Guipúzcoa; muy claramente en la S.TS. de 22 de octubre de 1987. CONT.-ADM. (Sala 5ª), (R.6902) se conceptúa al alto directivo como aquel trabajador dotado de **"amplios poderes de dirección en la empresa o sectores de la misma..."**; S.TS. de 3 de octubre de 1988 (R.7498) respecto de un Director Comercial; S.TS. de 22 de enero de 1990 (R.178) en relación con tres directores generales en distintas áreas - régimen interior, contabilidad y finanzas; área técnica y de producción; y área comercial y de publicidad-; S.TS. de 21 de marzo de 1990 (R.2210) en idénticos términos a la primera de las citadas.

¹⁷Vid. por todas la S.TS. de 30 de enero de 1990 (R.233); con anterioridad el TCT en s. de 17 de marzo de 1987 (R.5923) sobre un director de un semanario.

directivas operan tanto para el ámbito objetivo de las mismas, como para el territorial y así lo ha corroborado la jurisprudencia¹⁸.

Efectivamente, se ha ido abriendo una brecha, si bien de forma más débil que en el supuesto anterior, en la aceptación de la cualidad o calificación de alto directivo o personal de alta dirección de aquellas personas que realizan funciones de tal naturaleza, puesto que este es sin duda el dato decisivo, pero lo hacen circunscribiendo dicha actividad a un área o zona geográfica localizada. Así, se ha podido advertir una aplicación más flexible de la exigencia de la necesaria concurrencia de los criterios consagrados en el art.1,2º RDAD que ha desembocado en la admisión de la posibilidad de fragmentación geográfica de las funciones directivas, razonando el TS que, "tratándose de empresas... de ámbito territorial nacional con diversas delegaciones es lógico la existencia de diversos administradores con facultades de gestión diferentes..."¹⁹.

Implícitamente en este pronunciamiento está presente un requisito que modula la solución apuntada en el sentido de que la división de las funciones de alta dirección por áreas o zonas

¹⁸Por todas, S.TS. de 30 de enero de 1990 (R.233).

¹⁹El entrecomillado es de la S.TS. de 16 de julio de 1987 (cit.); nótese que utiliza de manera equívoca el término "administrador" ya que se trataba de un Director Regional; S.TS. de 7 de abril de 1987 (cit.), en un supuesto ciertamente complejo en el que el actor, nombrado Vicepresidente (aunque figuraba en nómina con la categoría de Director), fue designado para "dirigir, supervisar y controlar las actividades" de la sede española de la empresa, ejercitando "poderes amplísimos... referentes a actos de gestión, representación y disposición respecto a dicha oficina de Madrid, dirigiendo(la) en toda su plenitud y responsabilidad... todo ello con la lógica limitación de sujetarse a las instrucciones del Consejo de Administración de la empresa en Londres, dadas ya directamente, o a través de su apoderado..."; S.TS. de 2 de febrero de 1987 (cit.); S.TS. de 17 de marzo de 1988 (R.2311) sobre un Director de Zona; S.TS. de 26 de abril de 1990 (cit.); S.TS. de 20 de marzo de 1990 (R.2189).

geográficas sólo es posible en las empresas de unas determinadas dimensiones y envergadura y cuyas actividades se desarrollen en el ámbito nacional o incluso transnacional, de forma que el reparto de las parcelas que componen la total actividad de la empresa entre las distintas demarcaciones territoriales permita que en cada una de ellas se lleven a cabo tareas de suficiente entidad y relevancia a efectos de esa actividad global y con la necesaria autonomía como para que cobre sentido la alta dirección en dicho ámbito.

De nuevo aparecen aquí conectados dos de los presupuestos necesarios para que se pueda entender que se está en presencia de funciones de alta dirección, el criterio objetivo -ámbito- y el criterio jerárquico -grado de autonomía-. En la medida en que se acepta la descentralización del ejercicio de funciones directivas ambos criterios se flexibilizan, admitiéndose la posibilidad no sólo de diversificación sectorial y geográfica, sino también de escalonamiento y coordinación de dicho ejercicio.

Un supuesto particularmente ilustrativo de esta tendencia es el que se planteó en relación con un director provincial de una emisora de radio, respecto del cual se concluye su cualidad de alto cargo llevando a cabo el TS una labor de interpretación en la que concurre la necesaria adecuación "a los cambios normativos que se han ido sucediendo y a las transformaciones de la realidad social de la empresa y de la organización del trabajo en el seno de la misma."²⁰

4.- La dirección de centros o departamentos.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en los casos anteriores, el grado de admisibilidad de la cualidad de alto

²⁰S.TS. de 6 de marzo de 1990 (R.1767), sobre el director de Radio Popular de Salamanca ante la integración de ésta en Radio Popular, S.A. Cadena COPE en 1981 (al producirse los hechos antes de la vigencia del RDAD se aplica la normativa contenida en el Estatuto de los profesionales de radio y televisión aprobado en virtud del Decreto 559/1975).

cargo en quien ejercita funciones de naturaleza directiva referidas exclusivamente a alguno de los centros de trabajo o establecimientos de la empresa, es mucho menor que si la diversificación es de carácter material o por áreas funcionales o geográficas dentro de la actividad de la misma.

Hay que partir de la consideración del centro de trabajo, en principio, como una división dentro de la estructura de la empresa que también obedece a criterios funcionales como se desprende del propio concepto de centro de trabajo contenido en el art.1,5º del ET. Pero junto a ese elemento funcional, y para diferenciarlo de otras posibles divisiones a las que ya se ha hecho referencia, coexisten un criterio organizativo y, en ocasiones, también geográfico, a pesar de la neta distinción de las nociones de centro de trabajo y lugar de trabajo.

Quizá pudiera utilizarse como ejemplo para apoyar un tanto la posibilidad del reconocimiento de la existencia de altos directivos cuyas tareas se circunscriben a este ámbito, la opinión mantenida por la doctrina alemana en el sentido de entender que es innecesario que la actividad del alto directivo se extienda al completo ámbito de la empresa, tanto en lo espacial como en lo material, y de admitir que esa tarea parcial se pueda limitar a uno o varios centros de trabajo de una empresa o a una zona geográfica.

Para ello se basan los autores, por un lado en el tenor literal del propio texto de la BetrVG, que se refiere a dos conceptos de empresa distintos en función de su ámbito o extensión -"Unternehmen" y "Betrieb"-, aunque no se utilizan exactamente con el mismo sentido que en nuestra legislación se hace en relación con los términos empresa y centro de trabajo. La propia doctrina debatió el sentido o significado del par conceptual a que se ha hecho referencia, y trató de superar la sutileza e inconcreción de dicha diferencia terminológica mediante la identificación del término **Betrieb** con el de empresa desde el punto de vista técnico-organizativo y en su vertiente

de organización de trabajo, y el de **Unternehmen** con el de negocio y, por tanto, en el que se resalta el elemento económico o financiero²¹. Quizá desde ese punto de vista sí podría traducirse dicha dualidad conceptual en la diferencia existente en nuestro ordenamiento entre **centro de trabajo**, como unidad técnica y organizativa de carácter autónomo, y **empresa**, como organización económica. Recuérdese que para alguna autorizada opinión doctrinal, la noción de centro de trabajo equivaldría a la de empresa a efectos laborales²².

Desde otra perspectiva, puede invocarse como argumento de la posibilidad de la alta dirección diferenciada en dicho ámbito, un dato meramente fáctico cual es que en ocasiones las funciones directivas ejercitadas en uno de los centros de trabajo de la empresa pueden tener consecuencias o extender sus efectos al conjunto de la misma.²³

Esto último, a su vez, tendrá repercusiones sobre el número de directivos que puedan existir en una misma empresa, teniendo en cuenta también que en ello influirá decisivamente el propio criterio organizativo adoptado para la ordenación de la misma, de manera que según que ésta se haya organizado conforme a un principio de centralización o de descentralización y se haya delegado el ejercicio de un menor o mayor conjunto o haz de facultades empresariales respectivamente, será más o menos numeroso el grupo de los empleados directivos. En conclusión,

²¹Vid. PEREZ BOTIJA, E., "Notas sobre el concepto de empresa. Su especial consideración en el Derecho del Trabajo", en Revista de Derecho Mercantil, Vol.V, nº13, 1948, donde el propio autor resalta lo difuso de dicha diferenciación terminológica y su reflejo en la doctrina alemana de la época que propugnó la unificación conceptual (pp.15 y ss.).

²²MIÑAMBRES PUIG, C., El centro de trabajo, Madrid, 1978 para quien la empresa tiene relevancia a efectos jurídico-laborales desde el momento en que constituye un centro de trabajo (p.73); MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, p.522.

²³STEGE, D. und WEINSPACH, F.K., loc. cit., pág.108; WLOTZKE, O., loc.cit., pp.118 y ss.

será el empresario como titular de la empresa quien, en virtud de su poder de dirección, pueda optar por alguno de esos dos criterios organizativos -centralización y descentralización-, dependiendo de lo cual el número de directivos puede ser tendencialmente mayor o menor.

Un caso particular que apoya esta posibilidad de la alta dirección en el ámbito del centro de trabajo es el del capitán o patrón de buque, ya reconocidos por la jurisprudencia como trabajadores de alta dirección²⁴, puesto que sus funciones directivas van referidas precisamente al buque, al que se otorga la expresa consideración legal de centro de trabajo en el propio art.1,5º, párrafo segundo del ET.²⁵ Pero sobre este específico personal se volverá más adelante.

5.- La creciente importancia de la intensidad de los poderes.

La razón o fundamento de esta nueva posición que adopta la jurisprudencia al aceptar el ejercicio sectorial de las funciones de alta dirección, se encuentra en una matizada interpretación de los requisitos contenidos en el art.1,2º RDAD.

En efecto, la opinión del Alto Tribunal en numerosas ocasiones se ha inclinado por entender que lo determinante es la naturaleza y la intensidad de los poderes ejercitados más que el ámbito en el que se ejercitan, que no tiene por qué comprender la totalidad de la actividad empresarial; conectado a su vez con el grado de importancia o el carácter clave de los sectores afectados, de forma que puedan determinar el sentido de la marcha de la empresa y condicionen la consecución de sus objetivos. Esto es, al trabajador directivo se le encomiendan un tipo de funciones que se caracterizan por el ejercicio de determinados

²⁴Vid supra, Capítulo Primero.

²⁵S.TS. de 30 de abril de 1990 (R.3513) en relación con un Capitán de la Marina Mercante.

poderes que a su vez suponen la toma de iniciativas y decisiones con un elevado grado de discrecionalidad, y que repercuten en la orientación de toda la empresa o de alguna de sus principales ramas.²⁶

Dicho así, el ámbito general al que se refiere la propia normativa reguladora de la relación especial resulta ser más un efecto o consecuencia del tipo de poderes que se ejercitan que un requisito sustancial.

En efecto, nuestro Tribunal Supremo ha entendido que "...el texto (del art.1,2º) no exige que únicamente merezca tal calificación (la de alto directivo) el "alter ego" de la empresa, el titular del puesto vértice de su estructura piramidal, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asuman altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial, ya que la primera expresión hace referencia a la intensidad del poder, no a su extensión en lo territorial o funcional, de suerte que en sectores concretos de la empresa puede desplegarse la actividad del alto directivo ya que en definitiva la esencia de éste consiste en participar e intervenir en la dirección y gobierno de la empresa.../...y en relación con la segunda expresión -poderes relativos a los intereses generales de la empresa- se está haciendo referencia al ejercicio de un poder superior que puede determinar el sentido de la marcha de la empresa de la misma forma que lo haría su titular,... pero dada la complejidad estructural actual de muchas organizaciones empresariales, las decisiones pueden ser tomadas en áreas concretas o en sectores claves de su actividad, en las que, sin embargo, se encuentren implicados los objetivos generales de la empresa que engloban a todas esas áreas o

²⁶TOSI,P., "Reflexiones sobre la Alta Dirección" loc.cit., quien define al dirigente como quien desarrolla "funciones extendidas a lo largo de toda la empresa o de un ramo autónomo de ésta, caracterizadas por **poderes** de iniciativa y discrecionalidad **tales** como para imprimir una dirección y una orientación a la actividad de toda la empresa o de una de las ramas principales de ella..." (p.1160).

sectores." ²⁷

El Tribunal incorpora los criterios de la intensidad del poder, en sustitución o como matización del de la extensión territorial o funcional de las funciones de naturaleza directiva, y de la inclusión de las funciones o actividades del alto directivo en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas de la empresa, en lugar del criterio más tradicional de la posición jerárquica, que reservaba exclusivamente la aplicación del calificativo de alto cargo al "alter ego" del empresario o al puesto-vértice de la estructura piramidal de la empresa.

El mayor interés de esta sentencia está también en el peculiar colectivo profesional al que afecta -directores de publicaciones periódicas-, y la clarificación normativa que introduce el TS al entender derogada la normativa anterior al RDAD constituida por la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 (art.40,2º) y el Estatuto de la Profesión Periodística aprobado por Decreto de 13 de abril de 1967 (art.34) que califican tal relación jurídica como "contrato civil de prestación de servicios"... , por oponerse a normas imperativas posteriores. Además por la interpretación de la Ordenanza Laboral de Prensa de 9 de diciembre de 1976, que no excluye expresamente de su ámbito a ningún alto cargo (exclusión, aún tácita,

²⁷ S.TS. de 30 de enero de 1990 (R.233) por cuyo interés, merece la pena reproducir literalmente ; en relación con directores de emisoras de radio la S.TS. de 6 de marzo de 1990 (R.1767), en el mismo sentido la S.TS. de 12 de septiembre de 1990 (R.6998) que habla de "áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa... referidas (las facultades)... a aspectos trascendentales de sus objetivos...". Sobre esta y otras sentencias flexibilizadoras de los criterios "jerárquico y objetivo" vid. **in extenso** GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., "Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Directores de medios de comunicación y capitanes de buques versus directores de establecimientos hoteleros y jefes de máquinas de buques; es este último caso con una vistosa falta de concordancia con la doctrina del Tribunal Constitucional", loc.cit., pp.9 y ss.; vid. también FERNANDEZ LOPEZ, Mª F./RODRIGUEZ-PIÑERO, M., loc.cit.(I), pág.19.

inoperante si resulta aplicable el RDAD, a tenor de lo dispuesto en su disposición adicional)²⁸.

De todas formas, la indudable novedad de esta tendencia es una cuestión más de matiz que de carácter sustancial, dado que ya antes se ha puesto de relieve de qué manera también la jurisprudencia anterior a 1985 había admitido, si bien lo hacía con carácter excepcional, la concurrencia de funciones de alta dirección en supuestos de dirección sectorial cuando recaían en sectores de gran trascendencia para la trayectoria y la marcha integral de la empresa.

Además, como también se ha puesto de manifiesto recientemente en relación con la doctrina contenida en la comentada sentencia de 12 de septiembre de 1990, los criterios invocados en ocasiones por el TS resultan inconcretos, vagos e imprecisos pues, "las referencias a **"aspectos trascendentales"** de los objetivos empresariales, a **"áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa"** y a **"zonas o centros nucleares"** de la actividad empresarial se...antojan más vaporosas."²⁹

VI.- SOBRE EL ENCUADRAMIENTO PROFESIONAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION.

La pregunta que corresponde formular en este apartado es la de si las funciones que ejercita el alto directivo y que hasta ahora se han analizado en su naturaleza, contenido y ámbito, configuran por sí mismas una categoría profesional o si escapan a los criterios de encuadramiento profesional conforme a los cuales se lleva a cabo la clasificación del personal dentro de la empresa, teniendo en cuenta que la regulación de esta materia

²⁸GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., "Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo...", loc.cit., p.21.

²⁹GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., "Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la jurisprudencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo...", loc.cit., p.27.

se inspira en el principio de coincidencia o correspondencia
Función-categoría.³⁰

1.- La distinción clásica entre obreros, empleados y
empleados directivos.

Tradicionalmente se han venido diferenciando dos grandes grupos a efectos del encuadramiento profesional de los trabajadores, el de los obreros y el de los empleados, para cuya distinta conceptualización se utilizaron diversos criterios, separada o conjuntamente. De entre ellos el que resultaba más clarificador venía siendo el del grado de colaboración del empleado con el empresario en la realización de funciones o tareas de tipo organizativo en relación con las actividades productivas de la empresa, y de mucha menor trascendencia han resultado la periodicidad en la percepción de las retribuciones o la calidad manual o intelectual del trabajo realizado³¹.

Al margen de algunas diferencias que se podían apreciar en la regulación de ciertas condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva, ha sido precisamente la realización de funciones de aquella naturaleza y la procedencia social de los empleados las que han determinado la concurrencia de otras notas o características diferenciadoras del grupo. Se trata de la tendencia a la individualización y el "lealismo" o especial confianza que afecta a las relaciones de estos trabajadores con el empresario.

La progresiva proletarización de este grupo de trabajadores,

³⁰Vid. sobre todo DURAN LOPEZ, F., Los grupos profesionales en la prestación de trabajo: obreros y empleados, Madrid, Fundación Juan March, 1977; VINUESA ALADRO, A., "Categorías profesionales", en Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo V, Madrid, Edersa, 1985, p.271.

³¹La doctrina en derecho comparado ha otorgado una escasa relevancia actual a la distinción. Por todos, vid. KROTOSCHIN, E., op.cit., p.37; y DELAMOTTE, Yves, El personal jerárquico de las empresas en un mundo en transformación, Colección Informes OIT, núm.15, Madrid, 1989.

sin embargo, produce el efecto de circunscribir estas características a un grupo más específico, el de los empleados directivos, cuyo reconocimiento en las legislaciones o prácticas nacionales se va abriendo camino paulatinamente, junto a los grupos de obreros y empleados. Adviértase cómo de la propia denominación se extrae la consecuencia en ocasiones de considerar a los directivos un grupo más reducido o específico dentro del grupo profesional de los empleados -como en el caso de los "**leitende Angestellte**" del derecho alemán-, mientras que en otros casos, las macrocategorías en las que se encuadran los empleados directivos, constituyen agrupaciones "heterogéneas y de confines indefinidos" y que carecen de "los caracteres propios de una categoría autónoma".³²

2.- El personal directivo como categoría o grupo profesional.

Por lo que se ha podido ver hasta ahora acerca de la caracterización de las funciones ejercitadas por el personal de

³² DELAMOTTE, Y., op.cit., habla de heterogeneidad terminológica, organizativa y funcional (p.16); SALVADOR PEREZ, F./ SANTANA GOMEZ, A., "Encuadramiento y clasificación de los trabajadores y organización de la empresa", en Temas Laborales, nº12, 1987, pp.120 y ss. Los autores recogen también los criterios de clasificación profesional en el derecho comparado y así, en el caso alemán se incorpora a los empleados directivos **leitende Angestellte**, junto a los obreros -**Arbeiter**- y empleados -**Angestellte**-; en el caso italiano, el art.2.095 del Código Civil recoge las agrupaciones de **dirigenti, impiegati y operari** a la que se añadió la de **quadri** (cuadros intermedios); en Francia a la clasificación legal entre **ouvriers** y **employés**, se sumó a nivel infralegal de la **cadres**; y finalmente en Gran Bretaña, sólo desde el punto de vista sociológico, se distingue entre **white collar** y **blue collar**. Vid extensamente sobre esta diversificación, DE LA CUEVA, M., op.cit., pp.420 y 421, y específicamente sobre los **altos empleados**, pp.545 y ss.; LORD WEDDERBURN, MCKENDRISH y S.DEAKIN, "Encuadramiento de trabajadores", Temas Laborales, nº12, 1987, (pp.102-107); RAMIREZ GRONDA, J.D., "El contrato de Trabajo", loc.cit., que recoge la utilización del término "empleado", entre otras en la Ley 11.544 sobre jornadas de trabajo, referida a "**empleados de dirección o vigilancia**" (p.637).

alta dirección ya se puede advertir una peculiaridad que presenta como grupo o colectivo profesional que es su heterogeneidad, hasta el punto de que casi podría decirse que cada empresa o tipo de empresa, definido por el sector de actividad al que pertenece, dimensiones, zona industrial en la que se ubique, criterios organizativos que adopte y otros múltiples y variados factores, casi todos ellos metajurídicos, puede presentar características propias en los criterios de dirección y, por ello, en el personal al que se encomiende la misma. A su vez, dentro de la propia empresa, según la estructura y composición de la dirección, también puede observarse esa misma heterogeneidad³³.

También se ha advertido la falta de criterios unívocos y terminantes a la hora de establecer unas características diferenciales entre obreros, empleados y directivos, razón por la que esa separación se ha ido abandonando progresivamente a medida que han ido adquiriendo relevancia en la fijación del estatuto del trabajador en la empresa los criterios profesionales y se ha ido avanzando en la protección de dicha profesionalidad como derecho básico de aquél. Ese progresivo abandono se ha producido precisamente ante la falta de correspondencia exacta entre las nociones a que se está haciendo referencia y las capacidades profesionales de los trabajadores encuadrables bajo alguno de dichos conceptos. Y, desde luego, nada tiene que ver con dicha cualificación profesional el ejercicio de funciones representativas del empresario y de colaboración con éste, o la atribución del carácter "de confianza" o "responsabilidad" a las funciones desempeñadas, lo que resulta de una gran inconcreción

³³Para una sistematización de estos datos vid. La negociación en las grandes empresas en 1989. Principales características económicas. Dirección General de Política Económica, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1990, donde se estudia la incidencia de distintos factores -sector de la producción al que pertenecen, el que se trate de empresas con pérdidas o ganancias, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, de ámbito estatal o regional-, en el tipo de directivos que predominan y la mayor o menor diversificación por áreas de dirección -general, financiera, comercial, técnica, personal, marketing, informática y otras- así como la mayor o menor concentración de poder y especialización que concurren en cada caso.

indeterminación desde el punto de vista de la delimitación funcional.³⁴

Por insistir aún más en esta idea, en el momento actual en el que las tareas directivas han tendido a la especialización técnica y a la profesionalización, todavía no es unánime ni claro que el directivo necesariamente haya de tener una determinada titulación que le capacite y habilite para el ejercicio de una concreta profesión, aunque lo habitual es que la tenga de nivel universitario superior completada con alguna formación específica ulterior. Pero ni siquiera esto último parece necesario y la existencia de una determinada formación profesional no resulta determinante, siendo de mayor relevancia datos como la experiencia del directivo en puestos de análoga naturaleza y en el desempeño efectivo, práctico y eficaz de funciones semejantes, cualidades que por su carácter personal y relativo en función del concreto trabajador en quien concurren forman parte más propiamente de la cualificación subjetiva del mismo que de los criterios objetivos de clasificación y encuadramiento profesionales³⁵.

Una vez más se acerca la noción de alto directivo, desde el punto de vista funcional y de la posición que como consecuencia del ejercicio de determinadas funciones ocupa en la empresa, a la propia noción de empresario y de las personas que ocupan el vértice en la estructura organizativa de la sociedad, en el caso

³⁴DURAN LOPEZ, F., op.cit., (estas últimas consideraciones, en especial, pp.24-27); MERINO SENOVILLA, H./ROMAN DE LA TORRE, M^aD., loc.cit., p.976.

³⁵BORRAJO DACRUZ, E., "El personal de alta dirección en la empresa", loc.cit., p.164; ETZEL, D., op.cit., pp.11 y ss.; STEGE, D. und WEINSPACH, F.K., op.cit., pp.105 y ss., dado que, precisamente, el parágrafo 5, III, 3^a de la BetrVG habla de "experiencia y conocimientos...", para referirse a conocimientos adquiridos en virtud de la práctica o formación teórica, lo que no implica o presupone una formación académica concreta o un determinado perfil o cuadro profesional. En términos de los autores "debe partirse de la experiencia que convierte a un empleado en apto para llevar a cabo labores empresariales...".

de que ésta sea la forma jurídica adoptada por la empresa, esto es, del administrador. De estas dos figuras que se identifican con la titularidad de la empresa se ha predicado la ausencia de exigencia legal de algún tipo de capacitación que habilite para el ejercicio profesional, a salvo de los requisitos genéricos de capacidad exigidos por las normas civiles y mercantiles -incluidas en estas últimas las prohibiciones o causas de inhabilitación o incompatibilidad para ocupar determinados puestos o cargos³⁶- para la plena capacidad de obrar de las personas físicas y jurídicas, y también del cumplimiento de ciertas formalidades de carácter administrativo para la iniciación de las actividades. Razones todas ellas por las cuales se ha llegado a afirmar que "no siempre los dirigentes de más éxito son los que mejor formación empresarial han recibido"³⁷. Con ello se da a entender que no existe una correspondencia exacta entre la eficiencia del directivo y su formación académica y profesional, y que la eficacia en la gestión, su traducción en la buena marcha de la empresa y el éxito del negocio dependen en mayor medida de otros valores, como ya se ha indicado unas líneas atrás.

Es sintomático a los efectos anteriores el hecho de que, en aquellos supuestos excepcionales de convenios colectivos de empresa en los que se incorpora un grupo profesional específico para encuadrar a los empleados directivos, dicho grupo esté engrosado por trabajadores entre los que existen muchas menos afinidades de tipo profesional y laboral que entre las categorías que engrosan los grupos inferiores. Así, las titulaciones pueden ser de distinto nivel -aunque predominan los títulos superiores- y de contenido diverso -ingenieros, economistas, licenciados en

³⁶Un ejemplo de lo cual sería el art.7 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de la Producción de Seguros Privados que declara incompatible la actividad de producción de seguros privados -de naturaleza extralaboral ex art.4- con los cargos de administradores, delegados, directores, gerentes, apoderados generales o con el ejercicio bajo cualquier otro título de la dirección de una entidad aseguradora.

³⁷POLO, E., op.cit., pp.134-5.

Derecho-; tampoco resulta posible estandarizar las condiciones laborales, puesto que el hecho de primar la autonomía de la voluntad en el establecimiento de las distintas condiciones de trabajo introduce un elemento de variedad que elimina la uniformidad característica y propia de la fijación en la normativa de carácter sectorial de las condiciones de trabajo del resto de los trabajadores de la plantilla. En otras ocasiones se ha hecho alusión a los altos directivos dentro de los grupos profesionales superiores (bajo las denominaciones de **titulados o directivos**), aunque en estos supuestos habría que concluir que, en principio y dada la exclusión con carácter general de los trabajadores de alta dirección del ámbito del convenio colectivo, dichas normas podrían referirse a directivos de derecho común o mandos intermedios³⁸.

Si la categoría profesional se entiende como equivalente de oficio o profesión, no parece que el ejercicio de facultades de alta dirección pueda identificarse exactamente con tales conceptos, y ello a pesar de esa clara tendencia a "profesionalizar" a los trabajadores directivos mediante cursos de formación específicos³⁹. Pero ni siquiera adoptando un punto de vista funcional en la conceptualización de las categorías y grupos profesionales se llega a una conclusión distinta, dada la multiplicidad de supuestos de características distintas con que

³⁸ Estatuto de la Profesión Periodística de 1967, art.19. (incorporar la referencia a los convenios que lleven a cabo dicha inclusión); la Ordenanza Siderometalúrgica aprobada por O.M. de 29 de junio de 1970 habla de "cargos de alto nivel..."; y la RNT de Telefónica de categorías "de mando o representación"...; Ordenanza Laboral de la Construcción de 1970, incluía un grupo 1º de personal directivo; la O.L. del Comercio de 1971, distingue dentro de los grupos 2º -personal mercantil técnico no titulado- y 3º -personal administrativo técnico no titulado-, una primera categoría, la de director. DURAN LOPEZ, F., op.cit., se refiere a las O.L. de Construcción y Editoriales (p.33); en la doctrina alemana SCHMID, H.D., Grundzüge des Arbeitsrechts. München, Vahlen, 1981, se refiere a que en ocasiones el concepto de directivo se utiliza como denominación profesional (p.14).

³⁹ La identificación categoría profesional con oficio en ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, Mª E., op.cit., p.296.

en la práctica empresarial se presenta la realización de funciones directivas. Por otro lado, la diversificación de las tareas directivas en distintos sectores o áreas funcionales dentro de la empresa, también escapa a los moldes clásicos y criterios tradicionales de la clasificación profesional.

Todo esto apoya la opinión que se inclina por negar la identificación del colectivo de altos directivos con una categoría profesional, aunque formalmente pueda aparecer como tal en algún convenio colectivo y, efectivamente, en alguna ocasión aislada se haya llegado a la conclusión contraria, afirmando que, aun no constando en la enumeración de categorías llevada a cabo en la Ordenanza Laboral o el convenio colectivo aplicables, el cargo debe considerarse como una categoría profesional.⁴⁰

La jurisprudencia, a su vez, ha resaltado la naturaleza funcional de los puestos de alta dirección, incluso de los de confianza en general, poniendo de relieve el carácter transitorio de los mismos y las facultades de libre designación del empresario para su cobertura, lo que no ocurre con el resto de los trabajadores encuadrados profesionalmente.⁴¹

⁴⁰S.TS. de 24 de noviembre de 1989 (cit.) en relación con un Subdirector General, conectado con la solución dada en relación con la posible consideración del cambio a Jefe de Negociado como una verdadera modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio de la formación profesional del trabajador. En contra vid. GONZALEZ DE LENA, F., loc.cit., p.122, donde al hilo del comentario de la disp. ad. del Decreto entiende que tal regulación "...responde al entendimiento de que no corresponde a normas sectoriales, y menos normas en retroceso como son las Ordenanzas, el definir las notas de una relación laboral como común o especial, correspondiendo por tanto al Estatuto de los Trabajadores o a la normativa reguladora de la relación laboral especial el fijar sus ámbitos respectivos..., debiéndose asimismo tener en cuenta que una valoración jurídica de este tipo no parece que pueda efectuarse con un carácter general referido a una profesión o cargo, sino en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, valorando si se dan las notas que configuran la relación especial."

⁴¹En este sentido, sobre todo, la S.TS. de 30 de junio de 1989 (R.4859); S.TS. de 17 de marzo de 1988 (cit.) en la que el cargo de Director de Zona "no puede considerarse **prima facie**,

3.- Clasificación profesional y poderes empresariales.

La ausencia de clasificación profesional estricta en alta dirección tiene trascendencia jurídica; sobre todo porque supone que ya no rigen algunos de los límites a los poderes empresariales que derivan precisamente de una previa asignación del trabajador a una categoría.

Es de todos conocido que los derechos profesionales del trabajador y, en concreto, la pertenencia a una categoría o grupo profesional y los que de ella se derivan -en materia estrictamente económica o salarial, en la de la promoción del trabajador, incluso en relación con su dignidad- suponen una limitación al libre ejercicio por parte del empresario de sus facultades de alteración del contenido de la prestación y movilidad que conforman el *ius variandi* empresarial. Sin embargo, en relación con los puestos de confianza en general, y en especial respecto de los trabajadores de alta dirección hay que matizar esta afirmación.

En efecto, en relación con los puestos de confianza es frecuente que se enfatice y amplíe la libertad empresarial para la selección y contratación del personal llamado a ocuparlos, es decir, que la determinación de los concretos trabajadores que han de ocupar dichos puestos se verifica en virtud del ejercicio de las facultades empresariales de libre designación. También suelen ser más flexibles las limitaciones que afectan al empresario para

como una categoría profesional, sino más bien parece configurarse... como un cargo de confianza, perteneciente al núcleo directivo de la empresa, y que, en consecuencia, el actor no podía, aspirar a consolidar ese puesto de trabajo...". Con base en lo anterior ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. los califican como **puestos de trabajo** y no como categorías profesionales y, más concretamente entienden que "pueden existir puestos de trabajo destacados dentro de una categoría (jefes de equipo, sobrecargos) que no constituyan una categoría superior..." (Op.cit., pp.296 y 300); VINUESA ALADRO, A., loc.cit., pp.345-6.

ejercitar su **ius variandi**, con mayores posibilidades de introducir modificaciones contractuales.

Esta ampliación de las facultades empresariales en relación con este tipo de puestos de trabajo es lógica si se contempla desde su perspectiva finalista en relación con las propias necesidades organizativas de la empresa. Puede decirse, por tanto, que encuentra su fundamento y su razón de ser en la misma libertad de empresa y se traduce en la conveniencia de que el empresario no tropiece con trabas legales en la toma de decisiones de carácter organizativo, más concretamente, respecto de las decisiones que afectan al personal que de forma más o menos inmediata va a ejercitar las facultades y desempeñar las funciones que el propio empresario delegue en él.

Esto a su vez enlaza con la propia posición de este tipo de trabajadores en la empresa como consecuencia del ejercicio de funciones típicamente empresariales, y justifica la potenciación de la autonomía de la voluntad como vía idónea para introducir las modificaciones o alteraciones de las condiciones contractuales que la funcionalidad de estos puestos requiera.

Estas consideraciones son aplicables, como se ha visto, al personal de alta dirección, tanto desde el punto de vista conceptual como desde un análisis del régimen jurídico de su relación, por lo que tendremos ocasión de analizarlo con algo más de detenimiento en el capítulo siguiente.

VII.- LAS FUNCIONES DE ALTA DIRECCION EN SUPUESTOS ESPECIALES.

A lo largo del presente trabajo se han hecho, y se seguirán haciendo en lo que resta del mismo, referencias a ciertas previsiones contenidas en la normativa específica de carácter sectorial o sobre concretas actividades o determinadas profesiones. Se han ido incluyendo en los respectivos apartados sobre las diversas cuestiones cuyo tratamiento se abordaba, pero ahora interesa hacerlo desde el estricto punto de vista funcional

y proceder, por tanto, al examen concreto sobre el contenido de las correspondientes normas en cuanto a las funciones, facultades de actuación y potestades cuyo ejercicio o actuación compete a dichos profesionales.

1.- Los altos directivos en la profesión periodística.

Al margen de las alusiones puntuales que ya se han hecho a este específico colectivo, en la normativa sobre la profesión periodística se contiene una enumeración de funciones de naturaleza directiva bastante extensa y ajustada a los criterios que se acaban de exponer, y que va referida a la prestación de servicios del director de periódico⁴².

Las tres funciones principales del director de periódico - representación de la publicación o agencia informativa, orientación de la publicación y determinación de su contenido - eran objeto de enumeración en el art.34 de la Ley de Prensa de 1966 que entendía por director de periódico "aquel que está al frente de toda publicación periódica o agencia informativa, al que corresponde la orientación y la determinación del contenido de la misma, así como la representación ante las autoridades y tribunales en las materias de su competencia"⁴³.

Repárese en la conjunción de funciones de carácter interno y externo, así como en la importancia de las mismas, lo que ha justificado la potenciación de la relevancia de las cualidades personales del directivo, ya que éstas pueden incidir en el estilo y la calidad de la publicación que aquél dirige, así como en la rentabilidad de la empresa. Esto mismo se traduce en la tensión existente, con frecuencia, en las relaciones entre el empresario y el director, habiéndose tratado de delimitar sus respectivos ámbitos de actuación, en el concreto caso de las

⁴²Con carácter general sobre esta figura, SORIA, Carlos, El director de periódico, Pamplona, 1972.

⁴³SORIA, Carlos, op.cit., p.153.

empresas editoriales o periodísticas, estableciéndose que el empresario o titular de la empresa tenga una influencia determinante en la política **general** a seguir, y el director sea responsable de las decisiones "**day to day**", que traducen a la práctica esa política⁴⁴.

También tuvo trascendencia la normativa introducida en la Ley de Prensa de 1966 en el sentido de contribuir en cierta medida a la precisa delimitación de varios conceptos: los de empresa, sociedad mercantil y publicación. A la relevancia de la distinción entre empresa y sociedad ya hemos hecho referencia en este mismo capítulo⁴⁵, en cuanto a la publicación como algo distinto de la empresa editorial, su importancia se encuentra en determinar en qué medida el estar al frente de una concreta publicación en calidad de director de la misma, y dado que el ámbito particular de las funciones legales de éste es precisamente el de la concreta publicación en la que el mismo se configura como el "primer ejecutivo del producto empresarial", puede estar conectado con los objetivos generales de la empresa en el sentido del art.1,2º RDAD y permitir, consecuentemente, la calificación del director de dicha publicación como alto directivo de la empresa. Al respecto se ha entendido que la publicación es el medio por el cual la empresa editorial cumple sus fines y objetivos informativos⁴⁶.

Estas funciones son las que han hecho al TS cambiar su doctrina en la citada sentencia de 30 de enero de 1990 y declarar la naturaleza de la relación entre el director de periódico y la

⁴⁴SORIA, Carlos, op.cit., p.121 y, en especial la última apreciación sobre las funciones decisorias de carácter ordinario cotidiano, p.127.

⁴⁵Vid. supra, ap. III, 2.

⁴⁶SORIA, Carlos, op.cit., pp.136 y ss.

empresa editorial como laboral especial de alta dirección⁴⁷, aun cuando la propia Ley subsanó la tesis mantenida en el Anteproyecto de caracterizar al director del medio informativo también como ejecutivo de la empresa titular de la publicación y la sociedad mercantil que le sirve de forma jurídica⁴⁸.

Las facultades comentadas fueron desarrolladas con un poco más de detalle en el Estatuto de la Profesión Periodística de 1967 que en sus arts. 26 a 29, tras formular una declaración general similar a la de la Ley de Prensa, especificaron las tareas del Director en el ámbito interno, referidas estrictamente al ámbito de las actividades redaccionales. En este sentido, las facultades del director se concretaron en el ejercicio de la jefatura de personal de redacción, "cuyo trabajo distribuirá y ordenará con plena autoridad y autonomía..." (art.27,b); el control sobre el contenido de la publicación a través del ejercicio del derecho de veto; la presidencia de un órgano de asesoramiento que es el Consejo de Redacción, y finaliza con una cláusula residual que le atribuye "cuantas funciones le confiera la legislación de prensa e imprenta" (art.27,d). En cuanto al ámbito externo, sus facultades se centraron en la representación de la empresa.

También el art.2.a') del derogado Reglamento Nacional de Trabajo en Prensa de 23 de marzo de 1971 establecía que el director era "a quien se encomendaba la facultad de organización práctica del trabajo dentro de la Sección de Redacción".

Finalmente, en el art.29, se hacía referencia a un tipo de funciones, las que denomina de "mediación", en virtud de las cuales se establecía el deber de "cuidar especialmente el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en

⁴⁷Anteriormente venía calificada como contrato civil de prestación de servicios, de acuerdo con el art.34 del Estatuto de la profesión periodística, aprobado por Decreto 744/1967 (vid.S.TS. de 27 de febrero de 1987, R.741).

⁴⁸SORIA,C., op.cit., pp.144 y ss.

cuanto a la garantía de los derechos profesionales de los periodistas, vigilando, sobre todo, la efectividad de las que se refieran al requisito imprescindible de profesionalidad en las funciones que lo requieran". Parece configurarse en este precepto un especial deber tutelar de la deontología en el ejercicio de la profesión periodística que, al mismo tiempo, sirva de protección para los intereses de estos profesionales. Puede conectarse también esta cuestión con el problema de la responsabilidad personal del Director (arts.31 y 32 del Estatuto) que se convierte en un tema central de toda esta normativa y que fundamenta la indelegabilidad de sus funciones y la necesidad de su ejercicio real y efectivo, así como la conveniencia de su tipificación legal en orden a la delimitación precisa de dichas responsabilidades⁴⁹.

En este último sentido, el cuadro normativo se completa con la previsión contenida en el art.39 de la citada Ley de Prensa en torno a la responsabilidad del director de periódico "por las infracciones que se cometan a través del medio informativo a su cargo" y al poder de representación que tácitamente se entiende otorgado en su favor "...para representar y obligar al empresario en todo lo relativo a las funciones a su cargo y, especialmente, en cuanto a las responsabilidades que se deriven de la publicación periódica."⁵⁰

2.- Capitán y puestos de jefatura en el trabajo en el mar.

Ya en la normativa sobre el capitán del buque contenida en el CCm se configuraba éste como el "jefe único del buque, de tantas atribuciones y responsabilidades que llega a oscurecer la

⁴⁹SORIA, Carlos, op.cit., pp.35 y 36.

⁵⁰ALONSO GARCIA, B., op.cit., pp.15 y ss., recoge la S.TS.(Sala de lo Social) de 21 de febrero de 1991, en el mismo sentido que la de 30 de enero de 1990 (pp.48 y ss.).

figura del propio naviero."⁵¹

Esta característica se explica en el origen histórico de la figura, como copartícipe del naviero mismo, aunque con la disgregación de la figura, fruto de la especialización funcional necesaria en toda gran empresa moderna, se ha convertido en un trabajador asalariado, pero al que se le otorgan la dirección técnica de la navegación acompañada de amplias facultades de carácter laboral, concretadas en el ejercicio de los poderes de mando y disciplinario sobre la tripulación del buque; facultades de carácter administrativo -en relación con la documentación y el estado del buque, su carga y estiba, etc.⁵²-; de índole comercial -como mandatario y representante del naviero en sus relaciones con terceros- y, finalmente, de naturaleza jurídico-pública como autoridad y funcionario público en el buque. Todo ello ejercitado con una gran autonomía⁵³.

Este último dato se ha puesto en conexión con el alejamiento del poder de mando del naviero del lugar donde se lleva a cabo el ejercicio de las funciones del capitán, dato que es uno de los rasgos característicos comunes a numerosas actividades que por ello han requerido un tratamiento normativo diferencial, como ya se ha advertido en los anteriores capítulos.

En cuanto al resto de los auxiliares del naviero que componen la oficialidad del buque -piloto, conrmaestre y maquinistas- muy brevemente, pero dado que han sido objeto de mención en alguna de las soluciones de nuestros tribunales con

⁵¹GARRIGUES, J., Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, 8ª ed., revisada con la colaboración de Fernando Sánchez Calero, Madrid, 1983, pp.637 y ss.

⁵²Enumeradas en los arts. 612, 624 y 625 CCm (Vid. GARRIGUES, J., op.cit., pp.642 y ss.).

⁵³En general, sobre la figura del capitán del buque, vid. ALMANSA PASTOR, J.M., La relación de embarco...cit., y específicamente sobre el contenido de sus funciones, pp.50 y ss., de entre las que el autor destaca en importancia las funciones técnico-laborales, sobre las comerciales y públicas (p.66).

objeto del análisis de algunas de las cuestiones tratadas en la normativa del sector, son cargos que pertenecen a la "esfera puramente técnica de la navegación"⁵⁴, razón por la cual, sin duda, se les ha negado la calificación como altos cargos en contra de lo sucedido con la figura del capitán⁵⁵.

Por lo demás, de este especial colectivo de profesionales hemos tenido oportunidad de ocuparnos ya en el capítulo primero⁵⁶, con ocasión del examen de la pervivencia de la normativa sectorial específica sobre el sector pesquero y la Marina Mercante, anterior a la vigencia del RDAD. En la citada normativa se contenía, como se recordará, una previsión sobre el cese de los cargos con mando en el buque libremente decidido por el armador, cuyo fundamento enlaza claramente con las características de la regulación contenida en el CCm sobre los auxiliares del naviero que se acaban de apuntar, regulación que también recoge la multiplicidad e importancia funcional de la figura así como la complejidad de sus relaciones con aquél, que en ese momento hacen al legislador entremezclar elementos de los contratos de servicio, mandato -caracterizado en el art.603 CCm por su revocabilidad en todo momento- y apoderamiento- y,

⁵⁴GARRIGUES, J., op.cit., el piloto y el contramaestre se erigen respectivamente en segundo y tercer jefe del buque - arts.627 y 633 CCm- (pp.656-658).

⁵⁵Sobre todo ha sido problemática la figura del **jefe de máquinas**, dado que se le venía incluyendo entre los cargos cuyo cese podía ser decidido libremente por el armador, tal y como se contemplaba en la normativa del sector pesquero, a pesar de que no se considera que sus funciones puedan hacerle merecedor de la cualidad de alto cargo, según ha sentado el TS, en SS. de 11 de abril de 1990 (R.3461) y de 22 de mayo de 1990 (R.4488), pero ya antes incluso de cambiar el criterio acerca de la derogación o pérdida de virtualidad de las facultades de libre cese contenidas en la normativa del sector el TS había excluido en alguna ocasión al jefe de máquinas de la equiparación al capitán, en concreto en la S. de 4 de julio de 1988 (R.5743), en la que se declara la improcedencia del despido de un jefe de máquinas que actuaba bajo las órdenes del capitán; también se ha excluido la condición de alto cargo del **contramaestre de pesca**, vid. S.TS. de 16 de marzo de 1989 (R.1866).

⁵⁶Ap.VIII, 2.

finalmente, la especial confianza que caracteriza dichas relaciones⁵⁷.

3.- Técnicos y entrenadores de clubs deportivos.

El problema que se venía planteando en relación con este peculiar colectivo era el de la omisión de toda referencia expresa a la naturaleza de su relación de prestación de servicios para el club deportivo en la normativa reguladora de la relación laboral especial de los deportistas profesionales constituida por los RD 318/1981, de 5 de febrero y el actualmente vigente 1006/1985, de 26 de junio⁵⁸.

Ante esta falta de inclusión expresa en la normativa sobre los deportistas profesionales y, en atención a las facultades que

⁵⁷GARRIGUES, J., op.cit., p.646 y sobre la restante oficialidad del buque, pp.656 y ss.; así lo razona también el TS, en las SS. de 3 de marzo de 1990 (1752) que hace referencia a los arts. 610 y ss. del CCom, que "atribuyen al capitán y patrón de buque amplísimas facultades de dirección y representación del Naviero..."; de 26 de marzo de 1990 (2342) que insiste en que "coinciden en estos cargos de mando las características de representación y de confianza propias de la intensidad del poder del personal de alta dirección..."; de 30 de abril de 1990 (R.3513) que reitera la doctrina de las ss. de 15 de julio de 1986 (R.4139) y de 12 de septiembre de 1986 (R.4958) sobre la "efectiva atribución del poder empresarial de decisión..., (siendo tales funciones) las que ejerce el Capitán de la Marina Mercante en el buque, considerado como autónomo dentro de trabajo.../...el marco de confianza en que se produce la relación entre Capitán y Naviero, y la evidencia de que el resultado de la gestión de aquél al mando del buque es factor decisivo para el éxito o fracaso de la empresa." Con anterioridad, la de 6 de abril de 1987 (R.2356) declaraba que "...la relación laboral del patrón de pesca -o de capitán de barco mercante- es una relación de unas características singulares, ya que el patrón tiene mando en el barco, dirige las faenas de pesca y se encuentra investido de facultades de índole diversa, como son las disciplinarias, las de representar a la empresa, que le atribuyen un plus de responsabilidad, que prácticamente le convierten en un "alter ego" del empresario, que exigen la existencia de una mutua confianza, que, al faltar, determina que el empresario pueda decretar la extinción de la relación laboral..."

⁵⁸GUTIERREZ & YELAMOS, "Algunos aspectos de la relación laboral especial del entrenador profesional", en R.L. 1988, I, p.1.305.

les eran conferidas en cuanto a la marcha del equipo, su libertad de fijación de horarios, y en fin, su exclusiva iniciativa y autoridad para organizar y dirigir el desarrollo de los entrenamientos, las soluciones de algunos tribunales inicialmente se decantaron por su consideración como personal de alta dirección, cuando no por la calificación como contrato de arrendamiento de servicios civil excluyendo la posibilidad de existencia de un contrato laboral por cuenta ajena dadas las características de su actividad, en especial su libertad de actuación⁵⁹.

Sin embargo, el TS enseguida corrigió esta interpretación y pasó a considerarlos deportistas profesionales. Así, en la sentencia de 14 de mayo de 1985 (R.2710) el TS se apoya en la mención conjunta a los técnicos y entrenadores con los deportistas profesionales que se lleva a cabo en la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la cultura física y del deporte, que ordena la regulación singular de sus relaciones laborales y dispone su inclusión en el ámbito de la Seguridad Social.

También en esta resolución se insiste en uno de los rasgos característicos de este personal que, en ocasiones, puede hacer que se confunda con un alto cargo. Se trata de la confianza que rige las relaciones del técnico y el club, que justifica la incompatibilidad de las mismas con un contrato con carácter indefinido y, por tanto, sirve de fundamento a la naturaleza

⁵⁹S.TS. de 16 de mayo de 1975 (R.2592) y de 20 de junio de 1977 (R.3184) en las que se declara aplicable en relación con un entrenador el art.7º de la LCT de 1944; siguieron aplicando este criterio las SS.TCT. de 9 de abril de 1985 (recogida por GUTIERREZ & YELAMOS, loc.cit., p.1304); Mag.Tr. nº3, Madrid, de 9 de mayo de 1985 que se apoya en la anterior (A.L., nº34, 1985, r.887, p.1733); TCT. de 14 de octubre de 1986 (R.9452) sobre un entrenador de gimnasia contratado por la Federación para dirigir los entrenamientos y la preparación física de los gimnastas del centro de tecnificación dependiente de aquélla; el TCT. en sentencia de 22 de abril de 1986 (R.2648) califica el contrato de un monitor deportivo como contrato de arrendamiento de servicios civil ante la libertad de movimientos y actuación del trabajador.

Temporal inherente a dicha relación⁶⁰.

En este rasgo encuentra asimismo su razón de ser otra característica peculiar de su régimen jurídico, esta vez en materia salarial. El percibo de una cantidad fija a la que se adiciona la **ficha o prima de fichaje**, de carácter anual y "cuya **etiología** -según palabras del propio TS- se halla obviamente en la duración temporal del contrato y como compensación de que éste no se haya regido por el principio de estabilidad en el empleo."

Es claro que estos rasgos característicos de la figura del técnico o entrenador de un club deportivo pueden resultar comunes a la actividad del personal de alta dirección, lo cual no debe llevar a la automática calificación como tal personal, sino que lo determinante a dichos efectos, conforme a lo que se lleva razonado hasta ahora, es que las funciones encomendadas y tareas realizadas por el trabajador respecto del cual se pretende dicha calificación coincidan en sus características y circunstancias con las que se describen en los presupuestos conceptuales del art.1,2º RDAD. Y tal y como se han ido configurando cada uno de ellos en la realidad empresarial y a través de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, no parece que la actividad de un técnico o entrenador deportivo encaje exactamente en la de un alto directivo de una empresa, dado que la preparación física de los deportistas y la dirección de sus entrenamientos, la responsabilidad acerca de su rendimiento deportivo, etc., siendo aspectos importantes de la actividad del club, lo son de una concreta faceta de su actividad y, desde luego, no responden a las amplias facultades de gestión y administración, habitualmente de contenido y carácter económico y patrimonial, que caracterizan a la alta dirección, aun a pesar de la admisibilidad de la parcelación de esta en diversos sectores o demarcaciones dentro de la total actividad de la empresa. Es decir, no se trata de excluir la naturaleza directiva de la actividad de un técnico

⁶⁰Más recientemente se reitera esta línea argumental en la S.TS. de 14 de febrero de 1990 (R.1087).

deportivo por el carácter sectorial o parcial de la misma o en razón de su reducido ámbito, sino más propiamente por la ausencia de los rasgos característicos y propios de las mismas funciones y facultades directivas, tal y como han sido estudiadas en cuanto a su contenido material e intensidad.

VIII.- FUNCIONES DE ALTA DIRECCION Y REGIMEN DE RESPONSABILIDAD.

La mayor parte, si no la totalidad, de las especialidades que se observan en el régimen jurídico aplicable a la relación laboral del personal de alta dirección obedecen a dos factores. Por una parte, a la especial naturaleza de las funciones desarrolladas por este tipo de personal conforme a la caracterización y sistematización de las mismas que se ha tratado de llevar a cabo a lo largo de este capítulo. Por otra, encuentran su justificación en la confianza recíproca que fundamenta dicha relación y que, a su vez, es consecuencia de la posición que dentro de la empresa determina el tener encomendadas las facultades y tareas que forman parte del contenido funcional de la prestación de servicios del alto directivo. De estas últimas se va a tratar en el siguiente capítulo.

La relevante posición funcional que el empleado de alta dirección ocupa dentro de la empresa se debe principalmente a su incardinación en la esfera del empresario, de modo que los altos directivos son "instrumentos inmediatos de la realización de los fines de la empresa"⁶¹. Pero esta posición junto a la condición

⁶¹BAYON CHACON,G./PEREZ BOTIJA,E., op.cit., ya observaron que "se ha querido ver en los que desempeñan cargos directivos una situación intermedia entre el empresario y el trabajador, dada su situación predominante en la empresa y su vinculación a los problemas financieros de la misma y la importancia de sus emolumentos..." (p.218); el entrecomillado pertenece a CANTON MOLLER,M., "El contrato de trabajo de confianza", loc.cit., p.838; RAMIREZ GRONDA,J.D. "El contrato de trabajo", loc.cit., que acerca de una figura presente en la legislación argentina, el **contrato de empleo privado**, dice "el contrato de empleo privado, que se define como: "una variedad del contrato de trabajo en que la actividad profesional del tomador de trabajo se presta con respecto al dador con propósitos de colaboración en las funciones de gestión de la hacienda... El empleado

jurídica de trabajador del empleado directivo le coloca en una situación, tanto desde el punto de vista sociológico como jurídico, caracterizada por un "conflicto de roles" que es el que hace necesario atribuir a sus relaciones de servicio con la empresa un tratamiento jurídico especial.⁶² Aquí vamos a examinar algunas de sus manifestaciones.

1.- La especial responsabilidad del alto directivo.

Esta especial responsabilidad se detecta en primer término en el propio RDAD, que en su art.1,2º incorpora la "plena responsabilidad" como uno de los presupuestos materiales de la noción de alto directivo y la conecta directamente con el carácter autónomo del desempeño de las funciones de alta dirección en la empresa. Sobre este primer y fundamental aspecto de la especial responsabilidad del directivo ya nos hemos ocupado en el capítulo segundo.

Sin embargo, también aparece la responsabilidad del directivo en otros numerosos preceptos de la legislación general, como el art.1.903,4º CC, los arts. 281 y ss. CCm y otros preceptos contenidos en el CP y en la normativa de seguridad e higiene en el trabajo. A través de estas previsiones la especial responsabilidad del trabajador directivo muestra una doble cara. Por un lado, está referida a la manera de desempeñar su trabajo,

privado es el que reemplaza al dador del trabajo en aquellas tareas que le correspondería desempeñar a éste..." (pp.615 y ss.).

⁶²BIRK, R., "Der leitende Angestellte -Einige rechtsvergleichende Bemerkungen", loc.cit., pág.212. Este autor lleva a cabo un estudio de las distintas soluciones adoptadas en el Derecho comparado, que clasifica conforme a un criterio tripartito: los ordenamientos que optan por no otorgar ningún tratamiento jurídico-laboral específico -Gran Bretaña-, los que regulan un estatuto específico -España-, y los que optan por una solución intermedia reconociendo parcialmente a los empleados directivos como grupo relevante desde el punto de vista jurídico-laboral -Alemania, Bélgica, Francia, Italia, USA...- ; ZÖLLNER, W./LORITZ, K.G., Arbeitsrecht, 4ª Auflage. München, Beck, 1992, pág.57.

y en este sentido conecta con la nota de asunción de funciones inherentes a la titularidad empresarial, esto es, la norma atribuye al directivo una responsabilidad análoga a la del empleador atendiendo al tipo de funciones que aquél ejercita y que le sitúan en una posición más cercana al titular de la empresa.

Pero por otro lado, la responsabilidad se refiere también al deber del directivo de hacer frente a las consecuencias dañosas o perjudiciales derivadas del desempeño de sus funciones y, en su caso, del funcionamiento de la actividad empresarial del cual se encarga el alto directivo. A estas consecuencias se refieren los preceptos insertos en la legislación civil y penal.

Estas son las previsiones que ahora interesa examinar; previsiones que ya tenían antecedentes en normas históricas a las que se ha hecho mención en el capítulo primero, donde se pudo observar cómo en ocasiones el trabajador directivo es asimilado al empresario a efectos de imputación de responsabilidad por las infracciones o incumplimientos de la normativa laboral.

2.- La responsabilidad civil del alto directivo.

El tratamiento de la responsabilidad civil en relación con el trabajador directivo presenta dos distintas facetas o vertientes; una activa, con la que se quiere hacer referencia a la responsabilidad del directivo como consecuencia de su posición o actuación "empresarial", y otra pasiva, respecto de cuya problemática ya nos hemos ocupado en el capítulo segundo, al tratar de resolver el interrogante acerca de la existencia de responsabilidad del empresario por actos del trabajador directivo ex art.1.903,4º CC.

Para comenzar puede afirmarse que este criterio contenido en la normativa histórica a la que se ha hecho referencia es también el que inspira la normativa contenida en el CC - art.1.903,4º- sobre responsabilidad civil del empresario ante

terceros por actos del trabajador a su servicio, puesto que junto con la figura del empresario aparece la del "director de un establecimiento o empresa"⁶³.

La razón de ser de esta responsabilidad es precisamente la actuación por cuenta y bajo la dirección del empresario -o persona en quien este delegue- por lo que será aquél -o éste- quienes deban cargar con los perjuicios o consecuencias dañosas que del cumplimiento por parte del trabajador de sus órdenes e instrucciones se deriven para terceros, como ya se indicó en el capítulo segundo. Este tipo de responsabilidad ha llegado a configurarse como una responsabilidad objetiva más que como una responsabilidad basada en la culpa del empresario -o sus delegados- **in eligendo** o **in vigilando** y, por tanto, derivada de la mera creación de un riesgo⁶⁴. Y la imputación al director del mismo tipo de responsabilidad que se atribuye al dueño o titular de la empresa es síntoma o consecuencia de la equiparación que a estos efectos, de nuevo, se establece entre ambos.

A ello cabría añadir el tipo de responsabilidad que se configura en los arts.281 y ss. CCm sobre la responsabilidad directa del principal, dueño o director de un establecimiento por los actos ejecutados por el factor y otros dependientes o empleados, y que pertenezcan al giro, tráfico o actividad de la empresa o con ocasión del desempeño de sus funciones. En este caso confluye además como razón determinante de la aparición de este tipo de responsabilidad, el dato de la apariencia creada con el apoderamiento general o singular del que está investido el factor o dependiente que, si actúa dentro de los límites acotados por el giro o tráfico de la empresa, obligará al titular de la misma frente a los terceros con quienes haya contratado confiados en aquella apariencia creada, aunque se haya excedido de las

⁶³También la contenida en los arts. 1709 y ss. del Código Civil sobre los mandatarios.

⁶⁴ALONSO OLEA, M., La responsabilidad del empresario frente a terceros...cit., pp.13-14 y 82-3.

art.22 CP que establece la responsabilidad civil subsidiaria anudada a la responsabilidad penal⁶⁸. Este precepto, en contra lo que ocurría en el 1.903,4º CC, no menciona expresamente a los directivos cuando procede a extender la responsabilidad civil subsidiaria contemplada en el art.19, "a los amos, maestros, personas, entidades, organismos y empresas dedicados a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

Parece que el tipo de responsabilidad que contempla el precepto, aunque se trate de responsabilidad subsidiaria y no directa, sin embargo encontraría idéntico fundamento que la que se deriva del 1.903,4º CC, esto es, la sumisión a las órdenes del empresario, por lo que también aquí se contempla una forma de responsabilidad objetiva que opera por conexión entre la acción del responsable directo y la relación de subordinación o servicio del responsable subsidiario⁶⁹.

Sin embargo se ha excluído expresamente la responsabilidad civil subsidiaria del "representante" del empresario persona jurídica que impartió las órdenes o tuvo conocimiento del

⁶⁸ PENDAS DIAZ, B., Responsabilidades en materia de seguridad e higiene en el trabajo, Madrid, 1986, pp.99 y ss.

⁶⁹ ALONSO OLEA, M., La responsabilidad del empresario frente a terceros...cit, p.36. La abundante jurisprudencia analizada por el autor en este trabajo pone en evidencia lo decisivo del criterio de la subordinación a las órdenes empresariales para que se dé este tipo de responsabilidad: "...el responsable es el empresario... de quien el trabajador recibiera las órdenes en cuanto al lugar y al tiempo, y sobre todo en cuanto al modo de ejecutar el trabajo..." en relación con supuestos en los que se ven implicados varios empresarios (p.43). También en este sentido la S.TS., Sala 1ª, de 13 de junio de 1987, R. 4297, que se cita en el mismo lugar, en la que se insiste en que "la responsabilidad del principal exige la admisión o prueba de que el causante del daño fuera o actuara como su dependiente o subordinado'..." (p.54).

ilícito⁷⁰, aunque quizá quepa distinguir entre este supuesto en que el representante sustituye a la persona jurídica misma y el directivo que actúa en propio nombre y en ejercicio de sus propias facultades directivas y de mando, aunque lo haga como delegado del empresario.

Por otro lado también podría advertirse una cierta diferencia entre la finalidad del 22 CP y la regulación contenida en el CC, que se encontraría en la necesidad de garantizar con el patrimonio empresarial la percepción de la compensación económica por el sujeto dañado como consecuencia del delito en los supuestos de insolvencia del responsable directo.

3.- Responsabilidad penal del personal de alta dirección.

En el ámbito penal, aparecen tipificados ciertos comportamientos delictivos que, o bien contemplan específicamente como sujeto activo al trabajador -a veces al directivo- o al administrador de la sociedad, o recaen sobre materias conectadas con las obligaciones inherentes a la propia relación laboral, o finalmente, se producen con ocasión del desempeño de las funciones o el desarrollo de las actividades derivadas de la relación de servicios.

Merece la pena siquiera hacer una escueta mención a los delitos de divulgación de secretos y, en especial, de violación del secreto industrial de los arts.498 y 499 CP. que, con cierta falta de rigor terminológica, se refieren al "administrador, dependiente o criado..." y al "encargado, empleado u obrero", respectivamente; al delito fiscal consistente en la apropiación de las cantidades retenidas a cuenta del IRPF del art.535 CP -delito de apropiación indebida-, en relación con los arts.10, 36 y 39,2º de la Ley del Impuesto sobre la renta de las Personas

⁷⁰ALONSO OLEA,M., op.últ.cit., p.54 (con referencia a la S.TS. de 22 de abril de 1980 y las en ella citadas).

Físicas, de 8 de septiembre de 1978 y 147 de su Reglamento⁷¹.

Hay algunos otros tipos delictivos específicos, fuertemente conectados con las funciones y facultades del directivo en el seno de la empresa: delitos económicos, delitos ecológicos y contra el medio ambiente, delitos contra los derechos de los consumidores y usuarios, delitos relacionados con la libertad de prensa u otros medios de comunicación, etc. Respecto de estos delitos se considera responsables no sólo a los autores materiales, sino también a **directores de publicaciones** y editores⁷².

La responsabilidad penal del alto directivo está muy ligada por lo demás a los comportamientos que han dado lugar al término "delincuencia de cuello blanco". Para estos delitos, por las especiales características de sus autores, se ha propuesto en ocasiones un particular sistema de penas basado en la preeminencia de la multa sobre la pena de privación de libertad. Esta solución tiene en cuenta el criterio o principio de proporcionalidad que inspira todo ordenamiento punitivo, y que conlleva la necesidad de adecuar el carácter de la sanción y de graduar la intensidad de la misma en atención a la censurabilidad y peligrosidad social que revele el comportamiento delictivo. Desde este punto de vista, las multas resultan el correlato ajustado a la finalidad de ventaja o beneficio económico obtenido ilícitamente que la sociedad persigue al delinquir.

⁷¹BAYLOS, A./TERRADILLOS, J., Derecho penal del trabajo, Madrid, Trotta, 1990, en el primero de ello se castiga como atutor al "administrador, dependiente o criado...", y en el segundo al "encargado, empleado y obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial..." (pp.187 y ss.). Sobre la aplicación del tipo de la apropiación indebida a la apropiación de las cuotas de la Seguridad Social de los trabajadores y las cantidades retenidas a cuenta del IRPF, vid jurisprudencia citada en p.193, n.39.

⁷²Sobre la responsabilidad del director de periódico, vid. ORIA, Carlos, op.cit., pp.187 y ss.; también ALONSO OLEA, M., La responsabilidad del empresario frente a terceros...cit., p.75.

Sin embargo, se ha constatado la existencia de ciertos factores que desvirtúan la anterior afirmación y ponen en peligro el respeto al principio de igualdad, de vital importancia en un ámbito normativo como el que se está tratando. Así, el propio criterio que incorpora el art.63 CP que no es el de la capacidad económica de la sociedad misma, sino la del **directivo-autor**. También existen otros factores que hacen perder su poder disuasorio y preventivo a este tipo de sanciones, como son la posibilidad de repercutir las consecuencias económicamente dañosas de las mismas sobre terceros -consumidores y usuarios, competidores o socios no partícipes del delito-, o la práctica de ciertas conductas en algunos directivos que toman decisiones delictivas previa evaluación de los riesgos, como se toma cualquier otra decisión de tipo financiero, comercial, etc. Por ello se ha insistido en la necesidad de que las multas no se conviertan en "sustitutivo universal de las penas privativas de libertad" en los delitos socio-económicos⁷³.

Una pena especialmente concebida para ser impuesta a los dirigentes empresariales es la pena personal de inhabilitación. Este tipo de sanción se ha considerado más adecuada al tipo de comportamientos delictivos de que son sujeto activo los directivos y a la significación social del comportamiento mismo desde el punto de vista criminológico, dado que el directivo no persigue sino defender la competitividad y rentabilidad de la empresa, aunque para ello se exceda en el ejercicio de sus facultades.⁷⁴

⁷³BAYLOS, A./TERRADILLOS, J., op.cit., pp.196 y ss.

⁷⁴BAYLOS, A./TERRADILLOS, J., op.cit., que lo expresan en los siguientes términos: "El dirigente empresarial al que se aplica (la inhabilitación o interdicción profesional), paradigma de delincuente de cuello blanco, responde, en términos generales, al modelo de sujeto que busca fines socialmente aceptados y prestigiados, si bien en esta búsqueda se excede en los medios y traspasa la delicada frontera que separa la actividad económicamente agresiva de la ilícita, y es también paradigma de sujeto que no requiere de resocialización y menos de resocialización carcelaria." (p.200).

Sin embargo, esta valoración que puede ser ajustada para determinados tipos de comportamientos -quizá los de contenido netamente económico o patrimonial-, deja de tener validez universal en relación con delitos de mayor trascendencia social. Y de hecho también se ha constatado el más alto nivel desuasorio e intimidatorio que las penas privativas de libertad tienen para este tipo de delincuentes⁷⁵, aunque no es esta la ocasión ni el lugar más oportunos para profundizar en estas cuestiones.

Por otro lado, también acerca de la responsabilidad penal del directivo, conviene hacer referencia a determinadas reglas del CP en materia de sujetos activos y sujetos responsables del delito. Así, en el art. 15 bis, con carácter general y en los arts. 238 final y 499 bis, final, específicamente referidos a delitos de desobediencia y contra la libertad y seguridad en el trabajo, cuando los hechos punibles fuesen realizados por personas jurídicas, se determina que se impongan las penas a título personal a los directivos, gerentes, encargados, representantes y miembros de los órganos de las personas jurídicas que resulten sujetos activos del delito, sin que aquéllos puedan ampararse, en general, en la eximente de obediencia debida. En el mismo sentido se pronuncia el art.7,3 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de control de cambios, modificada por la L.O.10/1983, de 16 de agosto, en el que en el supuesto de comisión de los hechos por una sociedad, empresa u organización se imputa también responsabilidad a "las personas físicas que efectivamente ejerzan la dirección y gestión de la entidad..."⁷⁶

Este mecanismo de imputación de responsabilidad penal por los delitos cometidos por la sociedad a las personas físicas de

⁷⁵BAYLOS, A./TERRADILLOS, J., op.cit., pp.200 y 201.

⁷⁶RUIZ VADILLO, E., loc.cit., sobre la eximente de obediencia debida, excepcionalmente se ha admitido cuando "el receptor de la orden incida en error sobre la licitud de la misma, creyéndola de buena fe legítima... o por no poderle ser exigida otra conducta más conforme a derecho..." (pp.204 y ss).

sus directivos, miembros de órganos o representantes, ha tratado de evitar que la personalidad jurídica fuera utilizada de forma abusiva para evitar dicha atribución de responsabilidad personal y conseguir así la impunidad, y para ello se ha acudido a la doctrina del "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica societaria. Sin embargo, esto no excluye la exigibilidad de una "intervención relevante" de aquéllas personas que ocupan dichos cargos en la comisión del delito, o de la omisión de las medidas para evitarla en virtud de la **posición de garante** que ostentan los representantes de la sociedad.⁷⁷

Al contrario, no puede ser utilizada la potestad empresarial de delegar facultades en sus colaboradores para eludir las responsabilidades que le serían imputables por el incumplimiento de los deberes u obligaciones prescritos en la norma, salvo que la delegación se lleve a cabo de forma no culposa por la cúspide empresarial. Sin embargo, aquella delegación de funciones confiere, como se ha visto, al sujeto que las ejerce una posición empresarial y crea una apariencia frente a terceros que obliga a responder frente a los que actuaron confiados en dicha apariencia.⁷⁸

Además, sólo desde una posición de superioridad o igualdad jerárquica podría evitarse la comisión del delito, impidiendo que el autor consumase el comportamiento delictivo, y, por tanto, sólo desde dicha premisa puede atribuirse a alguien la posición de garante que puede llegar a convertirle en autor por omisión⁷⁹. Por esta razón habrá que ponderar caso por caso la verdadera situación del sujeto en la empresa para llegar a determinar la presencia o no de culpabilidad. En todo caso, parece que el precepto está partiendo de dicha situación, al

⁷⁷BAYLOS, A./TERRADILLOS, J., op.cit., pp.56 y 57.

⁷⁸BAYLOS, A./TERRADILLOS, J., op.cit., pp.59 y ss.; CAÑAMERO MOYA, M.J., De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, Madrid, 1990, p.91.

⁷⁹CAÑAMERO MOYA, M.J., op.cit., p.91.

menos de igualdad jerárquica, en quienes ocupan los cargos a los que se refiere -directores, miembros de los órganos de administración de la sociedad y representantes de la misma-.

Precisamente por estas razones apuntadas, se ha dicho en relación con el tipo penal descrito en el primero de los supuestos del art.499 bis CP, consistente en la imposición de condiciones laborales ilegales, y en cuanto a la exigencia de que la conducta del sujeto activo recaiga en los "trabajadores a su servicio", que debe interpretarse no referida estrictamente a la existencia de una relación laboral y a la condición de empresario en sentido estricto en el sujeto activo del delito, sino de dependencia jerárquica o funcional, que es claramente predicable en relación con el personal de alta dirección.⁸⁰

Es conveniente recordar que en conexión con el tipo delictivo que se acaba de mencionar y enlazando también con el siguiente apartado se encuentra el delito de riesgo tipificado en el art.348 bis a), consistente en la omisión de las medidas tendentes a exigir o facilitar los medios o procurar las condiciones para que los trabajadores desempeñen la actividad con las necesarias medidas de seguridad e higiene, creando un peligro para su vida o integridad física. Este precepto se refiere a los que estuvieren "legalmente obligados", para cuya identificación es necesario remitirse a las específicas normas sobre la materia, fundamentalmente a la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de la que se va a tratar a continuación más extensamente.⁸¹

⁸⁰BAYLOS, A./TERRADILLOS, J., op.cit., p.71; CAÑAMERO MOYA, M.J., op.cit., que recoge la posición doctrinal sobre el carácter de "**delictum proprium**" del número 1 del art.499, bis CP y, por tanto, la exclusiva autoría empresarial en relación con el mismo, lo que conlleva a una anomalía importante en caso de que la conducta provenga de un administrador o gerente (pp.88 y 89).

⁸¹Debe advertirse que en la pendiente reforma del CP se introducen modificaciones precisamente en materia de delitos sociales, aunque el sentido y alcance de las mismas no va a ser

4.- Responsabilidad por incumplimiento de la normativa laboral.

Desde el punto de vista estrictamente laboral, el dato de la posición empresarial del alto directivo ha servido en ocasiones para criticar la remisión simple y llana que el RDAD hace al art.57 ET en materia de infracciones laborales del empresario, en el art.13, último párrafo. La razón de la crítica se encuentra en que en alguna situación en la que el directivo actúe en posición empresarial, dicha remisión puede convertirle simultáneamente en "infractor y víctima". Y lo que es aún más claro, porque no parece que una intervención administrativa sea el mecanismo de control y sanción más adecuado respecto de una relación jurídica que tiene una más clara inspiración en los principios civiles que en los puramente laborales, y en relación con la cual parece hasta perder su virtualidad la normativa laboral de orden público y de derecho necesario, que cede ante la normativa contenida en el contrato individual, como ya se ha indicado en el capítulo primero.⁸²

En el terreno de la normativa concreta, es de resaltar la referencia que hace la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971, a las obligaciones y responsabilidades de los trabajadores directivos.

En primer término, la normativa de seguridad e higiene contenida en esta disposición de carácter general contempla como titulares de determinadas obligaciones y derechos y como sujetos a los que se van a imputar una serie de responsabilidades ante determinados incumplimientos, al personal directivo, técnicos y mandos intermedios de las empresas.

En segundo lugar, se establecen las obligaciones

Recordado en este momento puesto que no afecta sustancialmente al tema que se trata en este trabajo.

⁸²RODRIGUEZ PIÑERO, M., "El contrato de trabajo del personal de alta dirección...loc.cit., pp.62 y 63.

empresariales que surgen en relación con dicho personal, que se concretan en la determinación de sus facultades y deberes concretos en orden a la prevención de accidentes y enfermedades profesionales, y la promoción de la más completa formación en relación con estas materias por parte de dicho personal.⁸³

Dentro de las facultades que se otorgan al directivo en aras del mejor cumplimiento de la normativa sobre seguridad e higiene están precisamente las facultades disciplinarias que el art.159 reconoce en favor del empresario, pero que va a ejercitar en su nombre el Director de la empresa, sancionando a los trabajadores que infrinjan los preceptos de la propia Ordenanza, sus disposiciones complementarias o las instrucciones recibidas de sus superiores.

Quizá convenga advertir, llegado este punto, que en este campo de la normativa laboral que se refiere a las obligaciones y responsabilidades en relación con la materia de seguridad e higiene en el trabajo es donde se puede observar con mayor claridad la organización y estructuración jerárquica de la empresa y la correspondiente distribución escalonada de funciones, facultades de actuación, derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes.

Otro aspecto de la posición de los directivos en relación con estas cuestiones que es objeto de tratamiento es su participación en los órganos de la empresa con competencias específicas sobre estas materias. En este sentido, los Comités de Seguridad e Higiene en las reuniones semestrales que habrán de celebrar junto con los técnicos, médicos y mandos intermedios de la empresa, estarán presididos por el **Director de la Empresa.**⁸⁴

⁸³Art.7,7º y 10º.

⁸⁴Art.8,C) OGS. Vid Decreto 432/1971, de 11 de marzo (BOE, de 16 de marzo), sobre constitución, composición y funciones de dichos Comités.

Finalmente, en cuanto a las obligaciones y responsabilidades específicamente atribuidas al personal directivo, el art.10 OGSH enumera una serie de obligaciones y derechos del personal directivo, técnico y mandos intermedios, consistentes en la instrucción del personal a sus órdenes, el cumplimiento de las disposiciones sobre seguridad e higiene y, en especial de la normativa sobre el trabajo de mujeres y menores, y la intervención directa en la prevención y extinción de siniestros y la paralización de los trabajos ante el peligro inminente de accidente u otros siniestros profesionales.

Respecto de la concreta cuestión sobre las responsabilidades derivadas del incumplimiento de los preceptos de la Ordenanza, hay que precisar que, de acuerdo con las remisiones que el art.152 hace a los arts.1º y 7º, 10 y 11 de la misma, el directivo estaría contemplado en dos distintos sentidos: el primero de ellos, como destinatario de la protección dispensada por la Ordenanza y, por tanto, responsable de la no adopción de las medidas que incumben al personal de las empresas, tal y como se desprende del tenor del art.1º que determina el ámbito de aplicación de la norma y lo refiere a las personas comprendidas en el ámbito del Sistema de Seguridad Social, que en este momento -año 1971- incluiría al personal directivo, como ha quedado indicado en el capítulo primero⁸⁵; el segundo de los sentidos en que se hace referencia al personal directivo sería ya más propiamente como destinatario de determinadas obligaciones empresariales, tal y como ya ha quedado indicado.

El art.154 de la Ordenanza comentada, al enumerar las personas responsables en las empresas por infracciones en materia de seguridad e higiene no hace sino recoger los criterios civiles

⁸⁵El art.1º de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene establece que "A las disposiciones de esta Ordenanza se ajustará la protección obligatoria mínima de las personas comprendidas en el ámbito del Sistema de Seguridad Social, a fin de prevenir accidentes y enfermedades profesionales y de lograr las mejores condiciones de higiene y bienestar en los centros y puestos de trabajo en que dichas personas desarrollen sus actividades."

sobre responsabilidad del empresario, principal o comitente respecto de sus encargados, representantes o mandatarios y que ya han sido mencionados al principio de este apartado. Aunque también hay que decir que lo hace con una pormenorización mayor en cuanto a la determinación de los distintos colectivos que pueden verse afectados por este tipo de responsabilidades, aludiendo a directivos, técnicos, ejecutivos y subalternos.⁸⁶

En este sentido, puede hacerse referencia al art.2,1º del Decreto 1860/1975, de 10 de julio, sobre procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social, precedente de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, y que disponía: "Como presuntos responsables del incumplimiento o infracción de las disposiciones a que se refiere el artículo anterior, podrán quedar sometidos al procedimiento sancionador tanto los empresarios como los trabajadores, titulares y beneficiarios de familias numerosas, así como las demás personas físicas o jurídicas, ya revistan carácter público o privado, y en su consecuencia, las Corporaciones, Instituciones, Sociedades, Asociaciones, Entidades y Servicios, cualesquiera que fueren su denominación, fines, funciones, y los órganos de gobierno, directivos, rectores, o gerentes de las mismas, por razón de las acciones que ejecuten u omisiones en que incurran en contravención de lo que dichas disposiciones estableces"⁸⁷.

⁸⁶Art.154 OGS. "Personas responsables en las empresas.- La responsabilidad de los empresarios por infracciones en materia de seguridad e higiene no excluirá la de las personas que trabajen a su servicio en funciones directivas, técnicas, ejecutivas o subalternas, siempre que a cualquiera de ellas pueda serle imputada, por acción u omisión, la infracción cometida."

⁸⁷Como antecedente de esta normativa sancionadora de las infracciones laborales del empresario vid supra la referencia al Decreto de 5-I-1939 que contemplaba la sanción del abuso de autoridad incluyendo como sujeto infractor junto al empresario al jefe de empresa, director o gerente (capítulo primero, II.3.-E).

No existe en la LISOS un precepto con análogas previsiones expresas sobre órganos rectores y directivos de las personas jurídicas responsables de las infracciones. La única previsión que podría suplir dicha omisión es la referencia que en la LISOS se hace con carácter genérico a los sujetos responsables en el art.2 y al "empresario o asimilados" (Sección 1ª, Capítulo III). En el primero de dichos preceptos, se definen los sujetos responsables como "las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la presente Ley", aunque luego con ocasión del tratamiento de cada tipo de infracciones se concreten y especifiquen los destinatarios de la responsabilidad administrativa regulada en la norma de referencia. En dicho sentido se ha llamado la atención y sugerido un sistema de responsabilidades concurrentes en cascada, desde el titular de la organización a los distintos escalones en que se haya disgregado el efectivo ejercicio del poder de mando en la empresa⁸⁸.

Como colofón a todo lo que hasta aquí se ha dicho, el art.158 de la comentada Ordenanza establece un régimen de inhabilitación de los cargos directivos como sanción ante la reiteración o gravedad de las infracciones a la normativa de seguridad e higiene, siempre que de ello se deriven constantes peligros para los trabajadores de una empresa. Dicha sanción se impondrá por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, y la extensión de la inhabilitación afectará al "desempeño de las funciones directivas que ejerzan en dichas materias o en aquellas que afecten o guarden relación con las mismas". El personal

⁸⁸Vid. extensamente, GARCIA BLASCO, J., Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, Madrid, 1989, pp.56 y ss. El autor comenta expresamente dicha omisión de la Ley a "las transformaciones jurídicas que se proyectan hoy sobre el ámbito organizativo y estructura de la empresa que distinguen entre la titularidad **strictu sensu** de la organización y el ejercicio efectivo del poder de dirección, reflejado, en algunos sistemas comparados, en la aplicación de sanciones al dirigente de empresa..." (p.61), también sobre la responsabilidad concurrente entre el titular y los mandos, p.164.

directivo se entiende en sentido amplio y a él le alcanzan la responsabilidad civil y la penal conexas. Sin embargo, y dado que, como ya se ha dicho más arriba, la LISOS no establece previsión en este sentido, la doctrina se ha planteado la duda sobre la vigencia del comentado precepto de la OGS⁸⁹.

Existe un grupo de previsiones en determinadas normas sobre fomento de empleo que si bien no atribuye directa y expresamente una responsabilidad al directivo, sí se puede decir que presenta rasgos comunes a la normativa que se acaba de examinar y cuyo sentido obedece, muy claramente, a la asimilación de las posiciones de empresario y alto directivo y a la evitación del fraude en la contratación que de ello se pueda derivar.

Estas concretas previsiones consisten en la exclusión de los beneficios contenidos en las normas reguladoras de determinadas modalidades de contratación aprobadas con la finalidad de incentivar el empleo de ciertos colectivos de trabajadores atendiendo a las circunstancias personales de éstos mediante bonificaciones en las cuotas y subvenciones otorgadas al empleador, cuando el contrato se celebre con el "cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos"⁹⁰.

⁸⁹ PENDAS DIAZ, B., op.cit., pp.28 y 29; la duda sobre la vigencia del art.158 OGS en GARCIA BLASCO, J., op.cit. pp.163 y 164.

⁹⁰ Con carácter general se contiene la citada previsión en el art.3^º, b) de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo. Con anterioridad lo hacían el art.16,2^º RD 1922/1984, de 31 de octubre, sobre contratos en prácticas y para la formación; art.1,3 RD 3239/1983, de 28 de diciembre, por el que se establecen incentivos para fomentar la contratación de mayores de cuarenta y cinco años. Recientemente, el art.18 del RD-ley 3/1993, de 26 de febrero, de medidas urgentes sobre materias, presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo (BOE, 2 de

Esto significa que celebrado el contrato con alguna de estas personas, se presume legalmente la intención fraudulenta en el uso de estos instrumentos. Adviértase también la novedad introducida en la Ley 22/1992 en el sentido de incluir una nueva mención, la de los miembros de los órganos de administración de las sociedades y cómo, de esa manera, se unifica el tratamiento otorgado por la normativa laboral a algunas de las cuestiones referidas a la posición que ocupan unos y otros en la sociedad y en la empresa. Finalmente, esta Ley excluye también la concesión de las ayudas en ella reguladas en los casos de contratos celebrados, precisamente, con estos últimos -se entiende que la limitación se refiere a los miembros del órgano de gobierno-.

Además de la pérdida de los beneficios a que se refieren dichas normas, se impondrán las correspondientes sanciones administrativas en virtud de la tipificación de este tipo de comportamientos que se lleva a cabo en el art.28,3º LISOS, como infracción muy grave⁹¹.

X.- LA PROBLEMÁTICA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS RESPECTO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.

El alto directivo se califica como trabajador en el art.2

marzo), amplía la concesión de ayudas contemplada en la Ley 22/1992, a las contrataciones a tiempo parcial con carácter indefinido que se celebren desde la entrada en vigor del RD-ley el 31 de diciembre de 1993, por lo que también en este caso habrá que entender vigente la exclusión de referencia.

⁹¹art.28,3º Ley8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones del orden social, ubicado en la Sección 1ª del Capítulo IV, sobre infracciones de los empresarios en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo, en general, y formación profesional ocupacional, tipifica la siguiente infracción muy grave: "Obtener o disfrutar indebidamente de exenciones, bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social, subvenciones, u otras ayudas de fomento del empleo y formación profesional ocupacional, establecidas para las distintas modalidades de contratación o programas de apoyo a la creación de empleo".

También la LISOS hace referencia a la pérdida de los beneficios otorgados como sanción accesoria en el art.45.

ET y en el RDAD. También en el art.2,2º ET se establece la necesidad de respetar en la regulación de las relaciones laborales especiales los derechos básicos reconocidos por la Constitución. Pero su especial posición en la empresa repercute, entre otros ámbitos, en el de las relaciones colectivas de trabajo; el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad empresarial y su autonomía le colocan más bien en el lado del empresario que en el de los trabajadores. A estos rasgos peculiares cabría añadir la heterogeneidad que caracteriza a este especial grupo de colaboradores del empresario y la imposibilidad de hablar en sentido propio de la existencia de una categoría profesional, cuestiones a las que por lo demás ya se ha hecho referencia, razones por las cuales cabe afirmar que no existe un verdadero interés colectivo cuya tutela justifique el reconocimiento de los típicos instrumentos de defensa colectiva de los intereses de los trabajadores, entendiendo este interés colectivo como categoría unitaria, y que la realidad es más bien la de una pluralidad de situaciones individuales diferenciadas. Cabría pensar incluso que se trata de un tipo de trabajadores entre los que es más frecuente la confrontación de intereses y la competitividad en función de la posición que ocupen las respectivas empresas para las que prestan sus servicios en el mercado. Es posible que el alto directivo tenga confrontación de intereses con la empresa, pero en ese caso, los resuelve por vías individuales.

1.- Representación colectiva y derechos de sindicación de los altos directivos.

Es importante poner de manifiesto para empezar, la estrecha conexión que existe entre la atribución de los poderes de dirección y organización de la empresa y los derechos de organización colectiva y participación de los trabajadores dentro de la misma. Así, esta última posibilidad se ha configurado tradicionalmente en la normativa laboral, precisamente, como una vía para compensar el reconocimiento de la titularidad del poder de dirección empresarial y la protección de su ejercicio por el

titular de la empresa. Para la defensa de los intereses sociales y económicos de los trabajadores frente a los del empresario surge la tutela de la libertad sindical y el derecho de los trabajadores a la representación de dichos intereses tanto mediante el sindicato como a través de otros instrumentos legales.

A lo largo de los capítulos anteriores se ha hecho referencia a la mayor cercanía del personal de alta dirección a las posiciones empresariales que a las estrictamente laborales. Entre nosotros esa cercanía del alto directivo a la figura del empresario, que recientemente se ha expresado subrayando la existencia de un **"parentesco sociológico"** entre ambos, es la que ha justificado la exclusión del alto directivo de los órganos de representación de los trabajadores, tal y como se desprende del art.16 del RDAD. Esta regla hizo que se llegasen a alzar voces autorizadas en el sentido de afirmar rotundamente que "el alto directivo **no** es un trabajador"⁹².

Precisamente con base en la exclusión de la capacidad electoral activa y pasiva del alto directivo que se formula en el art.16 citado y en su oposición a la exigencia de respetar los derechos básicos de carácter constitucional también en relación con los trabajadores de alta dirección tal y como se exigía por el art.2,2º ET, se pretendió la anulación del reglamento en ese punto por entender que se estaba vulnerando, concretamente, el reconocimiento de la libertad sindical que se lleva a cabo por

⁹²ALBIOL MONTESINOS, I., Comités de Empresa y Delegados de Personal, Bilbao, Deusto,1992, pag.47. También recogido por BIRK,R., loc.cit., donde asimismo hace referencia a la Ley alemana de cogestión (Mitbestimmungsgesetz) de 1976, en cuyo parágrafo 15, apartado 2 establece que al Consejo de Administración (Aufsichtsrat) ha de pertenecer, al menos, en el banco empresarial, un empleado directivo (pág.216); BORRAJO DACRUZ,E., Introducción al Derecho del Trabajo, cit., p.125; MONTOYA MELGAR,A., "El ámbito personal del Derecho del Trabajo", loc.cit., p.92; VALDES DAL-RE,F., "Negociación colectiva y representación del personal directivo", loc.cit., pp.71 y 72. a última afirmación la formulan ALONSO OLEA,M./CASAS BAAMONDE,Mª E., op.cit., pp.75 y 174.

el art.28,1º CE, así como el principio de jerarquía normativa consagrado en los arts.9,3º del mismo texto constitucional, 23,1º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 1,2º CC.

El TS entiende que efectivamente la normativa sobre los derechos constitucionales debe ser interpretada de la forma que sea más favorable al efectivo ejercicio de los mismos, pero a continuación admite la posible limitación de dicho ejercicio en casos concretos y "razonables, entre ellos, aquellos supuestos en que su ejercicio esté en abierta contradicción con la propia naturaleza y fines del derecho constitucional supuestamente infringido...". Los fines del reconocimiento del derecho de libertad sindical son, como se ha indicado, la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, así como la participación de éstos en la empresa, y es esta finalidad la que justifica y dota de razonabilidad a la exclusión de los altos directivos de los órganos de representación unitaria del resto de los trabajadores, puesto que se encuentran "ligados a la empresa por una relación tan especial que les priva de la independencia necesaria para una eficaz defensa de los fines sindicales...". Esto no sólo justifica el tener canales e instrumentos de representación propios, sino el hecho mismo de recibir un tratamiento normativo específico y diferenciado. Por todo ello, el TS desestimó el recurso interpuesto por la Confederación de Cuadros y la Federación de Asociaciones de Mandos Intermedios de Bancas, Cajas de Ahorro y Entidades de Crédito (FAMIBAC) contra el art.16 RDAD, al entender que no lesionaba el art.28,1º CE, ni infringía el 9,3º del mismo texto fundamental⁹³.

Asimismo, la propia OIT admite la validez de las disposiciones de los ordenamientos internos que prohíben la afiliación a sindicatos de este tipo de trabajadores, solución que ha sido la adoptada por la mayoría de los ordenamientos,

⁹³S.TS, Sala 5ª (cont.-adm.) de 22 de octubre de 1987 (R.6902).

estableciendo la posibilidad de sindicación de este tipo de trabajadores en organizaciones específicas.⁹⁴

Como consecuencia de estos factores, en la mayoría de los países de nuestro entorno se produce una sindicación diferenciada para los distintos grupos de obreros, empleados y dirigentes, e incluso se da la existencia de órganos específicos de representación colectiva en la empresa para directivos, como es el caso de los **Sprecherausschüsse** alemanes.⁹⁵

En países como Gran Bretaña, si bien no existe una regulación legal sobre sindicación de trabajadores de "cuello blanco", sí se constata una tendencia social a la afiliación separada de estos trabajadores respecto de los trabajadores manuales o de "cuello azul", a través de la constitución de sindicatos propios o de secciones dentro de los sindicatos generales, y también a la celebración de acuerdos específicos.⁹⁶

En el derecho mejicano, se ha afirmado la necesidad del reconocimiento del derecho de sindicación de los trabajadores de confianza -entre ellos los que serían asimilables a los altos cargos-, aunque también se ha matizado, excluyendo a personas identificadas con la propia figura del titular de la empresa como directores generales, auditores, apoderados legales de la empresa, etc., y en general quienes trazan las políticas empresariales, por cuanto frente al sindicato que pudieran

⁹⁴ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E., op.cit., p.75; referencias al derecho comparado en DE LA CUEVA, M., op.cit., p.546 y ss.

⁹⁵SALVADOR PEREZ, F./SANTANA GOMEZ, A., loc.cit., pp.135 y ss., donde se refieren a la **Confédération Générale des Cadres (CFE-CGC)** francesa, y la **Confederazione Dirigenti di Azienda (CIDA)** italiana.

⁹⁶Una enumeración y clasificación de los distintos sindicatos a estos efectos, en LORD WEDDERBURN, MCKENDRISH y S.DEAKIN, "Encuadramiento de trabajadores", loc.cit., entre los que cabe destacar la **Asociación de personal científico, técnico y supervisor -ASTMS-**, y la **Asociación de profesionales, ejecutivos, oficinistas y programadores -APEX-** (pp.102-107).

constituir la empresa no tendría órganos de defensa, y reconociendo la necesidad de sindicación específica y separada de la del resto de los trabajadores. Junto con este derecho también sería necesario reconocerles el de negociación colectiva y el de huelga.⁹⁷

Y en el ordenamiento argentino, se ha invocado la posibilidad de asociacionismo profesional conforme al criterio de la pertenencia a la misma "categoría" para explicar la tendencia a la constitución de asociaciones de trabajadores o empleados de dirección.⁹⁸

2.- Negociación colectiva y relaciones de conflicto.

Cuando se hablaba en el capítulo primero de las fuentes de regulación de la relación especial ya se advirtió que lo habitual en la negociación colectiva es la exclusión expresa de su ámbito personal del personal directivo, que en otros ordenamientos forma parte de un colectivo más amplio denominado "**personal fuera de convenio**". Aunque esta categoría no existe como tal en el nuestro, sí se ha extendido la práctica de dejar al margen de la negociación colectiva a determinados grupos de trabajadores - directivos, trabajadores altamente cualificados o personal de confianza- que progresivamente se van incrementando en su importancia numérica comparativa respecto del empleo total, y que afecta en mayor medida a las áreas directivas "no tradicionales"

⁹⁷CANTON MOLLER, M., "El contrato de trabajo de confianza", loc.cit., aunque también reconoce la existencia de intereses distintos, incluso contrapuestos, de los del resto de los trabajadores (pp.841 y ss).

⁹⁸KROTOSCHIN, E., op.cit., donde se hace referencia a dicha posibilidad contemplada en la Ley 14.455, a rt.3, inc.b y se enumeran una cantidad apreciable de asociaciones de trabajadores bajo la denominación de **capataces, vigilantes, supervisores, personal superior, personal jerárquico, capitanes y oficiales de la Marina Mercante...** según el **Censo Nacional de asociaciones profesionales** del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires, 1965 (pp.38 y 39, cita n^o 23).

como las de relaciones externas, publicidad, marketing o informática, dato que obedece a la modernización en la gestión y en la producción, y a la expansión de actividades relativamente nuevas en la cúspide de las empresas⁹⁹.

También allí se apuntó la razón de que se llevase a cabo dicha exclusión, que en el ámbito empresarial no era otra que la no participación de este colectivo en el proceso de elección de los órganos de representación unitaria que, en dicho ámbito, son quienes tienen atribuída legalmente la facultad de negociar los convenios colectivos.

En el ámbito superior a la empresa, dada la eficacia general que el ordenamiento español atribuye a los convenios negociados conforme a las reglas contenidas en el Título III ET, la no aplicabilidad del convenio colectivo al personal directivo se instrumenta a través de las mencionadas cláusulas delimitadoras del ámbito de aplicación personal del mismo.

Pese a todo lo que se lleva dicho, la doctrina ha afirmado la necesidad de reconocer este tipo de derechos también a los trabajadores de alta dirección, dada la significación constitucional de los mismos y el imperativo del art.2,2º ET, y en base a ello se ha reconocido la posibilidad de que los altos directivos desarrollen una negociación colectiva particular mediante sus instrumentos representativos específicos, que será de carácter extraestatutario y referida a la unidad de negociación de franja, cuyo resultado es un convenio que se aplica exclusivamente a un grupo determinado y separado de trabajadores delimitado por razones profesionales, funcionales o de actividad, y sólo a los que estén afiliados a la organización u organizaciones pactantes de cada convenio en

⁹⁹Sobre este personal vid. el informe y datos estadísticos contenidos en La negociación colectiva en las grandes empresas en 1989...cit.; DE LA CUEVA, M., op.cit., recoge la posibilidad prevista en la ley mejicana de excluir del convenio a los empleados de confianza (p.426).

particular.¹⁰⁰

Precisamente en relación con el personal directivo aparece la figura del convenio **de cuadro**, que tiene por destinatarios al personal de la empresa que ocupa altos escalones de la jerarquía laboral lo que provoca la diversidad de intereses en relación con el resto de los trabajadores de la misma, y habitualmente supone un colectivo de menor importancia numérica en la plantilla de aquélla¹⁰¹. Esa diferenciación de intereses y posiciones justifica la existencia de sindicatos profesionales o de oficios y proporciona acogida constitucional al convenio de franja, negociado por ellos.¹⁰²

Sin embargo, este tipo de convenio franja tiene sentido para cuadros o mandos intermedios o directivos de régimen común, mientras que respecto del personal de alta dirección en sentido estricto es dudoso que pueda defenderse la posibilidad u operatividad del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, no sólo por la ausencia de instancias representativas que pudieran negociar, sino porque no existe propiamente un grupo de trabajadores lo suficientemente importante numéricamente como para montar una negociación colectiva, ni un interés común que aglutine sus reivindicaciones.

¹⁰⁰ VALDES DAL-RE, F., "Negociación colectiva y representación del personal directivo", loc.cit., el autor añade un tipo intermedio entre la negociación individual y la colectiva que consistiría en la regulación de contratos tipo, con protagonismo de las organizaciones representativas de directivos (pp.67 y ss).

¹⁰¹ En 1989 el peso específico de los directivos se sitúa en algo menos del 1% de las plantillas, dentro de una gran dispersión por áreas, por sectores y por grupos de empresas (La negociación colectiva en las grandes empresas en 1989...cit.).

¹⁰² SERRANO MARTINEZ, J.E., "El convenio colectivo de franja en el ordenamiento español", en Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo, Madrid, Universidad Complutense, 1980, que recoge las críticas que se formularon contra tales convenios de franja inicialmente, por considerarlos discriminatorios y contrarios al principio de unidad de empresa (pp.223 y 240-1).

En relación con la posible utilización de medidas de conflicto colectivo y más concretamente sobre el reconocimiento del derecho a la huelga se ponen de manifiesto estas contradicciones con mayor intensidad si cabe.

Desde el punto de vista de los sujetos a los que la CE considera titulares de estos derechos cabía plantearse fundadamente la duda en relación con el derecho de sindicación, puesto que el art.28,1º lo atribuye a **todos**, si bien la LOLS lo matiza ulteriormente y habla de **todos los trabajadores**, aunque, como se sabe, maneja un concepto de trabajador más amplio que el del ET. Pero en relación con la negociación colectiva, la huelga y las medidas de conflicto colectivo el propio texto constitucional en los arts. 37,1º, 28,2º y 37,2º respectivamente, habla de **trabajadores** y sus representantes.

Pero es que desde el punto de vista conceptual y dogmático, y también desde una perspectiva histórica, la huelga -y otras formas de exteriorizarse el conflicto laboral- han sido típicos instrumentos de lucha de los trabajadores asalariados para la defensa de sus intereses de clase y en gran medida también instrumentos sindicalizados. Parece fuera de duda lo paradójico que resultaría el abierto reconocimiento de estos derechos respecto de un tipo de trabajadores que defienden y representan los intereses de la empresa incluso frente a los demás trabajadores de la plantilla, que pueden intervenir en la negociación en el banco económico en representación del empresario, frente a los que pueden dirigirse las reivindicaciones laborales en un conflicto de esta naturaleza, que pueden intervenir en representación del empresario también ante los distintos organismos e instancias administrativas y jurisdiccionales, y, en fin, actuar en nombre del empresario en ejercicio de un sinfín de facultades propias de la titularidad empresarial, como se ha ido viendo a lo largo del presente capítulo.

Por lo tanto, también en el plano del ejercicio mismo de los

derechos laborales colectivos, resulta inconcebible pensar en una contraposición de intereses entre empresario y alto directivo, pues dicho enfrentamiento no debe existir en una relación cuyo fundamento está en la recíproca e intensificada confianza y en la cual es posible que en el momento en que se atisbe una falta de entendimiento que no pueda ser solucionada a nivel individual, seguramente ello pueda implicar el cese del alto cargo. Desde luego el problema no es fácil de resolver, pues desde el punto de vista puramente formal podría objetarse a la anterior afirmación que dicho cese podría ser calificado como un despido nulo por vulnerar un derecho constitucional. Sin embargo, ya hemos hecho referencia a la posición que el TS mantiene en relación con el derecho de sindicación de los altos directivos, lo que podría hacerse extensivo a otros derechos cuya finalidad e instrumentalidad son semejantes. También la práctica evidencia que esta categoría -la del despido nulo- es de escasa aplicación en relación con el personal de alta dirección, ante la preeminencia del desistimiento como causa de extinción del contrato por voluntad del empresario, como se tendrá ocasión de ver en el capítulo quinto, donde se tratarán más abundantemente las cuestiones relacionadas con la extinción del contrato del trabajador de alta dirección.

Para terminar y en resumen, parece una consecuencia impuesta por la laboralización legal de los altos directivos la exigencia del reconocimiento de los derechos laborales básicos consagrados en la CE, si bien, ello no significa hacerlo sin la necesaria adecuación a la propia naturaleza de su relación especial, de las funciones desempeñadas y de la posición que como consecuencia de ello ostenta este trabajador en la empresa, respecto del titular de la misma y de los demás trabajadores. Como se ha visto, existen motivos fundados para dudar de su misma razón de ser en relación con la singularidad de la posición de este tipo de trabajadores, como por otro lado ha puesto de relieve el propio TS.

Al estudio y análisis de estas peculiaridades originadas en la nota de confianza se va a dedicar el presente capítulo. Para ello se comenzará por tratar de concretar el significado de la propia noción de confianza, en su doble condición de fundamento de la relación especial y característica de otros puestos de trabajo que habrán de delimitarse frente a los de alta dirección estricta. Una vez sentado el presupuesto de la relación, será cuando proceda determinar sus consecuencias en la regulación de los distintos aspectos del contrato, tanto en su vertiente estática y en sus aspectos formales y de contenido, como en la vertiente dinámica, que abarca los aspectos temporales y las distintas vicisitudes por las que aquél atraviesa desde su constitución hasta su extinción, con la advertencia de que este último aspecto será tratado en el capítulo siguiente dada su mayor entidad comparativa en relación con el resto de las cuestiones que serán abordadas en el capítulo presente.

I.- LA NOTA DE CONFIANZA COMO CARACTERISTICA DE LA ALTA DIRECCION.

Para el examen de las cuestiones que se van a abordar a partir de este momento es necesario comenzar con una constatación, la de que la recíproca confianza se erige en fundamento de la relación laboral especial de alta dirección y en elemento definidor o modulador de los derechos y deberes de los sujetos de dicha relación, tal y como se desprende del art.2 del RDAD y han puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia reiteradamente².

A partir de esta constatación, se puede plantear la necesidad de determinar cuáles son la fuente o el origen, y el

²FERNANDEZ LOPEZ, M^a F., / RODRIGUEZ PIÑERO, M., loc.cit., pp.22 y 23; en el derecho comparado, CANTON MOLLER, M., "El contrato de trabajo de confianza", en Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo... cit., pp.840 y ss. En la jurisprudencia, entre otras, S.TS. de 4 de marzo de 1988 (cit.); S.TS. de 30 de septiembre de 1988 (R.7153); S.TS. de 3 de octubre de 1988 (R.7498); S.TS. de 15 de marzo de 1989 (2414); S.TS. de 6 de febrero de 1990 (R.827).

sentido de dicha confianza, puesto que de la solución que se dé a estas cuestiones o del enfoque que se utilice para su examen, pueden derivarse consecuencias en cuanto al cabal entendimiento del régimen jurídico de esta relación laboral especial y de algunas de las instituciones cuya regulación incorpora el RDAD de referencia, como a continuación se expondrá.

1.- Origen, razón de ser y manifestaciones de la nota de confianza.

En cuanto a la primera de aquellas cuestiones, cabe pensar que el empresario nombra al alto directivo al que le encomienda una serie de funciones de gran relevancia para la marcha de la empresa, de lo cual ya ha quedado constancia a lo largo del capítulo tercero, y lo hace como consecuencia del reconocimiento a la labor anterior del trabajador de alta dirección que ya ha podido llegar a conocimiento del empresario. Esto es, que la confianza que el empresario deposita en el trabajador de alta dirección, cuya actuación presupone la búsqueda del beneficio de la empresa y la defensa de sus intereses, de manera que de su gestión se derive la llegada a buen fin de las actividades empresariales proyectadas y la consecución de los objetivos marcados, ha de tener su origen en datos objetivos consistentes, normalmente, en el reconocimiento de las capacidades, experiencias y logros anteriores, en su caso, del directivo.³ De ahí que sea frecuente cierta movilidad de este tipo de trabajadores de unas empresas a otras, pertenezcan o no al mismo grupo empresarial, en virtud de un sistema parecido al de los "fichajes", cuestión sobre la que se insistirá en el apartado correspondiente a la selección del personal directivo.

Ese conocimiento previo puede haberse logrado, bien porque el directivo se contrate externamente en atención a su curriculum y, por tanto, a la acreditación de una formación específica, habitualmente de postgrado, de una trayectoria profesional y de

³CANTON MOLLER, M., "El contrato de trabajo de confianza", loc.cit., p.841.

una experiencia adquirida en empresas afines, bien sea porque procede de la misma plantilla de la empresa o de alguna de las plantillas de las empresas agrupadas, en cuyo caso cobraría sentido la configuración de la promoción regulada en el art.9 RDAD como instrumento de selección del personal de alta dirección.

La razón de ser o la motivación de esta exigencia de confianza mutua es un aspecto o una matización de lo anterior. El empresario necesita a alguien de su máxima confianza puesto que a esa persona le va a ser encomendado el ejercicio de funciones de tal trascendencia para la consecución de los fines empresariales que del mismo se puede derivar el éxito o el fracaso de la empresa. Y además el ejercicio de dichas funciones se va a llevar a cabo desde la propia posición empresarial o desde posiciones muy cercanas. Estas dos características del trabajo de alta dirección a las que ya se ha hecho referencia en capítulos anteriores son las que justifican la exigencia intensificada de esta recíproca confianza.

Finalmente, sobre el sentido o las manifestaciones que dicha confianza pueda tener, en principio, en atención a lo que anteriormente se dejó dicho, la confianza tiene un aspecto pasivo que se deriva de un proceso interno a través del cual el empresario forma su convicción sobre las cualidades profesionales y personales del trabajador que le conducen a su designación para ocupar el cargo directivo. El proceso inverso conlleva la pérdida de confianza en el alto directivo y cobra sentido, sobre todo, con vistas a la extinción del contrato a través del ejercicio de la facultad de desistimiento empresarial, como más tarde se constatará. Pero también presenta un aspecto activo, en el sentido de que el empresario deposita esa confianza en el directivo, lo que enlaza con el tipo de funciones cuyo ejercicio se encomiendan al trabajador.

2.- La confianza como uno de los fundamentos del especial régimen jurídico del contrato del alto directivo.

Se trata en este punto de enumerar, con carácter general, las distintas instituciones que forman parte del régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección que tienen su origen causal en la especial intensidad con que la recíproca confianza se presenta en la misma.

Quizá sea interesante comenzar constatando que hasta ahora se ha advertido o puesto de manifiesto una tendencia a dar preeminencia a las facultades de disposición del directivo, de carácter o relevancia internos y de gran trascendencia patrimonial, sobre todo en relación con el resultado económico de la empresa. Lo que parece evidenciarse con esta solución es la importancia económica de este personal dentro de la misma y la relevancia del elemento patrimonial en las funciones que le son encomendadas y poderes que se le otorgan.

La importancia que adquiere el elemento fiduciario en esta relación especial, podría también conectarse con esta trascendencia de las funciones ejercitadas por el alto directivo para el curso económico de la empresa y que tiene su reflejo, en última instancia, en el patrimonio de su titular en el caso del empresario individual, o en los beneficios obtenidos por los socios, si se trata de un titular social.

Esto se va a traducir en una de las peculiaridades que en mayor medida marcan las diferencias en las condiciones que disfrutaban los directivos, en relación con las del resto del personal de la empresa. Se trata de la diversa estructura y composición de la retribución pero, sobre todo, de su distinta importancia cuantitativa. En suma, y como se les prefiere denominar, los emolumentos que el personal directivo va a percibir por la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa.

Seguramente ello también justifica la diferenciación en relación con otras condiciones de trabajo o características del

régimen jurídico de esta relación laboral especial. Como ejemplo de lo cual podrían citarse las cuestiones conectadas con la mayor intensidad de la dedicación del directivo a la empresa a través de determinados pactos y de las concretas manifestaciones del deber de buena fe, la inversión del régimen aplicable a la transmisión de la empresa que se configura como causa extintiva del contrato por voluntad del propio directivo basada en lo que se considera en este caso como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Esto último significa que es consustancial a esta relación la necesaria vinculación personal y directa del alto cargo con los titulares de la empresa.

Así, en fin, existen otras cuestiones en relación con el régimen jurídico del contrato del alto directivo, tanto por lo que se refiere a su contenido, como a las vicisitudes por las que puede atravesar a lo largo de su desenvolvimiento en el tiempo, como, finalmente, con los supuestos extintivos. Cuestiones todas ellas que van a ser abordadas en el presente capítulo, que no trata de ser otra cosa que la contemplación de dichos problemas desde la óptica de la nota de confianza como definidora o moduladora de los mismos.

3.- Alta dirección y otros puestos de confianza: similitudes y diferencias.

A propósito de la relevancia de la nota de confianza en la relación laboral especial de alta dirección, conviene introducir una matización del concepto de puesto de alta dirección y proceder a su separación o diferenciación respecto de la noción de puesto de confianza.

La razón para llevar a cabo esta delimitación es que, como ya se ha señalado, la recíproca confianza se erige en fundamento de la relación especial así como del régimen jurídico que va a resultar de aplicación. Sin embargo, no es este rasgo por sí solo el que sirve para definir o conceptuar a los altos cargos, sino que es la naturaleza, extensión y forma de ejercitar las

facultades o poderes que les son otorgados los que resultan determinantes para la calificación de la naturaleza jurídica de la relación, cuestión en la que se ha venido insistiendo.

Por un lado puede partirse de una concepción amplia del término "**empleado de confianza**" como aquel colectivo que desarrolla sus actividades en sectores donde "están en juego la existencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos, el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores...".⁴

En este grupo quedarían incorporados, normalmente, los trabajadores que ocupan puestos que impliquen ejercicio de poderes de mando o responsabilidad pero sin que el resto de las características de los servicios prestados y de las funciones ejercitadas permita encuadrarles en puestos de alta dirección, sino como mandos intermedios o directivos de derecho común. También otros trabajadores ordinarios entre cuyas funciones ni siquiera tiene por qué aparecer el ejercicio de facultades directivas, sino que en este grupo cabría incluir también a trabajadores que de alguna manera tienen encomendada la custodia o tutela de los intereses empresariales, generalmente de naturaleza patrimonial.

Así, quienes controlan el proceso productivo, a través de la verificación de controles de calidad, o de la vigilancia de la maquinaria, equipo, materias primas, o encargados de la seguridad de las instalaciones o el control de la salida y entrada del personal -por ejemplo, quienes verifican los registros sobre las personas y sus bienes y efectos, potestad contemplada en el art.18 ET, etc.

Finalmente, los trabajadores que manejan, física o

⁴DE LA CUEVA, M., Derecho mexicano del Trabajo...cit., el autor recoge las especialidades de la ley mejicana respecto de estos empleados y también las de otros ordenamientos (pp.423 y ss.); también se refiere escuetamente a ellos DE FERRARI, F., op.cit., p.208.

contablemente, fondos de la empresa, desde auditores, cajeros, cobradores, etc.⁵

También puede invocarse otro argumento de carácter legal para apoyar la falta de estricta correspondencia entre trabajo de alta dirección y exigibilidad del cumplimiento del deber de buena fe o confianza, que es la existencia de la causa de despido específicamente contemplada en el art.54,2,d) ET. En efecto, en este precepto que se refiere a las causas de despido genéricamente aplicables a todo trabajador, se hace referencia a la transgresión de la buena fe contractual y al abuso de confianza, lo que muestra con claridad que dicha obligación existe en relaciones laborales de carácter común, no sólo en la especial de alta dirección; aunque quizás en ésta resulte más intensa su exigibilidad. Baste por ahora esta constatación, puesto que en el capítulo siguiente se hará un análisis más detenido de esta específica causa extintiva y de sus características peculiares en la extinción del contrato de alta dirección.

I.- ESPECIALIDADES EN LA SELECCION Y CONTRATACION DE LOS ALTOS DIRECTIVOS.

Con anterioridad se ha apuntado la forma en la que la nota

⁵S.TS. de 23 de junio de 1987 (R.4614) en relación con un jefe de 1ª administrativo que dejó de ser secretario del consejo de administración, pretendiendo la extinción del contrato ex art.51,2º E.T.; S.TS. de 17 de marzo de 1988 (cit.) en relación con un jefe de administración designado director de zona; S.TS. de 30 de junio de 1989 (cit.) en relación con un sobrecargo de una compañía aérea; S.TS. de 13 de marzo de 1990 (cit.) en relación con el jefe de los servicios médicos de un club de fútbol; S.TS. de 11 de junio de 1990 (cit.). En la doctrina comparada se han llevado a cabo clasificaciones mucho más depuradas, para lo que puede confrontarse CANTON MOLLER, M., "El contrato de trabajo de confianza", loc.cit., que distingue hasta cuatro grupos de trabajadores de confianza: a) ejecutivos de más alto nivel que fijan las estrategias generales de la empresa; a) quienes las ejecutan; c) los que supervisan los trabajos; d) quienes tienen "bajo su responsabilidad los resultados del producto..."; y quizá un quinto grupo de trabajadores encargados de tareas de vigilancia y seguridad (p.834).

de confianza se refleja en las cuestiones que hacen referencia a la propia dinámica del contrato de alta dirección y, más en concreto, a esta fase inicial de la constitución de la relación jurídica laboral. Las concretas manifestaciones de la nota de confianza que en este momento se pueden advertir, se traducen genéricamente en la atenuación, que puede llegar incluso a la total remoción, de las limitaciones y obstáculos a la libertad empresarial.

1.- Exclusión de los altos directivos de la normativa sobre colocación.

El art.4,1^º RDAD cuando establece la formalización por escrito del contrato del alto directivo determina que se haga por duplicado, y que un ejemplar quede en poder de cada una de las partes que suscriben dicho contrato.

Lo anterior se ha interpretado en el sentido de obviar el cumplimiento de la normativa relativa a los controles públicos sobre los actos de empleo consistentes en que, para los contratos respecto de los cuales la normativa estatal exige forma escrita, se remita un ejemplar a la correspondiente Oficina de Empleo a efectos de registro y visado.⁶

⁶En tal sentido, vid por todos BORRAJO DACRUZ, E. "El personal de alta dirección en la empresa", en REDT, n^º22, 1985, pp.166-167; del mismo autor vid también, "Derecho de información de los trabajadores en materia de contratación y de condiciones laborales en el ETT", en Revista de Trabajo n^º100,1990. Monográfico y extraordinario sobre "Derechos de información en materia de contratación laboral", p.420; FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.25; IGLESIAS CABERO,M. op.cit., p.71; SALA FRANCO,T. op.cit., pp.39 y 40.

Las exigencias de registro y visado por el INEM en los arts. 16,3^º E.T.; art.42,1^º Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo; normativa sobre contratos de duración de terminada constituida por el RD 2.104/1984, de 21 de noviembre, el RD 1.989/1984, de 17 de octubre, el RD 1.992/1984, de 31 de octubre, el RD 1.991/1984, de 31 de octubre, RD 799/1985, de 25 de mayo; curiosamente, nada se dice en este sentido en relación con los contratos a los que se refiere la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo, aunque quizás se cumplimenta dicho requisito en el momento de solicitar las ayudas a las que da lugar dicha

Se podría haber optado por incluir un precepto análogo al art.5 del RD 1.424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del servicio de hogar familiar, en el cual se excluye expresamente la aplicación de lo dispuesto en el art.16,1º ET, "sin perjuicio de la prohibición de las agencias privadas de colocación". Si bien es cierto que para entender excluido al trabajador de alta dirección de la aplicación de determinadas normas laborales no es necesaria dicha referencia expresa de su normativa específica, dado el distinto sistema de fuentes reguladoras que contienen una y otra normativa específica.

Así es, puesto que, como ya se ha dicho, para el directivo, en defecto de remisión expresa, juega la supletoriedad de la normativa civil o mercantil, mientras que en el caso del servicio de hogar familiar, por la disposición adicional del RD 1.424/1985 se declara la supletoriedad de la normativa laboral común, "en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación...".⁷

A lo anterior hay que añadir un argumento histórico que es la exclusión expresa del directivo de la normativa contenida en

contratación indefinida, tal y como se establece en el art.2º a) de la Orden de 6 de agosto de 1992 por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de las ayudas por el fomento de la contratación indefinida establecidas en la citada Ley, que exige la presentación en la correspondiente Oficina de Empleo ante la que se solicita la ayuda, del contrato de trabajo que da lugar a la subvención formalizado por cuadruplicado; finalmente también las normas reguladoras de algunas de las relaciones especiales establecen dicho requisito: art.2,1º RD 1438/1985, de 1 de agosto, sobre la relación laboral especial de los representantes de comercio, RD 1.368/1985, de 17 de julio, sobre la relación laboral especial de los minusválidos colocados en Centros Especiales de Empleo, RD 1.006/1985, de 26 de junio, sobre relación laboral especial de los deportistas profesionales, y el RD 1.435/1985, de 1 de agosto, sobre relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

⁷QUESADA SEGURA, R. El contrato de servicio doméstico. Madrid. La Ley, 1991, p.93.

la Ley de Colocación obrera de 10 de febrero de 1943 (art.7) y Reglamento de 9 de julio de 1959 (art.57).⁸

Esto puede significar que no sólo se elimina la necesidad de dar cumplimiento a ciertas exigencias de carácter formal en cuanto al procedimiento de selección y contratación del alto directivo, sino que ni siquiera surge la necesidad de utilizar los cauces públicos para llevarlas a cabo, siendo habitual la formulación de la solicitud de este tipo de personal a empresas especializadas, precisamente, en la selección del mismo.

La reciente jurisprudencia del TJCE ofrece aún otro punto de apoyo a esta tesis. En efecto, en la sentencia Höfner y Elser de 23 de abril de 1991, se considera comprendida dentro de las prácticas incompatibles con el mercado común, en el sentido del art.86 TCEE, la prohibición en la legislación interna sobre empleo de las **empresas privadas de selección de personal directivo**, cuando se dan determinadas circunstancias.⁹

Sin embargo, en el derecho interno subsiste la prohibición de existencia de empresas de trabajo temporal y agencias privadas de colocación para la mediación en la contratación de trabajadores por cuenta ajena, que se desprende del juego de los arts. 16,2º y 43 ET, 28,1º de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social y 40,2º de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, básica de empleo. Por eso la doctrina es inflexible en la afirmación de la aplicabilidad también a los trabajadores de alta dirección de la prohibición de mediación privada a través de las agencias privadas de colocación, como norma de policía.¹⁰

⁸SALA FRANCO, T. La relación laboral de los altos cargos...cit., p.40.

⁹Vid MARTIN VALVERDE, A. "La jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1991)", en Derecho de los Negocios, octubre, 1992.

¹⁰FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F./RODRIGUEZ PIÑERO, M. loc.cit., pp.25 y 26.

2.- Procedimientos típicos y habituales de selección.

Cuando se comentaba el origen de la confianza que se erige en elemento fundamentador de esta relación especial se indicó que lo habitual es que el empresario o la sociedad titular de la empresa que desea reclutar un trabajador de alta dirección, trate de hacerlo sobre la base de un previo conocimiento de las habilidades y aptitudes de éste, o de los resultados previamente acreditados por el mismo, lo que da lugar al "fichaje" del trabajador de alta dirección.

Esta circunstancia puede producirse por dos vías distintas. La primera, si el directivo es contratado externamente mediante la contactación previa con la empresa a través de canales distintos de los que proporcionan los servicios públicos de empleo, como se ha visto. Estos canales pueden ser la prensa especializada, la mediación de agencias privadas de "selección", generalmente también dedicadas profesionalmente a la intervención en la selección para la contratación por otras empresas de este tipo de personal, o la rotación del alto directivo por distintas empresas, que pueden pertenecer o no la mismo grupo empresarial¹¹. Estas vías de selección y contratación de directivos se pueden advertir cada vez con mayor frecuencia a través de los medios de comunicación. En un reciente recorte de prensa aparecido en la sección de economía de un diario de ámbito nacional se ha podido tener conocimiento de la existencia de una compañía "cazatalentos" dedicada, precisamente, al **arrendamiento** de ejecutivos senior experimentados y con antecedentes de éxitos alcanzados en otras compañías, para su empleo por un tiempo determinado por empresas medias o con dificultades, multinacionales en proceso de adquisición de una sociedad española, sociedades en procesos de diseño de planes estratégicos o de viabilidad, empresas del sector público o compañías de nueva

¹¹MARTINEZ MORENO, C., "La circulación de los trabajadores entre las empresas de un mismo grupo y los derechos de antigüedad", en REDT, nº51, 1992, p.82.

creación que precisen de alguien con conocimientos especializados en algún tipo de sector o producto. La compañía Seeliger y Conde proporciona el directivo, "evitando los costes laborales" y garantizando el riesgo económico que pueda derivarse de la actuación del directivo y la sustitución del ejecutivo si ello resulta necesario dentro de los 12 primeros meses de actividad del mismo. Finalmente, se afirma lo extendido de estas prácticas en EEUU y algunos países de la CEE.

La segunda vía, la constituiría el mecanismo de la promoción, del que nos vamos a ocupar en el apartado siguiente.

Pero antes, debe indicarse que esta posibilidad enlaza con la facultad empresarial de libre designación de los trabajadores que es común a los puestos de alta dirección y a los de confianza en general, y de la que ya hemos tomado cuenta en el capítulo anterior al referirnos a las más amplias facultades empresariales en relación con los puestos de confianza¹².

En este sentido pueden traerse a colación diversos ejemplos contenidos en la normativa sectorial: el primero de ellos se encuentra en la normativa sobre la profesión periodística y, en concreto, en el art.36 del Reglamento de 1971 -aunque derogado por la O.L. de Prensa de 1976- en el que se establecía que el nombramiento del redactor jefe, al igual que el del jefe de Sección, será de "libre designación de la empresa, e interna propuesta por el director de la publicación". Y ello es así, aún siendo la del jefe de redacción una relación laboral común.¹³ Asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley de Prensa de 1966 establece como "postulado fundamental" la libre designación del Director, facultad que luego recoge en su art.40.¹⁴

¹²Vid. *supra*, capítulo tercero, apartado VI,3.

¹³ S.TS. de 18 de diciembre de 1987 (cit.).

¹⁴ALONSO GARCIA, B. *op.cit.*, pp.16,19 y 21; SORIA, Carlos, *op.cit.*, pp.71 y ss.

Un segundo ejemplo lo constituye la normativa reguladora de la prestación de servicios del personal directivo y de los cargos de confianza de las Entidades Gestoras e Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, en la que se advierte la presencia de idénticas potestades empresariales¹⁵.

Esto mismo se observa en el caso de los sucesivos convenios colectivos del Banco de España, que incorporan un sistema de promoción "horizontal" de sus empleados del grupo directivo, para cuya aplicación, sólo en relación con las comprendidas entre la undécima y la décimocuarta categoría es de aplicación un mecanismo tasado para la empresa contenido en un Manual de aplicación, mientras que en relación con las cuatro primeras, referidas al personal de alta dirección, rige un sistema de libre designación por tratarse de personal de especial confianza. En la resolución de un conflicto colectivo planteado por el Comité Nacional del Banco sobre la necesidad de utilización del mencionado Manual para las evaluaciones de las primeras cuatro categorías, la Audiencia Nacional llega a la conclusión de que "no constituyen un colectivo homogéneo y por ello el distinto sistema de evaluación a efectos del complemento de desempeño no encierra una discriminación...". Para llegar a esta solución la AN entendió que se trataba de distintos colectivos a los que se encomienda el ejercicio de funciones muy variadas -económicas, informáticas, políticas, monetarias, etc...-, lo que ofrece una seria dificultad para someterlos a las mismas normas sobre valoración del trabajo¹⁶. Obsérvese que el argumento enlaza perfectamente con lo que se dijo en el capítulo anterior sobre la heterogeneidad del colectivo de altos cargos y la dificultad de utilizar criterios profesionales uniformes para encuadrarlos

¹⁵PENDAS DIAZ, B. "El régimen jurídico del personal al servicio de las Entidades Gestoras, Servicios, Intervención General e Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social", en Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo, Madrid, Universidad Complutense, 1980, pp.415 y ss.

¹⁶S.AN. (Sala de lo Social) de 30 de enero de 1992 (A.L. nº 20, 1992, r.549, p.1184).

en los grupos o categorías profesionales tradicionales y aplicarles la normativa laboral teniendo en cuenta dicho encuadramiento profesional¹⁷.

Y finalmente, en el Convenio General del Sector de la Construcción, al que ya nos hemos referido en alguna ocasión¹⁸, se prevé el ejercicio de idénticas facultades por el empresario en su art.54, primer párrafo, en relación con el ascenso "a tareas o puestos de trabajo que impliquen mando o especial confianza", pero también del "descenso" de los mismos. Esta previsión retoma la contenida en el art.69 de la Ordenanza y refleja las facultades organizativas a las que se refiere el art.24 ET¹⁹.

Estas facultades de libre designación del empresario respecto del personal de confianza, referidas específicamente al alto directivo, van a tener importantes consecuencias en torno a la posible aplicación de las previsiones de los arts. 23 y 39 ET con el fin de reclutar personal para ocupar puestos de alta dirección, y a la inversa, para remover al trabajador de dichos puestos, en cuyo caso también cabría plantearse la duda acerca de la aplicabilidad, en relación con las consecuencias de dicho cambio funcional, de las previsiones del art.50 ET. Pero estas cuestiones se retomarán más adelante en el apartado correspondiente a las facultades empresariales de variación en el trabajo de alta dirección²⁰.

3.- La contratación de extranjeros para puestos de alta dirección. .,

¹⁷Vid. supra, Capítulo Tercero, epígrafe VI,2. El personal directivo como categoría o grupo profesional.

¹⁸Vid. supra, capítulo primero, apartado VIII,3.

¹⁹GARCIA MURCIA, J., "Capítulo VI. Promoción en el trabajo", en Comentarios al Convenio General de la Construcción...cit., p.236.

²⁰Vid. infra, epígrafe VII.

Una última cuestión a la que se puede hacer referencia en este punto se encuentra en la normativa sobre contratación de trabajadores extranjeros. En concreto sobre la necesidad de obtener el correspondiente permiso de trabajo para poder contratar válidamente en nuestro país, en virtud de un contrato de trabajo.

El art.18,3,i) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE, 3 de julio), establece una preferencia para la obtención y renovación del permiso de trabajo en favor de los extranjeros que vayan a ser contratados para ocupar un puesto de confianza, entendiéndose por tal los que se refieran a personas que legalmente ejercen la representación de la empresa o a favor de quienes se haya extendido un poder general. Esta preferencia se reitera en el art.38,3,b) del Reglamento de ejecución de la mencionada Ley Orgánica,²¹ en el que se considera factor preferencial a valorar para la concesión o renovación de los permisos de trabajo el hecho de tratarse de un puesto de confianza en el sentido anteriormente citado. En relación con esta circunstancia no se considerará la situación nacional de empleo como condicionante para el otorgamiento de los permisos de trabajo, de apreciación discrecional por la Administración, y en los supuestos que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Esta normativa que otorga un trato preferencial a los extranjeros que vayan a ocupar un cargo de confianza en materia de concesión de permisos de trabajo resulta coherente con la especial vinculación del trabajador de alta dirección con la persona o personas que ostenten la titularidad de la empresa; es un reflejo más de los efectos de aquella nota de confianza.

Pero también es necesario poner de manifiesto la discordancia entre las personas a las que se refieren las normas de referencia y el concepto estricto de alto cargo o trabajador

²¹Aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo (BOE, de 12 de junio, corrección de errores, BOE de 23 de julio).

de alta dirección. Adviértase que la L.O. de extranjería da relevancia a la hora de delimitar lo que ha de entenderse, a los efectos en ella prevenidos, por cargo de confianza, y utiliza unos criterios extremadamente formalistas, la representación legal y el apoderamiento, que, como ya se ha puesto de manifiesto, no son determinantes para la configuración de un contrato especial de alta dirección.

Por otro lado, tampoco se corresponde exactamente con lo que habitualmente se entiende por cargo de confianza, como denominación que se emplea para designar a un colectivo más amplio de trabajadores que el de los altos directivos y el de las personas a las que se refiere la normativa sobre extranjeros.

Aún así, y a pesar de estas disparidades puestas de relieve, desde luego que ha de tenerse en cuenta esta preferencia y flexibilización de los requisitos administrativos, nuevamente, para la contratación de trabajadores seguramente pertenecientes al grupo al que se refiere el presente estudio.

III.- UNA VIA ESPECIAL DE SELECCION: LA PROMOCION A PUESTO DE ALTA DIRECCION.

Esta materia justifica un apartado específico, dado que se trata de una de las cuestiones más extensa y detalladamente tratadas por la normativa contenida en el RDAD desde el punto de vista técnico-jurídico. También porque es una de las que más problemas ha planteado en la aplicación práctica del régimen jurídico de esta relación, junto con la extinción del contrato de alta dirección, materia con la que, por otro lado, presenta intensos puntos de contacto.

1.- Los precedentes jurisprudenciales y su recepción normativa.

En relación ya con el tema de la promoción, hay que comenzar diciendo que una consolidada doctrina jurisprudencial anterior

al RDAD había considerado que el trabajador común al que se ocupaba en tareas de alta dirección no veía por ello rota su relación originaria de trabajo con la empresa, sino que ésta quedaba en período de inactividad o "letargo" hasta que, cesado en el puesto directivo, "cobrara, sin solución de continuidad... vida y eficacia...".²²

Posteriormente fue la normativa sectorial la que empezó a incorporar la regulación de una situación equivalente a la excedencia para dar solución y encaje jurídicos a estas prácticas. Se suman estas previsiones a aquellas otras que contemplan el mantenimiento de la protección otorgada por las normas sectoriales respecto de los trabajadores que accidental o parcialmente asuman funciones de dirección.²³

La regulación contenida en el art.9 RDAD acoge esta postura y se inclina por dar preferencia, salvo acuerdo en contrario, a la mera suspensión del contrato de trabajo ordinario en virtud del cual se encuentra vinculado a la empresa el trabajador que es nombrado o designado para ocupar el puesto de alta dirección. Bajo la denominación de "promoción interna" se regulan las consecuencias de la adscripción del trabajador común a dicho puesto, la principal de las cuales es la posibilidad de ejercitar la opción por el retorno a la relación originaria. También se regulan ciertas garantías en cuanto a la percepción de las indemnizaciones que procedan en el caso de la extinción de la relación especial y se articulan las consecuencias de un supuesto específico de extinción de ambas relaciones, basado en el despido disciplinario procedente del trabajador directivo.

Como garantías añadidas se exige la formalización por escrito como requisito "ad probationem" y se prevé que en caso de pacto sobre la extinción de la relación común, éste demore su

²²S.TS. de 20 de marzo de 1985 (R.1352).

²³O.L. de Empresas de Transportes por carretera (Orden de 20 de marzo de 1971);

efectividad en un plazo de dos años.²⁴

Esta trayectoria jurisprudencial, y su recepción normativa, encuentra su fundamento en la no aceptación de la posibilidad de simultanear la prestación, para un mismo empresario, de servicios que impliquen la realización de tareas técnicas de naturaleza ordinaria con el ejercicio de funciones de alta dirección. Dicho en términos más llanos: se quiere impedir la situación de que una misma persona sea superior jerárquico y subordinado al mismo tiempo. Esta "incomunicabilidad" de ambas situaciones se mantiene sobre la base de que "el reconocimiento de dos relaciones de trabajo paralelas con el mismo empresario resulta artificiosa, e incluso conceptualmente difícil de admitir...".²⁵

Por otro lado, también se observa en la regulación de esta institución una finalidad de protección de los intereses del trabajador común, en el sentido de garantizarle la estabilidad en su puesto de trabajo originario y, consecuentemente, que el empresario no utilice sus facultades de libre designación de los trabajadores para ocupar puestos de alta dirección como una forma de debilitar dicha estabilidad del trabajador. Es precisamente dicha finalidad la que, en general, persigue la institución

²⁴FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., criticando el término "opción", que utiliza el R.D. puesto que en todo caso al tratarse de una mera suspensión, el trabajador conserva, salvo las excepciones referidas, el derecho a retornar a la relación común (p.28); SALA FRANCO, T. Op.cit., que atribuye mero carácter declarativo a la forma escrita y entiende que prima la estabilidad en el empleo para no utilizar la promoción con intenciones fraudulentas (pp.85-87).

²⁵S.TS. de 31 de enero de 1991 (R.200), añade el Tribunal que "...al partir del presupuesto poco realista de que quien presta determinados servicios referentes a los objetivos generales de la empresa "con autonomía y plena responsabilidad"... pueda prestar al mismo tiempo otros servicios en la misma organización de trabajo "dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona..."; S.TS. de 10 de noviembre de 1989 (R.8034) sobre el carácter meramente suspensivo de la promoción, en ausencia de pacto.

suspensiva.²⁶

2.- Suspensión de la relación común e incidencias en la relación especial.

Aparte de la novedad que supone la contemplación normativa del grupo de empresas como ámbito dentro del cual puede producirse la promoción y movilidad del directivo,²⁷ en la actualidad, la mayoría de las cuestiones que suscita la aplicación de este precepto del RDAD y de los problemas interpretativos que se plantean en torno a esta institución prevista específicamente en el mismo se centran en el número 3 del referido art.9, en el que se prevé el ejercicio por el trabajador de la opción de retorno a la relación laboral común anterior, que permanece subyacente y en suspenso en tanto se ocupa y desempeña el cargo de alta dirección.

En concreto, uno de dichos problemas se centra en la determinación del momento idóneo para ejercitar dicha opción, dado que en la dinámica de ambas relaciones superpuestas entre el alto directivo y la empresa pueden darse distintas incidencias que se manifiesten y exterioricen a través de sucesivos y distintos comportamientos tanto empresariales como del propio directivo, y que dificulten la determinación del sentido y virtualidad de una decisión y, consecuentemente, del momento en que debe entenderse extinguida una u otra relación.

La posibilidad de retorno del trabajador promovido a alto directivo a su relación común originaria o de procedencia se asienta sobre la premisa del ejercicio por el empresario de su facultad de desistir de dicha relación especial, y se produce en

²⁶VIDA SORIA, J. "Suspensión del contrato de trabajo", Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo IX, Vol.1º, Madrid, Edersa, 1983, p.33.

²⁷FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.27; MARTINEZ MORENO, C. "La circulación de los trabajadores entre las empresas de un mismo grupo...loc. y pág.cit.."

dos supuestos. El primero, en el caso de que no se hubiese pactado la extinción de la relación laboral común anterior, sino su suspensión. El segundo, en el caso de que, aun habiéndose pactado la extinción con carácter diferido de dicha relación común, el desistimiento se produce antes de transcurrido el plazo de dos años a que se refiere el art.9,2º RDAD²⁸. Esta afirmación, a su vez, se basa en la virtualidad extintiva de la relación de alta dirección que se reconoce a tal decisión empresarial de desistir de la misma.

Es en ese momento, cuando el trabajador tiene la posibilidad de optar por la reconstrucción de la relación común, careciendo de eficacia la pretensión de hacerlo si media otro tipo de actuación, tendente a romper también el vínculo anterior a través del ejercicio de acciones de resolución del contrato basado en el incumplimiento del empresario, o el mero desistimiento o abandono del propio trabajador, por tanto sin necesidad de preaviso alguno y sin acuerdo final extintivo.²⁹

Sin embargo, cabe preguntarse por las consecuencias que a estos efectos pueda tener la reclamación formulada por el trabajador contra la decisión extintiva del empresario respecto de la relación especial. En este sentido, la solución dependerá de la virtualidad que se le otorgue a la facultad de desistimiento, por un lado, y a la decisión de despedir, por otro, para extinguir **per se** la relación laboral especial, independientemente de la calificación que se otorgue a tales decisiones por el juzgador.

Aunque parece predominar la tesis que reconoce tal virtualidad extintiva a las decisiones empresariales antedichas, la solución no es tan clara y unánime en relación con el despido declarado nulo. Sobre estas cuestiones se volverá a tratar en el

²⁸FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.27.

²⁹S.TS. de 27 de marzo de 1990 (cit.) y en la doctrina SALA FRANCO, T. Op.cit., p.87.

apartado dedicado a la extinción del contrato del alto directivo.

En alguna ocasión, se ha planteado el problema acerca de la posible caducidad de la acción de despido ejercitada por el trabajador como consecuencia de la negativa al reingreso en la relación común, con base en la falta de ejercicio de la opción a que se refiere el art.9,3º RDAD, y estando pendiente la resolución de la reclamación por despido en la relación especial. El TS en relación con esta cuestión argumentó que el momento idóneo para la solicitud del reingreso en la relación común era el de la cesación en la relación especial "y, precisamente, este extremo no se produce en tanto no se resuelve... (dicha reclamación).³⁰

Sin embargo también se ha precisado que tratándose de dos relaciones distintas, también las acciones ejercitables discurren por caminos independientes, hasta el punto que ante la posible coincidencia de dos reclamaciones, una por la extinción de la relación especial y otra por la falta de reincorporación en la relación común, no sería invocable la excepción de litispendencia, ni, en su caso, la de cosa juzgada.³¹

En otro supuesto semejante, se pretendió aplicar a la reincorporación el plazo previsto en el art.45 ET para las demás causas suspensivas, pero se entendió que aunque el art.15,2º RDAD se remite efectivamente a las causas enumeradas en dicho precepto estatutario, la causa específica consistente en la promoción a alto cargo del trabajador está contemplada en el art.9 RDAD, que no se remite al ET. Además de aducir razones de fondo, como que

³⁰S.TS. de 31 de enero de 1991 (cit.) en relación con la existencia o no de plazo para ejercitar la opción, se determinó la aplicación del de 20 días previsto en el art.209 de la LPL de 1980.

³¹S.TS. de 26 de febrero de 1990 (R.1231); ya en la S.TS. de 27 de septiembre de 1989 (R.6531) se había señalado la existencia de dos acciones diferentes e independientes, aunque se refería al cese en un cargo de confianza, en concreto, un Jefe de Máquinas. Vid IGLESIAS CABERO, M. Op.cit.,, p.107.

los plazos del ET se refieren a situaciones suspensivas que se desarrollan fuera del ámbito empresarial, mientras que el trabajador promovido a alto cargo ejercita las funciones inherentes a dicho cargo en la misma empresa para la que originariamente presta sus servicios como trabajador común. La reincorporación debe ser, pues, inmediata.³²

Un problema parecido se plantea en el supuesto exceptuado en la propia norma a la posibilidad de ejercicio por el empleado de la opción reconocida en ella. Esto es, el supuesto de despido disciplinario declarado procedente, dado que en ese caso se extingue tanto la relación especial como la común latente. La duda se plantea en torno a la posibilidad de ejercitar la opción en tanto se califica judicialmente el despido.

Parece que la solución a este interrogante, no sólo si se opta por una interpretación finalista y no literal del precepto, sino también por el mantenimiento de la extinción de la relación en el momento de la misma decisión empresarial, será la negativa a la necesidad de esperar al pronunciamiento jurisdiccional y, por tanto, la imposibilidad de que entre tanto el trabajador opte por mantener la vigencia de la relación común.³³

Por otro lado, se ha puesto de manifiesto la discordancia existente entre los supuestos extintivos en la relación común en comparación con la relación especial de alta dirección. En efecto, la situación personal y de servicio del trabajador de alta dirección en la empresa, la singular posición que ocupa y la especial trascendencia de la buena fe y recíproca confianza como fundamento de su relación obligatoria, hacen que,

³²S.TS. de 30 de junio de 1990 (R.5550).

³³Por la interpretación finalista se pronuncia SALA FRANCO, T. opc.cit., p.87.

precisamente, en materia de extinción del contrato del alto directivo sea donde mayores diferencias se pueden advertir respecto de la regulación común. Concretamente en relación con el despido disciplinario es fácil llegar a la conclusión, como por otro lado se advertirá en relación con la configuración de la transgresión de la buena fe contractual como incumplimiento grave y culpable del trabajador, de la distinta valoración y ponderación de las consecuencias del comportamiento del trabajador común y directivo. En conclusión, lo que sirve para justificar la procedencia de un despido de un alto directivo, puede que no merezca la misma valoración en una relación común, valoración que debería poder llevar a cabo el juzgador, utilizando la posibilidad de apreciación de la improcedencia del despido respecto de la relación ordinaria y proponiendo la imposición de otra sanción distinta, de menor entidad.³⁴

A esta discordancia hay que añadir las particulares características que va a tener la calificación del despido del alto directivo a efectos de su repercusión sobre la relación común. En concreto, la no procedencia de dicho despido, como acto extintivo cuyas consecuencias recaen no sólo sobre la relación especial, sino también sobre la común que se halla en suspenso, acarreará seguramente la nulidad de dicho despido respecto de la relación común, ex art.55,6º ET.³⁵

Sobre si el trabajador directivo que retorna a la relación común podría hacerlo no a su puesto de origen o procedencia sino a otro de análogas características, cabría adoptar la misma solución que si se tratara de una excedencia, aunque el supuesto suspensivo es distinto y específico en su configuración y

³⁴FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit (II)., p.28 ; SALA FRANCO,T. Op.cit., p.88.

³⁵Vid también los arts. 108,2,e) y 113 LPL.

regulación. De esta forma, siendo su régimen jurídico más parecido al de la excedencia forzosa que al de la voluntaria, y de la misma manera que ocurre con los demás supuestos de suspensión en los que al trabajador se le reserva el puesto de trabajo, habría que entender que su derecho a reintegrarse en la relación común, lo es en el mismo puesto que ocupaba antes de producirse la promoción a alto directivo, y no en otro, y con las mismas condiciones de trabajo.³⁶

Finalmente, en torno al cómputo del tiempo transcurrido en una y otra relación a efectos de antigüedad³⁷, el citado principio de incomunicabilidad impediría en principio computar conjuntamente ambos períodos. Sin embargo, teniendo en cuenta que la antigüedad se refiere al tiempo que el trabajador ha estado vinculado a la empresa, más que a la antigüedad en el ejercicio de las mismas funciones o puesto de trabajo, parece que debería resolverse este interrogante en sentido afirmativo.

El cómputo de la antigüedad en cada uno de los supuestos que se pueden contemplar opera en la siguiente forma:

a) para el trabajador común que es promovido a alto directivo optándose por la extinción de la primera relación, se computará conjuntamente al finalizar su relación especial el tiempo que hubiere transcurrido en ambas relaciones.

b) para el trabajador promovido a alto cargo con mera suspensión de la relación común a la que retorna tras la extinción de la relación especial, se computarán conjuntamente

³⁶VIDA SORIA, J. loc.cit., p.135.

³⁷Problema distinto del que se refiere al tiempo de servicios a efectos de cálculo de las indemnizaciones por extinción de una u otra relación, que se tratará en el apartado correspondiente del capítulo siguiente.

los períodos de tiempo transcurridos en la relación común inicial, el tiempo durante el cual ésta estuvo en suspenso por ocupar el puesto de alta dirección y el tiempo que transcurra una vez retornado a su puesto de origen y hasta tanto se produzca la extinción de dicha relación.³⁸

En todo caso, también es una materia cuya concreción puede quedar al arbitrio de las partes, ya que el art.9 R.D. nada dice al respecto.³⁹

3.- Algunas particularidades de la normativa sectorial.

Un reciente e ilustrativo ejemplo de una cláusula semejante se contiene en el Convenio General del Sector de la Construcción de 1992, al que se acaba de hacer alusión. En el art.14,3º tras haber procedido a la exclusión del ámbito personal del convenio del personal directivo (nivel I), se establece una reserva en torno al personal que haya accedido a dicho nivel en virtud de promoción interna, consistente en una limitación de dicha exclusión de dos tipos: una temporal, que se traduce en que la exclusión sólo durará el tiempo que el trabajador permanezca en el puesto directivo al que es promocionado, por lo que el convenio le será nuevamente aplicable en su plenitud cuando se

³⁸CAMPS RUIZ, L.M. "Antigüedad", en Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo V, Madrid, Edersa, 1985, pp.366 y 372.

³⁹FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.28; SALA FRANCO, T. Op.cit., aunque distingue entre los supuestos de cómputo de la duración de la relación común anterior en la relación especial -en principio rige la "incomunicabilidad", salvo pacto-, y el del cómputo de la duración de la relación especial en la común a la que se regresa, sobre la que entiende aplicable la jurisprudencia sobre cómputo conjunto del tiempo de servicios en la empresa, con independencia de la forma, categoría o adscripción del trabajador...(p.89).

En contra del cómputo conjunto, vid IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.80.

produzca el retorno al puesto de origen; y otra de carácter material u objetivo, que implica la exclusión sólo en relación con las cláusulas que contemplen condiciones "que deriven exclusivamente del mismo". La falta de claridad de esta cláusula ya ha sido puesta de relieve por los comentaristas del citado CGSC⁴⁰, aunque más que falta de claridad el precepto aludido contiene una previsión contradictoria, puesto que si los trabajadores que ocupen puestos del nivel I están excluidos del convenio es previsible que en el mismo no se regulen los aspectos referidos a dichos puestos, lo que significa que difícilmente serán excluibles las cláusulas que se refieran al aludido nivel en relación con los trabajador que lo ocupan por promoción. En todo caso, más importante que determinar el alcance del precepto convencional a efectos de excluir la aplicabilidad de ciertas previsiones contenidas en el mismo, resulta destacar el mantenimiento del resto de las cláusulas que regulen aspectos de la relación que permanece latente, en suspenso, mientras el trabajador ocupa el puesto directivo.

IV.- EL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION.

En este apartado se van a examinar los aspectos estáticos o estructurales del contrato de trabajo del alto directivo, en concreto los que hacen referencia a la forma del mismo y a su contenido, partiendo de las escasas imposiciones que al respecto se contienen en el RDAD y, por ello, de la consideración de que será en la práctica empresarial, que puede variar en cada ámbito sectorial o incluso en cada empresa o grupo empresarial, en donde

⁴⁰VALDES DAL-RE, F., "Capítulo II. Condiciones generales", en Comentarios al Convenio General de la Construcción...loc.cit., el autor concluye que, en cualquier caso, el "suelo mínimo de la exclusión" lo constituirán las normas relativas a la ordenación y prestación de trabajo, a las tablas de rendimiento, a las percepciones económicas y a la movilidad, funcional y geográfica (p.81).

se perfilar completamente estos aspectos, por ejemplo a través del diseño de contratos tipo que podrían llegar a funcionar como contratos de adhesión.

1.- La forma del contrato: regla general y particularidades.

Ya se ha indicado que no es determinante a efectos de calificación de la relación laboral como común o especial la forma que adopte o el *nomen iuris* que le atribuyan las partes al celebrarlo, sino que tiene preminencia la verdadera sustancia del mismo y la naturaleza de las funciones encomendadas y efectivamente desempeñadas por el trabajador⁴¹.

Sin embargo también se ha puesto de manifiesto que el contrato escrito y las cláusulas que en él se hayan incluido pueden constituir un dato indiciario de gran ayuda a la hora de dicha calificación. Por tanto la forma escrita, tanto si se trata de designación originaria del directivo, como de promoción, se erige en requisito "*ad probationem*", más que "*ad solemnitatem*".⁴²

Pero dicho esto, es necesario plantearse determinadas cuestiones referentes a la forma del contrato, que presenta características peculiares en esta relación laboral especial.

41

⁴²FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, *loc.cit.*, p.26; IGLESIAS CABERO, M. *op.cit.*, p.72; SALA FRANCO, T. *opc.cit.*, pp.37 y 38; Vid. SEMPERE, NAVARRO, A.V., "Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1990. S.TS. de 14 de febrero de 1990 (R.1086), además de todas las citadas supra, en el Capítulo II.

En primer lugar, la existencia de algunos supuestos específicos, en relación con los cuales el R.D. hace necesaria la formalización por escrito, también como requisito **ad probationem**. Se trata de la posibilidad de fijación de una duración determinada del contrato del alto directivo (art.6 R.D.), cuya omisión sólo provoca la presunción de la duración indefinida del mismo; la autorización del pluriempleo del directivo (art.8,1º), aunque también puede ser tácita; del nombramiento del directivo en virtud de la promoción desde una relación común, así como la opción por la extinción diferida de dicha relación de procedencia (art.9,1º y 2º), en cuyo caso la omisión de la forma hará entrar en juego la previsión del R.D. sobre la preferencia por la suspensión de la relación común; y el preaviso superior a tres meses con un máximo de seis en los casos de desistimiento del directivo en contratos por tiempo indefinido y de duración superior a cinco años (art.10,1º).

En segundo lugar, es conveniente poner de relieve como el RDAD, en relación con materias o instituciones en relación con las cuales la normativa común ha exigido forma, incluso como requisito esencial, ha omitido referencia alguna al respecto. Es el caso particular del período de prueba (art.5 RDAD) y del pacto de permanencia en la empresa (art.8,2º), a diferencia de sus homólogos en la normativa común (art.14,1º y 21,4º E.T.).

No se establece previsión expresa sobre la formalización de otros pactos que constituyen el contenido posible del contrato de alta dirección como se verá en el epígrafe siguiente, sino que sólo se establece la posibilidad de incluirlos en virtud de la autonomía de la voluntad de los contratantes, en defecto de lo cual el RDAD prevé la aplicación de las consecuencias que, con carácter supletorio, en él mismo se recogen. Tal es el caso particular del pacto de no competencia futura (art.8,3º RDAD), de los pactos indemnizatorios en los distintos supuestos de

extinción del contrato de alta dirección (arts.10,3º, 11,1º y 2º).

Finalmente, hay cuestiones relativas al régimen jurídico y contenido del contrato que, por remitirse a la propia autonomía de la voluntad de las partes será imprescindible que consten en el citado contrato, aunque el RDAD no especifica nada en relación con la forma, seguramente porque ya prevé que el contrato se formalice por escrito. Cuestiones relativas al salario del directivo -aunque este forma parte del contenido mínimo del contrato ex art.4,2º RDAD como se verá-, al tiempo de trabajo, a las causas de suspensión, al régimen disciplinario aplicable al alto directivo, etc. Esto es aplicable también a alguno de los supuestos mencionados con anterioridad.

Por otra parte, de la misma manera que ocurre con el contrato ordinario, el contrato del alto directivo puede ser **presunto**, en la medida en que concurren la presunción de laboralidad del art.8,1º ET y las características especiales del trabajo de alta dirección del art.1,2º RDAD.⁴³

2.- Deberes de información y notificación.

Otra cuestión claramente conectada con esta que se acaba de tratar sería la referente a la también exclusión de los altos cargos que lleva a cabo el art.1º,1. párrafo 1º de la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, en relación con la entrega de la copia básica del contrato a los representantes legales de los trabajadores.

⁴³IGLESIAS CABERO, M. op.cit., p.72; SALA FRANCO, T. Op.cit., p.37.

En efecto, la contratación del personal de alta dirección, aun siendo un contrato que debe formalizarse por escrito -aunque la forma en este caso no se configure como requisito **ad solemnitatem**-, sin embargo no hace surgir la obligación de remitir o hacer entrega a los representantes de los trabajadores de la referida copia básica, aunque sí se establece un deber empresarial de notificación a éstos que, seguramente, no implica sino la toma de referencia por parte de aquéllos de la celebración del contrato y, sobre todo, la identificación del trabajador que va a ocupar dicho puesto de alta dirección, no exigiendo la referencia al contenido puntual del mismo, al menos en el mismo sentido y con la misma extensión que la copia básica.⁴⁴

Esta exclusión puede obedecer a dos motivos diferentes. Por un lado la razón de ser de este tratamiento diferencial en relación con los demás contratos que exigen forma escrita está en la misma finalidad de la norma prevista en la Ley 2/1991, en el art.1º,1,párrafo 2º, que es la comprobación de la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente, o dicho de otro modo, la fiscalización por parte de los representantes legales de la plantilla acerca del cumplimiento de la normativa

⁴⁴ALONSO OLEA,M/CASAS BAAMONDE,MºE. Derecho del Trabajo...cit.,p.183; GARCIA FERNANDEZ,M. "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", en Revista de Trabajo nº 100, cit., p.248; MOLERO MANGLANO,C. "La incidencia de la ley sobre los contratos de alta dirección", en R.T. cit., que estima que el contenido de la notificación debería hacer referencia a la identificación del directivo, la naturaleza del contrato como de alta dirección y el área funcional y de responsabilidad del directivo (p.368 y 370); PEREZ AMOROS,F. "Consideraciones sobre el derecho de información de los representantes legales de los trabajadores en la empresa sobre la celebración de nuevos contratos", en Revista de Trabajo,nº 100, p.278; SAGARDOY BENGOCHEA,J.A./GIL Y GIL,J.L., "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", en Revista de Trabajo nº 100, p.30.

estatal y convencional sobre las condiciones laborales de carácter mínimo e inderogable. Y ello es lógico, en la medida en que en relación con este personal, como ya se ha dejado apuntado, tiene mayor virtualidad el contrato individual en la fijación de dichas condiciones y la concreción de los derechos y deberes de las partes, que la que viene atribuída a aquélla normativa, pues es de discutida virtualidad el papel que juega la normativa de derecho necesario como sistema de garantías de los derechos del trabajador de alta dirección.⁴⁵

Por otro lado, también cobra sentido dicha reducción del papel tutelar de los representantes legales de los trabajadores en relación con un colectivo excluído del ámbito de representación que ostentan los sujetos a los que la ley otorga dicha facultad de intervención en relación con el personal de la empresa o centro de trabajo.⁴⁶

Desde este último punto de vista cabría preguntarse en qué medida tienē sentido incluso la mera notificación. La respuesta podría encontrarse más en el propio interés del órgano de representación y, consecuentemente de la plantilla de la empresa o centro de trabajo, que en el del trabajador de alta dirección. La utilidad de dicha comunicación sería la de poner en conocimiento de los representantes de los trabajadores la incorporación a la empresa de un alto directivo con el que seguramente, en el futuro, habrán de relacionarse en su condición

⁴⁵LOPEZ LOPEZ, J. "Tipos de contratos sobre los que incide la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores", en R.T.nº 100, cit., p.393.

⁴⁶DURAN LOPEZ, F. "Derechos de información y control de la contratación: luces y sombras de una reforma", en R.T.nº 100, cit. p.432; GALIANA MORENO, J./SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores y el control sindical de los contratos en la Ley 2/1991", R.T. nº 100, cit., p.469; LOPEZ LOPEZ, J. loc.cit., p.393.

de representante del empresario para el tratamiento de las cuestiones que queden dentro del ámbito de sus competencias y de los poderes atribuidos y efectivamente ejercitados, dada su cercanía sociológica y también jurídica a las posiciones propiamente empresariales.⁴⁷

En relación con la aplicación de la Ley 2/1991 a los altos directivos cabe añadir aún dos puntualizaciones. La primera en cuanto a la necesidad de notificación a los representantes de los trabajadores del nombramiento de un alto directivo en virtud del sistema de promoción previsto en el art.9 del RDAD Incluso el interrogante podría surgir en torno a la necesidad no ya de verificar una mera notificación, sino de cumplimentar una comunicación de mayor extensión y alcance en la medida en que el trabajador que es promovido a alto cargo es un trabajador originariamente común, procedente de la plantilla de la empresa y no contratado externamente. Por esta razón desaparecerían algunas de las razones que se han esgrimido para justificar la exclusión de las obligaciones del empresario en relación con la contratación de directivos.

La solución, en la medida que la propia Ley establece la obligación de notificar la celebración de contratos de alta dirección, debería ser afirmativa a la obligación del empresario de, al menos notificar o comunicar la promoción de un trabajador común a alto cargo. Quizá en garantía del derecho a retornar a

⁴⁷MOLERO MANGLANO, C. "La incidencia de la ley sobre los contratos de alta dirección", en lo.cit., que además pone de manifiesto otro dato respecto del cual es dudoso que deba tenerse en cuenta a estos efectos que es "...el incremento de tensión que podría suponer para las relaciones colectivas el conocimiento por la representación legal de los trabajadores del contenido detallado de los contratos de alta dirección... (por todo lo cual) ...no cabe sino estimar positivamente la exclusión operada, como manifestación realista y pragmática de la percepción del legislador." (p.368).

la relación común en caso de desistimiento del empresario, si no se optó inicialmente por la extinción de la misma, debería ser la de afirmar la existencia de un deber más intenso de dar a conocer dicha circunstancia a los representantes de los trabajadores.

Finalmente, otra cuestión es la de si surge de esta Ley la necesidad de notificar también la extinción del contrato del alto directivo. Desde luego, por todo lo argumentado inicialmente, no parece que en materia de finiquito surja ninguna obligación para el empresario en relación con la extinción del contrato del directivo. Sí quizá por lo dicho en relación con la conveniencia del conocimiento del nuevo directivo nombrado, sea también recomendable comunicar o notificar el cese del directivo.⁴⁸

Aunque se trata de una normativa peculiar y específica, cabría incluir en este apartado la probable exclusión de los trabajadores de alta dirección del ámbito de la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre. Las razones para tratar esta cuestión en este punto obedecen a la propia finalidad de dicha norma, así como al momento en que inciden las obligaciones a las que se refiere la misma, cuestiones por otro lado, claramente conectadas.

La norma comunitaria de referencia establece una serie de obligaciones a cumplimentar por el empresario en orden a la información al trabajador individual acerca del contenido "básico" de su relación laboral, seguramente con el fin de proporcionarle un instrumento de defensa y garantía de sus derechos. Estas finalidades no se cumplirían cabalmente si dicha información no se proporciona en la fase inicial del contrato, de ahí que se incluya en este apartado junto con los controles

⁴⁸MOLERO MANGLANO, C. loc.cit., pp.370-1.

públicos y colectivos a los que se somete al empresario en el momento de la celebración de ciertos contratos. Y ello a pesar de que se trata de cuestiones claramente conectadas también con los problemas sobre la forma del contrato, que se configura asimismo con un elemento con fines garantistas para las partes del mismo.

El art.1,2,b) de la Directiva posibilita la exceptuación de su aplicabilidad de los contratos "de carácter especial" siempre que, junto con las posibles excepciones por razón de la duración del contrato o del tiempo de trabajo, "existan razones objetivas que justifiquen la no aplicación".

Aunque la interpretación y determinación del alcance de dicho precepto no es fácilmente precisable, al estar incluido el calificativo "especial" junto con los trabajos de carácter "ocasional", lo que podría entenderse referido a actividades esporádicas, excepcionales, o que mereciesen calificativos semejantes, podría entenderse que en la labor de concreción que corresponde a la normativa interna en relación con las normas comunitarias que adoptan la forma de Directivas, tales trabajos podrían corresponderse con todas o algunas de las que llevan la denominación de "relaciones laborales especiales", según cumplan o no el requisito de la razonabilidad objetiva de su exclusión.⁴⁹

3.- Contenido del contrato: contenido mínimo y contenido posible.

El art.4,2º RDAD establece las menciones que, en todo caso,

⁴⁹ GARCIA MURCIA, J. / MARTINEZ MORENO, C. "La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo. Una primera aproximación a la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre", en R.L.nº8, 1992 (p.14).

deberán constar en el contrato escrito que debe formalizarse entre el empresario y el trabajador de alta dirección, a pesar de lo cual no parece que pueda interpretarse ese carácter mínimo como el establecimiento de un requisito de validez cuya omisión provoque la nulidad del contrato de alta dirección.⁵⁰

Dicho contenido mínimo está constituido por los siguientes datos: a) identificación de las partes; b) objeto del contrato; c) retribución convenida, especificando las distintas partidas, en metálico y en especie; d) duración del contrato; y e) demás cláusulas que se exigen en este Real Decreto.

Era innecesario que el RDAD exigiese expresamente la inclusión del salario, dado que éste forma parte del objeto mismo del contrato, sin embargo al hacerlo también hace hincapié en la especial relevancia de esta materia en la relación especial del personal de alta dirección. Asimismo, el desglose entre salario en metálico y salario en especie va a ser de gran trascendencia a la hora de cuantificar las distintas indemnizaciones que procederán en los supuestos de extinción de la relación laboral.

En cuanto a la última de las menciones referida a "las demás cláusulas que se exigen en este Real Decreto", no parece una expresión muy precisa o que se corresponda exactamente con los criterios adoptados por la propia norma a la que se remite.

En efecto, el RDAD es poco imperativo a la hora de encomendar a las partes la configuración y el diseño del contrato, de forma que existen más cláusulas de carácter potestativo, que otorgan a las partes la libertad para establecer los pactos que tengan por conveniente.

⁵⁰BORRAJO DACRUZ, E. "Derecho de información...loc.cit., p.420.

Así ocurre con el período de prueba (art.5); con los pactos de permanencia y de no concurrencia futura, respecto de los cuales podría dudarse incluso de la necesidad de forma escrita, dado que el Decreto sólo dice "podrá pactarse"... (art.8,2º y 3º); con la aceptación de la no exclusividad del alto directivo (art.8,1º); con la opción por la extinción de la relación común anterior en los casos de promoción (art.9,2º); con la posibilidad de pactar un preaviso superior a tres meses para el caso del desistimiento del trabajador en los contratos indefinidos y de duración superior a los cinco años (art.10,1º); con la cuantificación de las indemnizaciones (arts.10,3º, 11,1º y 2º); y con la introducción de supuestos específicos de suspensión del contrato (art.15,2º RDAD por remisión al art.45 ET).

En todos estos casos, el RDAD no impone un determinado contenido al contrato de alta dirección. Ni siquiera impone la obligatoriedad de prever cláusula alguna al respecto, aunque sea lo habitual su inclusión por el propio interés de las partes.

Lo mismo puede decirse de la duración del contrato, dado que en defecto de previsión expresa opera la presunción análoga a la del contrato común, es decir, la duración indefinida del contrato, como ya se ha advertido al hacer referencia a los requisitos de forma.

Quizá podrían distinguirse, no obstante, algunos contenidos de carácter necesario. Serían las cuestiones relativas al tiempo de trabajo (art.7) y al régimen de faltas y sanciones aplicable al trabajador directivo (art.13), y dicho carácter necesario se predica no en el sentido de que su omisión acarree la nulidad del contrato, sino en el de que en este caso el RDAD no establece posibilidades alternativas para la regulación de estas

cuestiones, al no incluir previsiones aplicables en defecto de pacto ni remitirse a la normativa laboral común, por lo que tales cuestiones deberán regirse por lo que disponga la normativa civil o mercantil.

Sin embargo, en relación con la fijación del tiempo de trabajo, hay una remisión indirecta a los usos profesionales, al menos como límite para la fijación por las partes de las concretas características del régimen aplicable a la distribución del tiempo de trabajo y de descanso. Pero sobre estos problemas ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos⁵¹.

En cuanto a los instrumentos sancionatorios, habrá que entender que en defecto de pacto se aplicarán los mecanismos sobre resarcimiento de daños y perjuicios previstos en el derecho civil respecto de las obligaciones recíprocas, paralelamente a los supuestos extintivos específicos -desistimiento y despido disciplinario- aplicables a esta relación especial. Es más, cabría pensar que dichas cuestiones ni siquiera forman parte del contenido hábitual o típico de un contrato de alta dirección, relación por otro lado que, por el fundamento de recíproca confianza, "se compagina mal con una lógica coercitiva del cumplimiento, del tipo de la sanción disciplinaria..."⁵²

Estas consideraciones son las que motivan, seguramente, que en cada caso el contenido del contrato del personal de alta dirección venga determinado por las prácticas de cada empresa, dada la gran libertad que el RDAD otorga a las partes en la conformación y el diseño del contrato.

V.- DURACION Y MODALIDADES DEL CONTRATO DE ALTA DIRECCION.

⁵¹Vid. supra, Capítulo Segundo, apartado V.

⁵²FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.11.

Existe una conexión entre la duración del contrato, o dicho de forma más precisa, entre la permanencia de la relación especial de alta dirección y la nota de confianza, aunque la misma es ciertamente indirecta puesto que se apreciará con mucha más claridad cuando se examinen los distintos supuestos extintivos, y con especial relevancia a estos efectos, el supuesto concreto de desistimiento empresarial. Este es uno de los aspectos del régimen jurídico del contrato de alta dirección de más difícil ubicación desde el punto de vista sistemático, dada la posibilidad de ponerlo en relación con otra de las cuestiones ya examinadas que es la de la propia naturaleza de las funciones directivas, o incluso precisando más, la posibilidad de que el fin práctico del contrato se alcance en un momento concreto en el tiempo, si por ejemplo se contrató al directivo para relanzar una empresa en declive económico, en cuyo caso en dicho contrato se elevaría al plano causal el elemento temporal.

Pero se va a optar por tomar como punto de referencia para el análisis de esta materia la aludida conexión indirecta entre permanencia, o estabilidad del directivo y mutua confianza expresada a través de la regulación contenida en el RDAD en materia de extinción del contrato, y al mismo tiempo, se opta por su inclusión en este capítulo y no en el siguiente, puesto que la referencia que se haga, en su caso, a la duración del contrato formará parte del contenido del mismo.

1.- La presunción de duración indefinida.

Como ya se ha indicado, el contrato del directivo puede tener una duración determinada si así se pacta por las partes, rigiendo, por tanto, el principio de libertad contractual en la fijación de la duración del mismo. Si nada se establece, también opera la presunción *iuris tantum* de duración indefinida como en

la relación laboral ordinaria. Sin embargo, no lo hace con el mismo alcance, puesto que también aquí se aprecian diferencias en las consecuencias de dicha presunción. En concreto, en relación con la prueba que puede desvirtuarla, que no podrá ser otra que la de la misma voluntad de las partes al pactar la duración determinada e incorporar un término final al clausulado del contrato, dado que la temporalidad en esta relación no tiene por qué obedecer a la concurrencia de una causa intrínseca a la propia naturaleza de la relación o consustancial al tipo o modalidad contractual.⁵³

Por tanto, el RDAD se caracteriza porque omite toda regulación limitativa de la autonomía de la voluntad para fijar la temporalidad de la relación y porque la presunción sobre la duración indefinida en ausencia de pacto expreso no cumple en esta relación laboral especial la misma finalidad tuitiva o garante del principio de estabilidad en el empleo que en la relación común, como por lo demás ocurre con otros principios de dicha legislación, sino simplemente la de sustituir a la voluntad de las partes en caso de dicha falta de previsión expresa.

Por otro lado, tampoco se considera excepcional el hecho de que el contrato se someta a un término final, ni se sujeta dicha posibilidad a la concurrencia de una causa, como ha quedado dicho, o a los supuestos legalmente tasados.⁵⁴

Finalmente, en torno a esta cuestión, no parece que puedan aplicarse otras previsiones contenidas en el art.15 ET tendentes a evitar el fraude en la contratación temporal. En primer lugar por la razón misma de que al no exigirse causalidad en la

⁵³Vid por todos FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.30.

⁵⁴ROMAN DE LA TORRE, M^a D. Op.cit., p.30.

fijación de un plazo para la extinción del contrato, sino que el término se puede utilizar aquí como elemento accesorio natural del contrato, tampoco resulta éste un terreno idóneo para el fraude. En segundo lugar, porque no existe remisión expresa alguna en el RDAD a la normativa laboral general o especial sobre alguna de las modalidades concretas de contratos de duración determinada. No se aplican, por tanto, las consecuencias en orden a la conversión del contrato en un contrato indefinido de la omisión de alta en la Seguridad Social del alto cargo, o de omisión de denuncia y superación del tiempo pactado inicialmente.

2.- Las posibilidades de contratación temporal.

Uno de los interrogantes apuntados anteriormente es el que surge en este punto acerca de la posibilidad de traslación en todo o parte de la normativa sobre contratación temporal causal, al margen del reconocimiento de la temporalidad meramente voluntaria.

Sobre este último punto la solución dada es contradictoria, admitiéndose en unos casos la traslación de los supuestos causales de contratación de duración determinada, y negándose en otros. Aunque seguramente aquí el sentido de la pregunta no se centra en la necesidad de causalidad de la temporalidad del contrato de acuerdo con los supuestos legalmente tasados, sino de admisibilidad de la traslación a los altos directivos de dichas causas, dado que la temporalidad del contrato puede obedecer simplemente, a diferencia de lo que ocurre en la contratación laboral ordinaria, a la mera voluntad acorde de las partes del mismo.⁵⁵

⁵⁵Responden afirmativamente a esta cuestión FERNANDEZ PEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., aunque afirman la "total libertad de las partes para contratar por duración indefinida o terminada." (p.29). Y en sentido negativo cfr. SALA FRANCO, T.

Esta cuestión tiene una sencilla solución, puesto que serán las propias partes las que decidan fijar el momento en que el contrato se extinguirá, con o sin referencia a alguna causa, sean las del art.15 ET u otras, como la necesidad de relanzar la empresa, o alcanzar unas determinadas tasas o cifras de rendimientos o beneficios, ventas, productividad, etc. De todas formas, analizando caso por caso, se llegará a determinar la adecuación o no de algunas de las modalidades de contratación temporal a las especiales características de las actividades del alto directivo y a su posición en la empresa, de forma que no todas ellas resultarán trasladables a esta relación especial.

Así, el contrato para obra o servicio determinado sí resulte adecuado para la contratación de un directivo, por ejemplo en los casos ya aludidos de necesidad de reflotar una empresa que se encuentre en una delicada y difícil situación financiera, subsanada la cual un directivo de las características del que se contrató en esa ocasión no resulte adecuado a las necesidades de dicha empresa. O en el supuesto del contrato de interinidad, aunque en este supuesto la perentoriedad con que suelen presentarse algunas de esas causas pueden hacer difícil encontrar rápidamente un sustituto adecuado para el puesto que queda sin cubrir. Puede que en este caso en lugar de recurrir a la contratación externa de un interino, se utilice el mecanismo de la promoción interna y se nombre temporalmente a un trabajador de la plantilla cuyos conocimientos, experiencia, habilidades y cualidades personales ya resultan conocidos para el empresario. Parece que la respuesta debería ser claramente negativa en relación con la admisibilidad de la contratación para la formación, salvo en el caso de mandos intermedios o inferiores.

Op.cit., pp.41 y 42; ROMAN DE LA TORRE, M^a D. La prórroga en la contratación temporal, Madrid, Motecorvo, 1988, p.48.

¿Y respecto del contrato en prácticas?. Quizá no sea descabellado pensar en esa posibilidad en el supuesto de jóvenes ejecutivos junior, recién diplomados en escuelas de negocios o similares.

3.- Contratos a tiempo parcial y alta dirección.

En otro orden de cosas, y al margen de lo que se dijo respecto de la problemática de la ordenación del tiempo de trabajo, conviene señalar que la modalidad del contrato a tiempo parcial resulta poco adecuada a la propia naturaleza de las funciones directivas.

Como ya se advirtiera en el capítulo segundo, la prestación de servicios del alto directivo no se sujeta a una limitación estricta ni concreta de la jornada laboral, sino que, al contrario, lo normal es que esta característica de su régimen jurídico sumada a la exclusividad natural de esta relación, conformen un régimen de plena dedicación del alto cargo y de especial intensidad en el ejercicio de sus funciones, con el fin de alcanzar un determinado nivel de rendimientos y resultados.

Estos rasgos propios del trabajo de alta dirección resultan en cierto modo incompatibles con la modalidad contractual que nos ocupa. No obstante, nada impide que en virtud de la autonomía individual de las partes se fijen las concretas condiciones de dedicación del trabajador directivo y la posibilidad de atender a las obligaciones inherentes a su cargo o puesto durante un tiempo inferior al que se considere habitual en su círculo profesional, sin duda en los supuestos excepcionales en los que no se exija la exclusividad del trabajador de alta dirección⁵⁶.

⁵⁶LOPEZ CUMBRE, L., "Jornada parcial", en Estudios sobre la jornada de trabajo, cit., p.199.

VI.- PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE ALTA DIRECCION.

No es necesario que en este momento se insista demasiado en la vinculación que estas materias -período de prueba y pactos de exclusividad, permanencia y no competencia futura- tienen con la confianza y la buena fe que rigen el contrato de trabajo del alto directivo. Entre otras razones porque presentan esa misma característica en el contrato de trabajo común, pero también porque en el análisis de los concretos pormenores que se refieren al peculiar régimen jurídico de dichas instituciones en la relación especial de alta dirección se insistirá abundantemente en esa idea.

1.- Sentido y razón de ser del período de prueba en la alta dirección.

Se ha entendido que es una institución que en el contrato del personal directivo cobra especial sentido, encontrando un fundamento y justificación de mayor alcance, en la medida que en la prestación de servicios de esta naturaleza, intervienen no sólo la puesta en práctica de unos conocimientos técnicos, sino que también cobran gran importancia las habilidades y cualidades personales del trabajador de alta dirección.⁵⁷

Sin embargo, varios son los datos que inutilizan en cierto modo esta institución en relación con el alto directivo o, al menos, hacen que pierda su genuino sentido. El primero de ellos es que, como ya se ha dicho al hablar de la selección del trabajador de alta dirección, ya se conocen el nivel de experiencia y habilidad del trabajador, en atención a los cuales se le recluta. En segundo lugar, la existencia de una

⁵⁷IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.76; RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido", en R.L. 1986, nº2, p.53.

temporalidad "a la carta" en virtud de la cual la extinción del contrato queda a merced de la voluntad de las partes. Y, finalmente, la existencia del supuesto específico de extinción por voluntad del empresario consistente en el desistimiento. A este respecto, cabe preguntarse en qué medida puede perder parte de su sentido y finalidad reconocer la posibilidad de un período de prueba en una relación para cuya resolución por voluntad del empresario se reconoce la facultad de desistimiento unilateral por pérdida de la confianza, sin necesidad de alegar siquiera esta causa ni acreditar su concurrencia.

Profundizando un poco más en la naturaleza y finalidad de una institución como el período de prueba se observa que durante el mismo se opera una alteración del régimen extintivo del contrato de trabajo por voluntad del empresario impuesto por las exigencias del principio de estabilidad en el empleo que hace que el despido se configure como una institución causal, principio que se protege precisamente frente al interés patrimonial del empresario y se manifiesta a través de la limitación de los principios de libertad contractual y de empresa.

En efecto, con la incorporación al contrato del período de prueba se eliminan temporalmente las limitaciones legales para el ejercicio por el empresario de sus facultades resolutorias, atribuyéndose a éste la facultad de desistir unilateralmente del mismo. Esto es, "supone la creación de un régimen *ad hoc* de despido para la fase inicial del contrato de trabajo, distinto del establecido con carácter general..."⁵⁸

⁵⁸MARTIN VALVERDE, A. El período de prueba en el contrato de trabajo. Madrid, Motecorvo, 1976. El entrecomillado en p.109. Sobre la naturaleza del período de prueba vid en especial las pp.14,15. También se apoya para sustentar esta caracterización de la institución en los datos históricos relativos a "...la desaparición del p.p. en la época de apogeo del desistimiento *ad nutum* de uno u otro contratante..." (p.106).

En el plano causal el desistimiento en la relación laboral especial funciona de manera análoga al período de prueba en el contrato de trabajo común, permitiendo el ejercicio de la facultad extintiva empresarial con invocación de una causa meramente interna, la pérdida de la confianza.⁵⁹

Desde luego, una primera diferencia sería la que se refiere a las distintas consecuencias indemnizatorias. Así es, dado que el supuesto de desistimiento producido durante el transcurso de la prueba, al contrario que el desistimiento por pérdida de la confianza en el alto directivo, no lleva aparejado el devengo de indemnización alguna, salvo pacto expreso.⁶⁰

Otra posible diferencia, además de la indemnizatoria, podría encontrarse en las causas que dan lugar a la invocación de una u otra figura extintiva. En principio la extinción durante el período de prueba debería estar basada en la frustración de las expectativas que el empresario alberga en relación con la cualificación, aptitudes y cualidades personales del trabajador al no dar el resultado esperado las experiencias practicadas durante dicho período de tiempo. Pero a pesar de que en este sentido se han inclinado cualificadas opiniones doctrinales, parece haberse extendido la opinión -y así lo han venido aplicando los tribunales- en torno a la falta de concreción de los efectos de la no verificación de dichas experiencias y, consecuentemente a la no necesidad de invocación de causa

⁵⁹Ese paralelismo entre desistimiento y período de prueba, en SAGARDOY BEONGOCHEA, J.A. "La extinción...loc.cit.", p.75.

⁶⁰ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^aE. Op.cit., p.212; ALONSO OLEA, M./BARREIRO GONZALEZ, G. El Estatuto de los Trabajadores...cit., p.82.

alguna para extinguir el contrato durante el período de prueba, salvo los supuestos de causas discriminatorias o anticonstitucionales.⁶¹

2.- Forma y duración del período de prueba.

En el art.5 del citado RDAD se establece la posibilidad de pactar un período de prueba "que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida".

Por lo demás, las previsiones contenidas en el RDAD son las mismas que en relación con el trabajador común, en cuanto a la facultad de desistimiento unilateral del empresario, la plenitud de efectos del contrato de alta dirección una vez transcurrido dicho período de prueba y el cómputo a efectos de antigüedad del trabajador de alta dirección.

En primer término, la literalidad de la norma a que se hace referencia plantea un problema interpretativo en cuanto a la posibilidad de pactarlo en los supuestos en los que la duración del contrato del personal de alta dirección sea de carácter temporal, ya que del tenor del art.5,1º parece desprenderse que sólo cabe cuando la duración es indefinida.

En efecto, cuando se establece la duración máxima del mismo, caben dos posibles interpretaciones. La primera llevaría a entender dicho plazo como período máximo absoluto de duración,

⁶¹A favor de la causalidad de la extinción del contrato durante el período de prueba vid MARTIN VALVERDE, A. Op.cit., p.110; indirectamente también FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.32, ya que entienden necesaria la verificación de las experiencias durante el período de prueba; a favor de la innecesariedad de causalidad vid ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. Derecho del Trabajo ...cit., p.210; ALONSO OLEA, M./BARREIRO GONZALEZ, G., Op.cit., pp.82 y 83.

es decir, referido a cualquier contrato sea cual fuere su duración. O dicho de otra manera, se prevé la duración máxima cuando el contrato sea indefinido, luego se podrán pactar períodos inferiores si el contrato tiene una naturaleza temporal. La segunda, que es la que a primera vista parece desprenderse de la redacción del precepto, hace pensar que sólo cabe pactar dicho período de prueba cuando el contrato sea de duración indefinida.⁶²

A su vez, si se opta por la primera de estas posibilidades interpretativas, habría de determinarse cual podría considerarse la duración adecuada del período de prueba en cada caso, en función de su adecuación a la temporalidad del contrato, evitando soluciones abusivas y tratando de adaptar su duración a la virtualidad y la utilidad que deba tener esta institución en esta específica relación laboral.

En la respuesta a este interrogante parece haber sido la postura mayoritaria, razonada también por quienes pusieron de manifiesto la dificultad de interpretar el precepto en otro sentido distinto al de negar la posibilidad de pacto de prueba en los contratos de altos directivos duración determinada, la de aplicar un régimen análogo al de la contratación temporal general, es decir, la admisibilidad de introducir pactos de prueba en las distintas modalidades de contratación de duración determinada, limitando dicha posibilidad tan sólo en aquellos casos en que se advierta una intención fraudulenta, generalmente cuando ya ha existido una previa vinculación entre el trabajador

⁶²Sobre la imposibilidad de llevar a cabo otra interpretación de la defectuosa redacción del art.5,1º del R.D. vid BORRAJO DACRUZ, E. "El personal de alta dirección en la empresa", Comentarios a las leyes laborales, Tomo II, Vol.1º, Madrid, EDERSA, 1986, p.23; FERNANDEZ LOPEZ, Mª F./ RODRIGUEZ-PIÑERO, M., "La relación laboral especial...loc.cit.", pp.31 y 32; SALA FRANCO, T. "La relación laboral...cit.", p.44.

y el mismo empresario (o distinto si hay subrogación empresarial) y no se haya producido un cambio de puesto de trabajo o de las funciones encomendadas a dicho trabajador.⁶³

Finalmente, el RDAD no exige que la forma sea escrita. En relación con esta omisión puede decirse que, o bien se resuelve con la aplicación analógica de la exigencia prevista para el trabajador común, o se sobreentiende cumplido el requisito dado que el propio contrato del directivo deberá verificarse en dicha forma. Aunque en este caso se trate de un requisito **ad probationem** y, tradicionalmente, se ha configurado la exigencia de forma escrita para el pacto de prueba como un requisito **ad solemnitatem** cuyo cumplimiento, por tanto, condiciona la validez del mismo.⁶⁴

Una posible explicación de la ausencia del requisito de forma escrita se encontraría en la menor virtualidad que tiene la institución del período de prueba en este caso, y la falta de consecuencias que se derivan de su incorporación expresa al contrato en orden a la posibilidad de dar éste por finalizado. El contrato se puede extinguir sin causa en cualquier caso, exista o no período de prueba pactado expresamente por escrito.

3.- Período de prueba y facultades de desistimiento empresarial en la relación de alta dirección.

Se trata de retomar la cuestión apuntada al principio sobre la forma en que van a articularse en esta relación especial dos instituciones, el período de prueba y el desistimiento, que

⁶³ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. Op.cit., p.212; ALONSO OLEA, M./BARREIRO GONZALEZ, G. Op.cit., p.84; IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.75.

⁶⁴Sobre dicha anómala omisión ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. Op.cit., p.75.

implican el reconocimiento de facultades extintivas unilaterales en favor del empresario.

Una primera y fácilmente advertible diferencia en el régimen jurídico de ambas instituciones es que una es reconocida ex lege -el desistimiento- y la otra es potestativa al quedar al arbitrio de las partes su introducción o no en virtud de pacto expreso insertado en el contrato de alta dirección.

Otra posible diferencia estaría en la conexión que la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia han establecido, como se verá, entre desistimiento y pérdida de la confianza del empresario en el alto directivo, lo que implica, como se ha advertido en algún caso, que la relación se haya prolongado por un tiempo lo suficientemente dilatado como para provocar dicho proceso interno en el empresario, que no puede producirse en etapas iniciales del desempeño de las funciones de alta dirección por el trabajador y que tampoco implica la irrupción súbita de un comportamiento por parte de éste de tanta gravedad como para provocar la necesidad de extinguir dicha relación, lo cual constituiría más bien un supuesto que permitiría, seguramente, invocar una causa para utilizar otra figura más idónea, la del despido disciplinario. Pero en torno a estas cuestiones se reflexionará en el capítulo siguiente.

Finalmente, aunque en los dos casos la extinción es libre, el ejercicio de la facultad de desistimiento por el empresario tiene un mayor coste de procedimiento -preaviso- y económico -indemnización-.

4.- Período de prueba y promoción interna

Un último problema relacionado con el período de prueba podría plantearse en torno a su posible introducción en los

supuestos de promoción interna. Esto es, si el trabajador común que es ascendido a un puesto de alta dirección puede acceder a dicho puesto con un período inicial de prueba, dado el cambio de funciones que dicha promoción implica, y que constituye una novación contractual.

Un supuesto estudiado que podría semejarse a lo que aquí se plantea lo constituía el "período de prueba para el ascenso" que era contemplado en la normativa sectorial y que se configuraba "como lapso de tiempo durante el cual el ascenso del trabajador se considera provisional, quedando condicionado a la satisfactoriedad de su rendimiento en el nuevo puesto de trabajo." Este instituto es claramente distinto del período de prueba, tanto por sus consecuencias jurídicas ya que en el caso del período de prueba para el ascenso el desistimiento del empresario sólo provoca el retorno del trabajador a su puesto anterior y no la pérdida del empleo, como por los intereses en juego, la promoción en el trabajo o la conservación del trabajo misma. Por ello no existe acuerdo en torno a la posibilidad de otorgar a esta especial institución prevista en la normativa sectorial un tratamiento análogo en relación con algunas cuestiones referidas a su régimen jurídico al del período de prueba⁶⁵.

Por otro lado, el Informe de la Dirección General de Trabajo de 24 de mayo de 1989, determina en relación con este tema que la exigencia de un período de prueba en caso de ascenso de categoría estaría supeditada a que ello estuviera regulado en convenio colectivo, dada la redacción del art.24 ET⁶⁶. En

⁶⁵MARTIN VALVERDE, A. Op.cit., pp.32 y 33 se decanta favorablemente. En contra ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. Op.cit., p.300; ALONSO OLEA, M./BARREIRO GONZALEZ, G. Op.cit., p.125.

⁶⁶Cfr. R.L., n^o9, 1990, p.133.

relación con este dato, y teniendo en cuenta que se trata de una promoción a alto directivo, primará seguramente la voluntad individual y será el contrato individual el cauce idóneo para la solución de este interrogante.

Un argumento para descartar la posible aplicación de esta institución a los supuestos de promoción, es que éstos no constituyen propiamente un ascenso, sino una verdadera novación contractual, con lo que el problema se plantea estrictamente sobre la posibilidad de introducir un período de prueba en sentido estricto.

La solución podría venir, más bien, de la mano de la comparación con los supuestos de contratación temporal del directivo. Si se llega a la conclusión de que en dichos supuestos no puede forzarse la interpretación del 5,1º para admitir el pacto de prueba, probablemente tampoco cabría admitirlo en el supuesto de promoción. Pero la solución que, en alguna ocasión, se ha propuesto en relación con la primera de estas cuestiones, la admisibilidad del período de prueba cuando el contrato no tenga duración indefinida, es afirmativa, en concordancia con lo que ocurre con las demás modalidades de contratación temporal y con el mantenimiento de la opinión favorable al reconocimiento del especial significado que cobra en el personal directivo la institución.⁶⁷

VII.- CONTRATO DE ALTA DIRECCION Y PACTOS LIMITATIVOS DE LA LIBERTAD PROFESIONAL.

La problemática cuyo análisis se aborda en este apartado es una de las que reflejan con más claridad las aparentes contradicciones cuya aparición ha provocado la laboralización

⁶⁷RODRIGUEZ-PINERO, M. loc.ult.cit., p.54.

legal del personal de alta dirección. Por un lado, la exclusividad se ha venido configurando, en la concepción tradicional de la dependencia laboral, como manifestación necesaria o indicio típico de la dicha nota⁶⁸. Aunque ya en otro lugar hemos reflexionado sobre el sentido de la exclusividad y mayor dedicación del alto directivo al desempeño de sus funciones, de la misma manera que lo haría un abogado en su bufete, un médico en su consulta particular, o un mecánico que trabaje personalmente en su propio taller.

Y por otro lado, como no podía ser de otra forma, en la relación especial de alta dirección cobran especial relieve las manifestaciones concretas del deber de buena fe que se dan, por lo demás, en cualquier relación contractual y, con características peculiares, en el contrato de trabajo, a pesar de que ya la doctrina tuvo ocasión de poner de manifiesto el origen y fundamento legal de estas obligaciones, para desvincularlas del deber de fidelidad propio de las concepciones comunitarias de la empresa, y propugnar la sustitución de dicho deber de contenido eminentemente personalista y carácter ideológico-político, por el más contractualista de la buena fe o lealtad.⁶⁹ Tampoco esta especial intensidad de la recíproca confianza que impone una ejecución leal de los encargos del

⁶⁸Por todos y últimamente MONTOYA MELGAR, A., /CAMARA BOTIA, A., op.cit., pp.19 y 21-22.

⁶⁹CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J. Prohibición de competencia y contrato de trabajo. Madrid, 1977. El autor lleva a cabo una extensa referencia histórica en la que pone de manifiesto la existencia en la normativa mercantil de prohibiciones de competencia referidas a figuras como el factor, capitán de barco, sobrecargo, administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y socios colectivos e industriales, algunas de las cuales tienen gran conexión con los altos directivos (pp.31 y 51 y ss.); RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Límites a la competencia y contrato de trabajo", en R.P.S. nº 116, 1977, pp.5 y ss.

titular de la empresa es exclusiva del alto cargo, y resulta común a la relación de los cargos orgánicos con la sociedad como ya se advirtiera en el capítulo anterior.

Este último dato permite adoptar una distinta perspectiva en el estudio de estas obligaciones que se presentan con especial virtualidad en esta especial relación obligatoria. Por un lado, porque ese estudio debe partir de la elevación a fundamento de la relación, entre alto directivo y titular de la empresa que se lleva a cabo en el propio RDAD, aunque su razón de ser última esté, de nuevo, en el ejercicio de facultades empresariales por el directivo y en la singular posición que ello le otorga. Por otro, porque permite disgregar el surgimiento de este tipo de obligaciones de la existencia de un contrato de trabajo y, por tanto, de la nota de subordinación.

1.- Obligaciones de exclusividad, permanencia y no competencia futura del alto directivo.

Habitualmente estas figuras reciben un tratamiento conjunto con otras manifestaciones concretas de la buena fe como el deber de no competir deslealmente con el empresario, de guardar secreto, de no recibir o aceptar propinas o gratificaciones que constituyan soborno, de denunciar los entorpecimientos que se observen y conservar los locales, materiales, maquinarias e instrumentos de trabajo, cuya regulación se encuentra en parte en la LCT de 1944⁷⁰.

Es claro que algunos de estos deberes no resultan de adecuada aplicación al trabajo de alta dirección, sin embargo es conveniente formular alguna matización en relación con uno de ellos en concreto. Nos referimos al deber de secreto, en relación

⁷⁰Arts. 72, 70 y 71, 62 y 63, respectivamente.

con el cual el RDAD no se pronuncia expresamente, aunque está claramente vinculado a esa recíproca confianza que se predica de las partes del contrato de alta dirección, a la fidelidad que fundamenta esta relación y a la propia naturaleza de las funciones ejercitadas por el alto directivo. A ello se suma el que la propuesta de quinta Directiva comunitaria sobre derecho de sociedades mercantiles haga una referencia explícita a la obligación de guardar la "precaución necesaria" por parte de los órganos de dirección y vigilancia, "en lo que concierne a las informaciones de carácter confidencial sobre la sociedad de las que disponen, conservando esta obligación incluso después de cesar en sus funciones" (art.10,a) 2, segundo inciso)⁷¹, por lo que, dado el paralelismo que en otras ocasiones se ha advertido entre la situación de determinados cargos societarios y los ejecutivos de las empresas, no parece desproporcionado asimilar también en este punto las obligaciones de unos y otros.

Pero, además, estas obligaciones que afectan a la libertad profesional del alto directivo tienen también otros fines. En este sentido hay que decir, por otra parte, que tienen en común la conexión con alguno de los rasgos típicos de la relación laboral especial del personal de alta dirección, fundamentalmente con la intensa implicación personal y profesional del directivo en la empresa y su especial dedicación y relevante papel dentro de la misma, lo que le sitúa en un plano de colaboración y participación en los intereses de aquélla.

Hasta tal punto es así, que se ha llegado a afirmar que tanto la exclusividad o plena dedicación del alto directivo como la no competencia futura deberían haberse erigido en "elementos

⁷¹POLO, E., op.cit., que remarca la diferencia entre la futura norma comunitaria que habla de "precaución" y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que en su art.127 habla del deber de "secreto" de los administradores (p.137).

naturales" del contrato de alta dirección, y evidencian la importancia de la identificación o "**vinculación pública**" del trabajador con una determinada empresa.⁷²

Así, en el propio RDAD que regula esta relación especial, se prevén la exclusividad del directivo, el pacto de permanencia y el de no competencia para después de extinguido el contrato y, en relación con estas obligaciones, se introducen matices en cuanto a la configuración jurídica de las mismas y de su incorporación al contrato de alta dirección.

Por lo que se refiere a la exclusividad del directivo, y a pesar de la rúbrica del art.8 RDAD que habla de pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa de forma poco afortunada en relación con el contenido material del citado precepto, aquélla se va a erigir en elemento consustancial del contrato, en atención a la especial dedicación que el ejercicio de todo cargo de alta dirección implica. De esta forma se imposibilita la dedicación del directivo a otras empresas, salvo que se pacte expresamente lo contrario o lo autorice el empresario, autorización que puede ser a su vez, expresa o

⁷²FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., pp.34 y 36; también CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J. hace referencia al especial relieve que adquiere el pacto de exclusividad en relación con el personal técnico y altamente cualificado, dado que se traduce en una mayor dedicación del trabajador en tiempo y esfuerzo, lo que permite una más fácil valoración de su rendimiento profesional, op.cit., (pp.43-45); en relación con el pacto de exclusividad el profesor DURAN LOPEZ, F. ha resaltado que "se produce fundamentalmente en relación con el **trabajo directivo**, o de técnicos cualificados, o bien de trabajadores con una proyección "pública"... importante..." (en "Pacto de no concurrencia...loc.cit., p.180); RAMIREZ GRONDA, J.D. "El contrato de Trabajo", Libro Tercero, en MARIO L. DEVEALI, op.cit., afirma "en ciertas relaciones de trabajo, aquel elemento fiduciario, que en mayor o menor grado se contiene en la generalidad de estas relaciones, aparece tan relevante que no se concibe la posibilidad de admitir servicios plurales..." (pp.591-2).

tácita, si el trabajo concurrente del directivo es público y no se hubiere excluído en el contrato.⁷³

Este régimen jurídico invierte el criterio general de libertad de actividades siempre que no constituyan competencia desleal, modificando el mecanismo previsto para el trabajador común que, en principio permanece libre para vincularse a otras empresas pudiendo a través del pacto de exclusividad vincularse especialmente a un empresario, pacto que es renunciable por éste,⁷⁴ aunque no denunciabile **ante tempus** por el directivo, a diferencia de lo que ocurre con el trabajador común que puede desistir del pacto de plena dedicación con la única obligación de preavisar por escrito al empresario con treinta días de antelación, tal y como se desprende del art.21,3º ET⁷⁵. Y también constituye una más de las manifestaciones de la limitación del ejercicio de derechos constitucionales respecto del personal de alta dirección, en atención a la especial naturaleza de sus funciones y de su estatus en la empresa y, más concretamente, del fundamento fiduciario de su relación contractual, lo que ha provocado que llegara a afirmarse que en caso de los altos directivos, "puede entenderse que toda competencia es en sí desleal...".⁷⁶

Aunque también se observa en el art.8,1º RDAD cierta tendencia al favorecimiento del ejercicio de dichas libertades

⁷³S.TS. de 30 de enero de 1990 (R.238).

⁷⁴ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. Op.cit., p.311; FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.34; IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.84.

⁷⁵IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.86; sobre la renunciabilidad del pacto de plena dedicación concertado por el trabajador común cfr. DURAN LOPEZ, F. "Pacto de no concurrencia", loc.cit., p.183.

⁷⁶FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.34.

profesionales, concretada en la admisibilidad de la autorización presunta (o tácita) del empresario para que el directivo se ocupe en otras empresas. Autorización que será irrevocable, salvo novación acordada con el propio directivo mediante compensación adecuada o cambio de las circunstancias.⁷⁷

El ámbito de la limitación se refiere tanto a actividades por cuenta ajena como propia, con lo que se observa nuevamente una diferencia en relación con el pacto de plena dedicación del trabajador común, respecto del cual se ha predicado que sólo afecta a actividades por cuenta ajena, dada la tendencia interpretativa no ampliatoria de estas limitaciones, con lo que las actividades por cuenta propia sólo quedarían afectadas por la prohibición legal de competencia desleal.⁷⁸

2.- Compensación económica, duración y otras cuestiones.

En relación con estas cuestiones, exclusividad y pactos de permanencia y de no competencia futura, se plantea la necesidad de otorgar al trabajador de alta dirección una compensación económica adecuada. Sin embargo, en contra de lo que ocurre en el art.21 ET en relación con el trabajador común, el art.8 RDAD

⁷⁷CASTIÑEIRA ... ; IGLESIAS CABERO, M. restringe el alcance de la autorización, al entender que deberá ser anterior o simultánea a la contratación del directivo, no posterior, y en cambio admite que el empresario se reserve la facultad de declarar en lo sucesivo la exclusividad del directivo. Esto último parece más discutible, pues deja el contenido del contrato al arbitrio de una de las partes, posibilidad que luego el propio autor niega ex 1.256 y 1.278 C.C. en relación con la posible renuncia del directivo a cualquiera de estos pactos (op.cit., pp.84, 85 y 86).

⁷⁸FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.34, por aplicación de los criterios que inspiran la regulación contenida en el C.Cm., -art.288- sobre las actividades concurrentes de los factores; para el trabajador común cfr. DURAN LOPEZ, F. loc.ult.cit., p.185.

no estableció expresamente dicha exigencia, salvo para el pacto de no competencia futura que se configura legalmente de manera análoga para trabajador común y trabajador de alta dirección⁷⁹.

Sin embargo parece lógico que para el trabajador de alta dirección se reconozca también el derecho a dicha compensación, incluso como requisito causal y de licitud de los citados compromisos, y dada la limitación de derechos profesionales y, por tanto, inherentes a todo trabajador que su adquisición implica. Aunque, sin duda, esta afirmación plantee de nuevo la duda acerca de la necesidad de reconocer al alto directivo derechos inherentes a la condición de trabajador asalariado de la que carece. En todo caso, siempre que se bordee el campo de los derechos constitucionales, y por imperativo del 2,2º ET, habrá que otorgar la correspondiente tutela y protección al ejercicio de esos derechos por el trabajador directivo.

Es muy posible que en relación con el primer supuesto, el de la exclusividad del directivo, la compensación económica ya vaya implícita en el salario pactado, dado que se configura, como ya se indicó más arriba, como un elemento inherente al propio contrato. En los demás supuestos, serán las propias partes quienes la cuantifiquen, quedando al juzgador la solución de las divergencias y la compensación de los desequilibrios. En todo caso, parece que los criterios de cuantificación deberán ser suficientemente objetivables, referidos, por tanto, a conceptos fácilmente determinables en su cuantía. Esta objetivación es más fácilmente predicable de supuestos como el del pacto de permanencia en la empresa, en el que la causa de éste se encuentra en la previa formación del directivo con cargo a la misma y la compensación se prevé, precisamente, a favor de

⁷⁹Adviértase el paralelismo de los arts. 21,2º E.T. y 8,3º R.D.1382/1985.

aquella para el supuesto de incumplimiento por el trabajador. En este caso se tiene en cuenta para cuantificar la entidad de los perjuicios irrogados al empresario, entre otros factores, el coste de la formación recibida por el directivo a cargo de aquél.⁸⁰

Es precisamente esa compensación económica adecuada, la que justifica la posibilidad de este tipo de pactos que interfieren, como se ha dicho reiteradamente, en el pleno ejercicio de la libertad constitucional de elección de trabajo, y constituye, así, el interés en juego por parte del trabajador, común o especial.

Concretamente, en cuanto al pacto de no concurrencia - definición más extensa contenida en el art.8,3^º RDAD del pacto de no competencia futura enunciado en el art.21,2^º ET-⁸¹ y que supone la abstención postcontractual de actividades competitivas

⁸⁰S.TS. de 27 de marzo de 1990 (R.2358) entendió que no era adecuada la compensación económica por el compromiso de no competencia futura, equivalente a la mitad de las cantidades abonadas en concepto de dietas y plus de transporte, sobre todo, ante la imposibilidad de cuantificar efectivamente lo percibido.

ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. Op.cit., p.312; ALONSO OLEA, M./BARREIRO GONAZALEZ, G. Op.cit., que fundamentan precisamente el pacto de permanencia en la formación recibida por el alto directivo (p.116).

⁸¹Sobre la clarificación terminológica y su repercusión sobre la distinta amplitud de cada uno de dichos términos, cfr. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J. op.cit., que a la luz de la normativa contenida en la LCT 1944, distingue entre la genérica prohibición de competencia contenida en el art.73 de dicho texto legal, referida a cualquier actividad desarrollada dentro de la misma rama de la producción de la empresa afectada, la de competencia desleal, que afecta sólo a actividades practicadas contra los usos honestos en materia comercial o industrial, la mera concurrencia, que supone la realización de una actividad destinada a satisfacer el mismo tipo de necesidades, o la actividad paralela, no comprendida en la prohibición del art.73 LCT... (pp.129 y ss.).

o concurrentes, la compensación económica asegura al alto directivo una estabilidad económica una vez extinguido el contrato. "

En cuanto a la naturaleza jurídica de dichas cantidades, hay que distinguir también entre los distintos supuestos. Mientras que en el caso de la exclusividad y plena dedicación del directivo, así como en el pacto de permanencia parece que tendría que ser salarial estricta, en el caso del pacto de no competencia futura se advierte más claramente una naturaleza indemnizatoria, como compensación de la pérdida o limitación de la oportunidad de realizar otro tipo de actividades, cuyo devengo se produce también después de extinguido el contrato y, por tanto, una vez que se ha dejado de prestar servicios, con lo que se desconecta nítidamente de éstos.⁸² Y ello a pesar de que en este último caso se le ha atribuido la denominación de "salario de inactividad" a la compensación económica otorgada, lo cual obedece seguramente a que en las propuestas doctrinales para dar solución a este interrogante se recoge la tendencia comparada de utilizar como criterio para la cuantificación de dicha indemnización, sobre todo, el del salario que percibía el trabajador en la actividad anterior en virtud de la cual celebra ese pacto de abstención de actividades postcontractuales.⁸³

En la sentencia de 29 de octubre de 1990 (R.7722) el TS analizó, con base en la argumentación del recurrente, los

⁸²CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J. op.cit., sobre el carácter indemnizatorio de la compensación en el pacto de no competencia futura (pp. 198-201); DURAN LOPEZ, F. loc.cit., en relación con el pacto de plena dedicación, cuya compensación económica tendría el carácter de complemento salarial de puesto de trabajo (p.187), mientras que la compensación por la no competencia futura la tendría indemnizatoria (p.197).

⁸³RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Límites a la competencia y contrato de trabajo", en R.P.S., nº 116, 1977, p.29.

intereses de las partes en el pacto de no competencia postcontractual, más concretamente, del criterio de "reciprocidad de intereses" que el art.1289 C.C. señala como "ultima ratio" para la interpretación de los contratos onerosos, en caso de imposibilidad de aclaración de la voluntad contractual por otras vías. Se entiende que el interés empresarial es "la reserva de sus métodos de producción, comercialización y organización del trabajo", pero también se aprecia un "efecto secundario de apartamiento del trabajador del mercado de trabajo externo... (Este) efecto de fijación del trabajador a la empresa y de limitación de su movilidad profesional mientras está vinculado a ella es un ingrediente natural del pacto de abstención postcontractual de actividades competitivas o concurrentes... (aunque) puede tener una contrapartida apreciable, que es... "el asegurarse una estabilidad económica una vez extinguido el contrato" -S.TS. 24 de septiembre de 1990- para hacer frente a la interrupción de renta de trabajo que genera la terminación del contrato...".

Reitera también aquí el TS la doctrina de la sentencia de septiembre anterior, citada, en cuanto a la imposibilidad de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de las obligaciones recíprocas (1256 C.C.). Esto significa que el empresario no puede apreciar unilateralmente la concurrencia de su propio interés para desistir del pacto, al menos sin indemnizar al trabajador.⁸⁴ De la misma manera que se niega la posibilidad del directivo de renunciar a alguno de dichos pactos, o provocar con su comportamiento de alguna forma la desaparición de dichas obligaciones, por ejemplo provocando un despido

⁸⁴En este sentido ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. Op.cit., que califican la solución del T.S. anteriormente analizada como "solución **prima facie** sorprendente..." (p.75); en sentido afirmativo al desistimiento unilateral del empresario en el pacto de plena dedicación cfr. DURAN LOPEZ, F. "Pacto de no concurrencia...loc.cit.", p.191.

disciplinario procedente para desligarse del pacto de permanencia.⁸⁵

Desde luego, si existe un litigio en torno a la determinación de la concurrencia o cese de dicho interés empresarial en el mantenimiento del pacto, o sobre la justificación de renuncia del directivo en casos como la falta de pago de la compensación, así como finalmente sobre la adecuación de la cuantía de dicha compensación, deberá ser apreciado por la jurisdicción social y no por alguna de las partes de la relación.⁸⁶

El fundamento del pacto de no competencia futura se encuentra en la **competencia diferencial** que la actividad del directivo implica para la empresa. Se trata de una competencia objetiva y, por tanto, independiente de la intención, mala fe o deslealtad del trabajador⁸⁷. Esa necesaria objetivación de las actividades competitivas resulta de mayor dificultad en relación con el trabajador de alta dirección. Podría aventurarse la afirmación de que en lo que al trabajo del alto directivo se refiere, dicho interés existe casi siempre, dada la especial dedicación a que se ha hecho referencia, el tipo y relevancia de las funciones que ejercitan, así como la transcendencia para determinar el sentido de la marcha de la empresa de los datos e

⁸⁵PERALTA DE LA CAMARA, J.L./QUESADA SEGURA, R., "Formación profesional y pacto de permanencia en la empresa", Contrato de trabajo y formación profesional. V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1987, p.172.

⁸⁶CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J. op.cit., pp.201 y ss.; DURAN LOPEZ, F. "Pacto de no concurrencia, loc.cit., pp.198 y ss.; SEBASTIAN LORENTE, J.J. "El pacto de no competencia postcontractual", en A.L. nº20, 1992, p.371.

⁸⁷SEBASTIAN LORENTE, J.J. "El pacto de no competencia... loc.cit., p.368.

informaciones que manejan, lo que evidencia la existencia del efectivo interés empresarial⁸⁸.

Pero la finalidad de su regulación legal, a diferencia de los otros pactos, está no tanto en proteger el interés empresarial en recibir los servicios del trabajador con mayor vinculabilidad de éste y mayor intensidad y nivel de rendimiento, sino al contrario, en proteger los intereses del trabajador frente al interés empresarial, limitando la posibilidad de comprometerse más allá de la vigencia misma del contrato. De ahí que sea en relación con la regulación del pacto de no competencia futura donde tanto el ET como el RDAD más claramente condicionan y limitan la licitud y la extensión del mismo.⁸⁹

Como consecuencia de lo anterior, la determinación de la extensión de dicho pacto, aunque se ha dicho que se refiere a sectores económicos conexos o pertenecientes a la misma zona industrial o comercial⁹⁰, como forma de limitar de alguna manera esta autocontención del directivo, cabría preguntarse si la misma naturaleza de las funciones directivas configuran la actividad de este tipo de trabajadores de tal forma que puedan ejercitarse en una pluralidad de sectores diversos no circunscribible, por tanto en una sola rama de actividad productiva. Es claro que esta posición podría erigirse en una limitación casi absoluta de la posibilidad de trabajo del alto

⁸⁸DURAN LOPEZ, F. "Pacto de no concurrencia", en Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo V, Madrid, Edersa, 1985, donde precisamente indica que "el trabajador, por su trabajo y su colocación en la empresa, tiene que estar en condiciones de producir esos efectos concretos, lo cual es el caso ciertamente del trabajador directivo..." (p.165).

⁸⁹CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J. op.cit., p.188.

⁹⁰ DURAN LOPEZ, F. "Pacto de no concurrencia", loc. ult. cit., en relación con la prohibición de competencia desleal (p.163) y con el pacto de no competencia futura (p.196).

directivo, lo cual estaría en franca oposición con el derecho constitucional al trabajo y las libertades profesionales. La única vía de limitación indirecta del ámbito o extensión de este tipo de pactos sería una definición clara de lo que se entienda por "empresa concurrente" o "empresa de la competencia"⁹¹.

Otro elemento esencial de estos pactos, desde el punto de vista del interés del trabajador es, además de la compensación económica, la duración limitada.

En el pacto de no concurrencia futura efectivamente el art.8,3^º RDAD establece la limitación de dos años al igual que el art.21,2^º ET, siendo esta norma una de las pocas de derecho necesario cuya vulneración acarrearía la nulidad de la cláusula en lo que a duración se refiere, sustituyéndose por la máxima de los dos años. En alguna ocasión se ha estimado reducida dicha duración máxima, lo que resulta cierto si se compara la duración actual con la que se fijaba para los empleados técnicos en el

⁹¹Parece que esta opinión puede advertirse en FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.37, cuando dicen que "...por las propias características del trabajo directivo, cualquier tipo de nueva actividad que se realice en el marco de una empresa concurrente podría incluirse en el pacto de no concurrencia...". Aunque quizá no es muy precisa esta apreciación, puesto que el trabajador de alta dirección no es aquel que puede llevar a cabo "cualquier tipo de nueva actividad" como dicen los autores, ya que el trabajo de alta dirección supone la realización de una franja muy concreta y determinada de actividades de una naturaleza muy específica. Lo que sí se advierte es que, posiblemente, las definiciones de estrategias, objetivos, la gestión financiera, comercial, organizativa, etc..., aun con las diferencias inherentes a cada giro comercial o tipo de empresa, quizá presenten más aspectos en común que otro tipo de funciones de índole técnica, distintas de las directivas; DURAN LOPEZ, F. loc.ult.cit., entiende que empresas que "compiten"... son "aquellas que... se dirigen al mismo círculo potencial de clientes, con la oferta de los mismos o equivalentes bienes o servicios..." y que "lógicamente, serán las circunstancias concurrentes en el caso concreto las que pongan de manifiesto si tal se produce..." (p.166).

art.74 de la LCT, que era de cuatro años.⁹²

Sin embargo, en la regulación del pacto de permanencia del trabajador de alta dirección, a diferencia de lo que ocurre respecto del trabajador común, no se establece una limitación temporal expresa, sino que se deja al pacto entre las partes la determinación de su duración (art.8,2º RDAD), con la única limitación de la que constituye la interdicción del abuso del derecho y la necesaria protección de la libertad de trabajo que se erige en fundamento último de la libertad resolutoria de todo trabajador, también del alto directivo, y de la que este tipo de pactos son una clara restricción si bien justificada también en la defensa de determinados intereses empresariales, lo que exige una cuidadosa ponderación de ambos intereses concurrentes.⁹³

Al margen de esta problemática común en muchos aspectos a este tipo de obligaciones, a diferencia de la exclusividad y no competencia futura del directivo que bien podían haberse incorporado como elementos inherentes al contrato de alta dirección, como ya se indicó, en el pacto de permanencia, examinando uno de los requisitos para su licitud, el de la previa

⁹²CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J. op.cit., que en cuanto a la duración dice muy expresivamente que "...tendrá una mayor duración el interés del empresario en la abstención de competencia del personal directivo..." (pp.92 y 197); FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.37; sobre su carácter de derecho necesario, IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.86.

⁹³FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.31; PERALTA DE LA CAMARA, J.L./QUESADA SEGURA, R. "Formación profesional y pacto de permanencia en la empresa", Contrato de trabajo y formación profesional...cit., que recogen también un supuesto específico de pacto de permanencia regulado en el art.20,2º del R.D. 2.205/1980, de 13 de junio que regula la relación del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares, y en el que se fija una limitación temporal distinta y superior -tres años- a la que recoge con carácter general el E.T. (pp.163, y 164 y 168).

formación recibida a cargo del empresario, podría discutirse su concurrencia en el caso del personal directivo.

Mientras que para el trabajador común cobran especial sentido los distintos derechos de protección de la profesionalidad, o más bien aquéllos que suponen el desarrollo a nivel legal del derecho constitucional del trabajador a la formación profesional y la promoción⁹⁴, cabría preguntarse qué sentido tiene el reconocimiento y protección de esos derechos respecto de los trabajadores de alta dirección. Y ello, debido nuevamente a la propia naturaleza de las funciones directivas cuyo ejercicio por el trabajador implica ya, necesariamente, el ostentar un elevado grado de cualificación y especialización profesional y de experiencia. Otra cosa será que el directivo acceda a ese cargo o puesto de alta dirección por promoción en el seno de la empresa habiendo obtenido la cualificación necesario previo el transcurso de un período de formación, en cuyo caso sí cobraría su sentido el pacto de permanencia suscrito en ese momento.

La lógica consecuencia de la vulneración de estos deberes o compromisos por el directivo es el despido por transgresión de la buena fe contractual, así como el resarcimiento de los daños irrogados a la empresa, como por lo demás ocurre en relación con el trabajador común. Perjuicio cuya entidad deberá ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y particularmente la naturaleza y fundamento de estos deberes en esta relación laboral especial.⁹⁵

⁹⁴PERALTA DE LA CAMARA, J.L./QUESADA SEGURA, R. loc.cit., p.169.

⁹⁵DURAN LOPEZ, F. "Pacto de no concurrencia...loc.cit.", p.177.

3.- Incidencia en la relación laboral suspendida.

Un último problema que cabe plantear en torno a estos pactos es el que se refiere a las interacciones que podrían producirse entre los que se hubieren insertado en la relación común inicial, cuando el trabajador es promovido a alto cargo, ex art.9 RDAD.

Este supuesto, a su vez, puede desdoblarse en dos tipos de problemas cuyo planteamiento podría ser el siguiente:

a) Incorporación de alguno de dichos pactos en la relación común inicial y posterior promoción a alto directivo del trabajador.

En este caso, es opinión mayoritaria la de que durante la suspensión del contrato de trabajo no pierden vigencia las obligaciones legales o pactadas de no concurrir con el empresario o de permanecer en la empresa por un determinado período de tiempo.⁹⁶

Las distintas situaciones que podrían plantearse serían las siguientes:

a.1.-) En relación con la limitación de actividades concurrentes, en este caso concreto de suspensión del contrato parece que el mecanismo de permanencia de dichas obligaciones no tendría mucha virtualidad, dado que el trabajador permanece vinculado al mismo empresario -salvo en el supuesto de promoción en el seno de un grupo de empresas, en el que aunque la titularidad del vínculo pudiera entenderse conjunta hay un cambio siquiera formal en la figura del empresario-, pero, y sobre todo, porque aun cuando no hubiera existido un compromiso de plena

⁹⁶CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J. op.cit., pp.156 y ss.

dedicación, la exclusividad del directivo opera automáticamente y sin necesidad de previsión expresa, como ya se ha indicado anteriormente.

Sí tiene trascendencia, en cambio, a la hora de reanudar la relación común suspendida, momento en el que el pacto recobraría su sentido y plena vigencia.

a.2.-) En cuanto al pacto de permanencia en la empresa, no plantea problemas su mantenimiento durante el tiempo en que el trabajador esté ocupando el puesto de alta dirección, salvo que se produzca un abandono del trabajador de este puesto que implique una total desvinculación de la empresa, circunstancia que provocaría la obligación de resarcimiento por parte del trabajador de los perjuicios causados al empresario por el incumplimiento de dicho pacto incorporado a la relación común y que permanecía vigente durante la suspensión de la misma.

a.3.-) El pacto de no competencia futura no plantea problemas específicos, salvo el de entenderlo extinguido con el transcurso de su máxima duración, aun cuando ésta se produzca vigente la relación laboral especial de alta dirección.

b) Incorporación de alguno de estos pactos a la relación común inicial y posteriormente también a la relación especial a la que es promovido el trabajador.

b.1.-) El primer supuesto que cabría examinar sería el de la concurrencia de un pacto de plena dedicación como trabajador común y la posterior promoción a alto directivo del trabajador con pacto expreso por el que se otorgue la autorización empresarial expresa para celebrar contratos de trabajo con otras empresas, como dice el art.8,1º RDAD.

Sin embargo, este supuesto resulta un tanto artificioso, aunque teóricamente se pueda plantear y respecto del cual puede pensarse que sólo supondría un acuerdo novatorio que, con la voluntad acorde de ambas partes, no plantearía problema alguno de validez y aplicabilidad a la relación laboral.

b.2.-) En cuanto al pacto de no competencia futura hay que recordar que está concebido en idénticos términos para el trabajador común y el de alta dirección, con lo que no parece que se planteen conflictos aplicativos ni incompatibilidad entre ambos pactos.

En cuanto al cómputo de la duración máxima, éste se inicia en el momento de extinguirse la relación laboral, por lo que si se opta por la extinción de la relación común al promoverse al trabajador a alto cargo dicho cómputo sólo se iniciará transcurrido el plazo de dos años en que consiste el período de demora de los efectos novatorios de la promoción del trabajador a alto directivo en ese caso⁹⁷. En este caso, podría entenderse que el pacto de no competencia futura de la relación queda comprendido en la exclusividad o plena dedicación del directivo, y que el empresario que autorizase expresamente al alto directivo la celebración de otros contratos estaría, implícitamente, renunciando al pacto de no competencia futura celebrado con ocasión de la anterior relación común.⁹⁸ O bien, que dicho pacto sólo juega en el supuesto de extinción de cualquier

⁹⁷Art.9,2º, inciso final del R.D.1382/1985: "Si se optase por la sustitución de la relación laboral común por la especial, tal novación sólo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio".

⁹⁸DURAN LOPEZ, F. "Pacto de no concurrencia", loc.cit., entiende que el pacto es renunciabile por el empresario, liberando al trabajador de la limitación para el ejercicio de su libertad de trabajo, pero que el empresario también debería preavisar al trabajador (p.200).

vinculación con el empresario.

Por lo mismo, si la no competencia futura se pacta tras la promoción, dicho pacto entrará en vigor extinguida la relación especial y será en ese momento cuando se comience a contar la duración máxima del mismo. El problema se planteará cuando el trabajador retorne a la relación común, lo que provoca la necesidad de determinar si el pacto de no competencia futura se transforma en un compromiso de dedicación exclusiva del trabajador común o si dicho pacto, de distinta naturaleza que el de exclusividad simplemente puede tener virtualidad si la relación común se extingue simultáneamente a la extinción de la relación especial, entrando en juego el compromiso adquirido de no competir con el empresario.

Parece que esta última es la solución más acorde con la naturaleza y finalidad del pacto de no competencia futura que implica la adquisición de cierto compromiso para un momento posterior al de la vinculación del trabajador con un concreto empresario, lo sea en virtud de una relación común o especial, y que presupone la cesación de dicha vinculación y está concebido para entrar en juego en relación con futuras posibles vinculaciones con otros empresarios. Esta solución implica la imposibilidad de superposición de este tipo de pacto en la relación común y en la relación especial, entendiéndose que, dada la idéntica limitación temporal, con una sólo vez que se pacte entraría en juego la limitación de otras posibles actividades concurrentes, una vez extinguidas ambas relaciones.

b.3.-) Pacto de permanencia en la empresa. Tampoco aquí supone un especial obstáculo la posible sucesión de dos relaciones laborales de distinto carácter, dado que se habla de permanencia "en la empresa", lo que implica la posibilidad de computar el tiempo que dure el compromiso, tanto si el trabajador

se encuentra encuadrado en una relación laboral común como si lo está en una especial. La única particularidad estaría constituida por la diferente duración máxima del compromiso en la relación común, que es de dos años, y en la especial, que no tiene fijada limitación alguna a la voluntad de las partes⁹⁹.

Esto significa, probablemente que, si se pacta la permanencia en la empresa cuando el trabajador se encuentra vinculado a la misma en virtud de una relación laboral de carácter común y es promovido a alto cargo, se computará como período de permanencia en la misma, el que el trabajador se encuentre ocupando el puesto de alta dirección. Y ello es lógico en la medida en que la formación recibida por el trabajador a cargo de la empresa en la que se encuentra la causa misma del acuerdo y cuya rentabilización se persigue por el empresario con dicho compromiso, puede estar en el origen de la decisión empresarial de promover al trabajador a alto directivo, con lo que el propio interés empresarial está siendo satisfecho con el desempeño por aquél de las tareas de alta dirección.

Si, a diferencia del supuesto anterior, el pacto se inserta en el momento de celebrarse el contrato de alta dirección o, en el caso de la promoción, de pactarse la misma, es en ese momento cuando debe empezarse a contar el transcurso del período de tiempo estipulado. Lo que no parece de recibo es sumar el tiempo de duración de dos sucesivos pactos de permanencia en la empresa pactado respectivamente con ocasión de la relación común y de la especial. Tampoco parece adecuada la solución de entender suspendido el cómputo del período de duración del pacto de permanencia correspondiente a la relación común, que se reanudaría en el momento de reincorporarse a la misma una vez extinguida la relación especial. Quizás sí pudiera defenderse la

⁹⁹Arts. 21,4º E.T. y 8,2º R.D.1382/1985.

sucesión de pactos concertados en ambas relaciones, interrumpiendo el cómputo del inicialmente pactado que sería sustituido por el que se incorpora a la relación especial.

Todo dependerá de si se entiende que el compromiso tiene la finalidad de garantizar la permanencia del trabajador "en la empresa" o "en la relación" y, por otra parte, dado el distinto plazo máximo de duración que se establece dependiendo de si se trata de una relación común -dos años- o especial -cuatro años-, de la necesidad de llevar a cabo el cómputo separadamente en cada una de ellas.

VIII.- LAS ESPECIALIDADES DEL REGIMEN SALARIAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCION.

Quizá estemos en presencia de una de las materias más características del régimen jurídico de la relación especial del personal de alta dirección, junto con el régimen extintivo del contrato del alto directivo. En ambos casos se altera sustancialmente el régimen común, aunque desde el punto de vista técnico-jurídico plantee un mayor número de cuestiones problemáticas el segundo de estos temas, que será abordado en el capítulo siguiente. Sin duda las cuestiones salariales presentan un mayor interés desde el punto de vista socio-económico, e incluso desde el punto de vista de la propia organización de la empresa y los criterios de funcionamiento interno de la misma, sobre todo en materia de incentivos a su personal. Los aspectos jurídico-laborales son los que se van a tratar aquí.

Para una mejor comprensión de las especialidades del régimen retributivo del alto directivo hay que partir, nuevamente, de la insistencia en la especial confianza que el empresario deposita en este tipo de trabajadores, por lo que surge la necesidad de incentivarlos en el logro del máximo rendimiento personal, que

se va a traducir en una mejora de la marcha de la empresa tanto en la consecución de sus fines generales como de algún aspecto o sector vital de su actividad y, por último, del tipo de facultades que ejercita, de la autonomía con que lo hace y la clase y amplitud de las responsabilidades que de ello pueden derivarse. .”

1.- Criterios de fijación, forma y cuantía de las retribuciones del personal de alta dirección.

Como ya se estableciera en el art.9º del Decreto 1.844/1960, de 21 de septiembre¹⁰⁰, la remuneración del trabajo se fijará en atención, preferentemente, a unos factores entre los que se encuentran, la clase de empleo, el tiempo exigido para adquirir la capacitación profesional exigida por el trabajo, el esfuerzo, capacidad o destreza que requiera, los riesgos e incomodidades que comporte, el rendimiento exigible y la perfección de la labor realizada.

Se retoma esta anacrónica cita normativa, porque probablemente sirva para ilustrar acerca de las razones o motivos por los que en la práctica se fijan tan elevadas retribuciones en favor de los trabajadores de alta dirección. Y, a su vez, explica que el RDAD aun no estableciendo ninguna normativa concreta sobre las percepciones del directivo, sin embargo, se refiera a ellas cuando exige que el contrato concrete algunas cuestiones con carácter de contenido mínimo, poniendo de relieve la trascendencia de este dato en este tipo de contratos, lo cual también es un índice de la insuficiencia de las previsiones contenidas en la normativa general sobre salarios y la necesidad de que sean las partes las que determinen la estructura y cuantía

¹⁰⁰Contenido en el anexo al libro Dieciséis lecciones...cit., pp.383 y ss.

de los salarios de los altos directivos.

En relación con dichos factores o criterios que han de servir para la concreción y cuantificación de la retribución, y concretado a los directivos, se puede recordar que serán la especial naturaleza de sus funciones, la vinculación del ejercicio de las mismas a la consecución de los objetivos empresariales, las limitaciones a que se sujeta en su libre ejercicio profesional, sin limitaciones estrictas de horarios y duración de jornada y trabajando generalmente con exclusividad para un sólo empresario, y los riesgos y responsabilidades que asume, serán entre otros factores, los que sirvan como punto de referencia. Puede decirse que al directivo "se le deben dar los incentivos necesarios para asegurarse que revela con precisión su información y que utiliza su experiencia para tomar aquellas decisiones que benefician a los accionistas o dueños de la empresa."¹⁰¹

Es significativo a estos efectos, que la retribución del personal de alta dirección no atienda estrictamente a los parámetros habituales de cuantificación del salario: unidad de tiempo, unidad de obra, sistemas mixtos.

Pero los emolumentos del trabajador de alta dirección, plantean más cuestiones de otra índole que las propiamente salariales. Concretamente se tratarán en el apartado correspondientes las que afectan a las partidas computables a

¹⁰¹JOAN ENRIC RICART COSTA, On Managerial Contracts (Sobre contratos para directivos), Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, p.5. El autor, desde el punto de vista económico, analiza la contraposición de intereses existente entre el interés del ejecutivo por su capital humano y el de la empresa por su retorno financiero; COHEN, Gerald J., La naturaleza de la función directiva, Madrid, 1991, resalta que en la Dirección por objetivos (DpO) "la recompensa está directamente relacionada con la consecución de los objetivos" (pp.157 y 393).

efectos de indemnización por extinción de la relación especial.

Es a dichos efectos indemnizatorios cuando se plantean los problemas de determinación de la naturaleza de alguna partida en concreto de las que componen dicho salario, o de la modalidad que se haya adoptado en la retribución de los servicios del alto directivo.¹⁰²

Puede decirse con carácter general que en esta relación laboral cobran una mayor importancia los salarios en especie, si bien la modalidad que adopten dichas cantidades es variada según la práctica empresarial.

Se puede partir de la consideración del salario en especie como "aquel que se abona en bienes valiosos que no son dinero... (pudiendo) incluirse cualquier especie pensable que cumpla el fin perseguido por el salario mismo, es decir, retribuir los servicios prestados por el trabajador."¹⁰³

Desde este punto de vista, se ha afirmado que el disfrute de determinados bienes por parte del trabajador de alta dirección, será considerado salario en especie cuando se conceda en beneficio o utilidad del propio trabajador, no en cambio cuando obedezca a necesidades del mejor cumplimiento de sus obligaciones y venga impuesto, por tanto, por la necesidad de

¹⁰²S.TS. de 4 de diciembre de 1990 (R.9751) en la que el se declaró la competencia de la jurisdicción social para resolver un litigio planteado en una escritura de venta de acciones del directivo, entendiéndose que la previsión pactada en la cláusula debatida tenía naturaleza indemnizatoria para el caso de cese del directivo.

¹⁰³SANCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. "Los salarios en especie", en Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases, Madrid, 1971, p.218.

lograr con mayor eficacia los fines empresariales.¹⁰⁴

En este último caso, más que de salario en especie se trataría del otorgamiento al trabajador de una serie de instrumentos o medios de trabajo, cuestión que deberá determinarse en cada caso.

Así, es frecuente que al directivo se le reconozca además de un salario en metálico de cuantía elevada, el disfrute de un vehículo, de una vivienda acorde con el elevado status socio-económico de estos trabajadores -por lo que no parece puedan ser de aplicación las normas anteriores al ET sobre condiciones higiénico-sanitarias y morales de dichas viviendas facilitadas por el empresario¹⁰⁵-, y otros beneficios como el reconocimiento de una cuantía en concepto de gastos de representación, suscripción de planes o fondos de pensiones, etc.

Un supuesto especialmente significativo se planteó a la hora de determinar qué naturaleza tenía un acuerdo insertado en el contrato de un director gerente de una empresa en virtud del cuál una parte del salario de aquél sería abonada por la empresa a otra entidad en concepto de pago por subrogación de cantidades a cuenta del precio aplazado por la compra a favor del trabajador de tres apartamentos. Dicho compromiso, aceptado por la empresa vendedora de dichos inmuebles, subsistiría en tanto el trabajador se mantuviese en el cargo, o si fallecía, era declarado incapaz o despedido o cesado improcedentemente.

¹⁰⁴ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. Op.cit., p.328, con cita de la sentencia TS. de 21 de diciembre de 1990 (R.9821) en la que se ofrecieron inicialmente al trabajador el "uso de un automóvil, seguro médico, plan de pensiones, seguro de vida, cuota de asociado de AMEX e IAPA", aunque posteriormente no se incorporaron al contrato.

¹⁰⁵Art.48 LCT de 1944.

El TS llega a la conclusión de que se trata de una especial modalidad retributiva pero, en este caso, de naturaleza híbrida puesto que el mantenimiento de dicho compromiso aún en los casos de fallecimiento, incapacidad o despido improcedente, le otorga también naturaleza indemnizatoria.¹⁰⁶

En relación con esta cuestión conviene aclarar también que aunque para el reconocimiento de dichas partidas del salario en especie sea necesaria la celebración o formalización de otro negocio jurídico distinto del contrato de trabajo mismo, éste será el origen o causa de aquél, puesto que "es el trabajo el objeto principal de la relación jurídica...".¹⁰⁷

2.- Las garantías del salario del trabajador de alta dirección.

Antes del examen de la regulación contenida en el RDAD sobre las garantías del salario en sentido estricto podrían incluirse en este apartado otras cuestiones concretas que hacen referencia a la retribución del alto directivo.

La primera sobre la aplicabilidad a estos trabajadores de los derechos o principios constitucionales en materia salarial. Más precisamente el derecho mismo a la retribución y el principio de igualdad, aunque en relación con este último el término de comparación sea difícil de fijar, puede ir referido tanto a otros directivos del sector o empresas afines, o a los directivos de la misma empresa anteriores o posteriores -perspectiva diacrónica-, o a trabajadores de alta dirección de distinto sexo,

¹⁰⁶S.TS. de 27 de julio de 1990 (R.6487).

¹⁰⁷SANCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. loc.cit., p.220.

etc.¹⁰⁸

La segunda, aunque se trate de una hipótesis de trabajo claramente irreal, es la que se refiere a la aplicabilidad a la relación laboral especial de alta dirección de la garantía que supone el reconocimiento de la cuantía del SMI. Parece que la solución deba ser negativa al no establecerse nada al respecto en el RDAD, aunque se trate en la realidad de una garantía innecesaria.¹⁰⁹

Y en tercer lugar, el inconveniente que supone para la actualización de la cuantías de los emolumentos de los altos directivos su generalizada exclusión de las tarifas contenidas en la negociación colectiva.¹¹⁰ Sin embargo, al margen de que la estructura del salario del directivo seguramente permitirá su puesta al día indirecta, por ejemplo si una parte importante del salario del directivo se fija en un determinado porcentaje sobre los beneficios de la empresa u otra modalidad similar, también está abierta en todo caso la posibilidad de renegociar periódicamente esa materia del contrato e introducir las correspondientes novaciones objetivas en el mismo, lo cual, por lo demás, es aplicable a cualesquiera materias que formen parte del contenido del contrato del alto directivo.

El RDAD en su art.15 en relación con las retribuciones del este personal les reconoce las garantías del salario consistentes en la inembargabilidad de la cuantía equivalente al SMI -

¹⁰⁸FERNÁNDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit.(II), p.8, sobre la dificultad de establecer un término de comparación; SALA FRANCO, T. Op.cit., p.52, sobre la comparación en sentido diacrónico.

¹⁰⁹IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.78.

¹¹⁰Puesto de manifiesto por FERNÁNDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., p.8.

art.27,2º ET-, pago referido a un período máximo mensual, percepción de anticipos a cuenta, derechos inherentes al pago de comisiones, interés por mora del 10% y modalidades de pago - art.29 ET-, y privilegios del crédito salarial -art.32 ET¹¹¹

Al no existir remisión expresa, todas las demás cuestiones que pudieran referirse a las garantías del salario, no serían de aplicación a los altos directivos. Así se ha entendido por la doctrina, concretamente en relación con la prohibición de asunción por el empresario de las cargas fiscales y de Seguridad Social del directivo.¹¹² A pesar de alguna resolución jurisdiccional que estimó aplicable por analogía en art.26,3º ET¹¹³.

3.- La problemática particular del Fondo de Garantía Salarial.

En relación con esta cuestión parte de la doctrina venía recogiendo lo inexplicable de la omisión cometida por el RDAD que al regular las garantías del salario no incluyó remisión alguna

¹¹¹SALA FRANCO, T. Op.cit., pp.49 y 50.

¹¹²FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit.(II), p.8; IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.79; SALA FRANCO, T. loc.ult.cit., p.51.

¹¹³S.TS. de 16 de diciembre de 1989 (R.9245), aunque la argumentación se lleva a cabo en relación con la indemnización que el trabajador debía abonar a la empresa en concepto de resarcimiento por incumplimiento del plazo de preaviso en un supuesto de desistimiento del propio trabajador. Se cuantificó dicha indemnización en seis meses de salario fijo bruto, de los que "no debe deducirse cantidad alguna por la cuota a su cargo en la cotización a la Seguridad Social y de retención a efectos de IRPF, al tratarse de aportaciones obligatorias del trabajador que debe satisfacer sobre el salario que percibe, de acuerdo con lo que dispone el art.26,3º E.T., de aplicación analógica al caso presente..."

al art.33 ET¹¹⁴.

Por su parte también la jurisprudencia inicialmente llevó a cabo una interpretación en el sentido de afirmar la exclusión de los altos directivos de este mecanismo de protección del salario ante la omisión que en tal sentido se advierte en el RDAD, y dado que el RD 505/1985 se remitía en sus arts.11 y 13, salvo para los deportistas y mediadores mercantiles, a lo que se dispusiese en la normativa sobre relaciones especiales.¹¹⁵

Precisamente, el fundamento de la negativa a la inclusión de los altos cargos en la protección dispensada a través del FOGASA, se encuentra en la remisión que lleva a cabo el art.11,2º del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, a la normativa específica reguladora de las relaciones laborales especiales, en materia de obligación empresarial de cotizar a dicho Fondo, y en la falta de referencia expresa en el art.15,1º RDAD al art.33 ET¹¹⁶.

¹¹⁴ALONSO OLEA,M./BARREIRO GONZALEZ,G. Op.cit.,p.152; IGLESIAS CABERO,M. Op.cit., p.88.

¹¹⁵En la jurisprudencia vid S.TS. de 16 de octubre de 1989 (R.7278); S.TS. de 29 de enero de 1990 (R.230); S.TS. de 17 de septiembre de 1990 (R.7017). En la doctrina anterior al R.D.1382/1985, vid por todos GARCIA MURCIA,J. "La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial", en Comentarios a la nueva legislación laboral (Coord. Miguel Rodríguez-Piñero), Madrid, Tecnos, 1985, p.145.

¹¹⁶Entre los autores que suscriben esta tesis vid BORRAJO DACRUZ,E. "Exclusión del personal de alta dirección del FOGASA", Nota a la Sentencia del TSJ de Navarra (Sala de lo social), de 27 de octubre de 1989, A.L.nº1, 1990, pp.42 y 43; GARCIA MURCIA,J. "El régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial", en R.L.,nº9, 1985, pp.14 y 15; MONTOYA MELGAR,A. "La reforma del Fondo de Garantía Salarial (la Ley 32/1984,, de 2 de agosto, y el R.D.505/1985, de 6 de marzo)", en D.L.,nº17, 1985, entendiéndose excluido al personal de alta dirección (pp.16,17 y 18); RODRIGUEZ-PIÑERO,M. "El contrato de trabajo...loc.cit., p.61.;

Como motivación de fondo de dicha exclusión u omisión de referencia expresa a la protección dispensada por el Fondo de Garantía Salarial en relación con el personal de alta dirección, basta recordar que se está ante un colectivo profesional especialmente privilegiado en materia retributiva, dada la elevada cuantía de los emolumentos que generalmente perciben, siempre que efectivamente se trate de altos cargos en sentido estricto y no de otros directivos o mandos dentro de la empresa que, como trabajadores comunes tendrían la protección otorgada por esta institución de garantía.¹¹⁷

Lo anterior opera en dos distintos sentidos. Por un lado, hace innecesario seguramente el dotar de una especial protección las cantidades que se adeuden al trabajador, dada la falta de perentoriedad con que dichas cantidades son percibidas o con que se espera su percepción en este caso particular. Por otro, y debido a la limitación de las cuantías de cuyo abono se hace cargo el Fondo, porque la protección otorgada respecto del personal de alta dirección tendría escasísima virtualidad.

Más aún, convendría incluso advertir cómo la especial naturaleza de las funciones ejercitadas por este tipo de personal dentro de la empresa que, en muchas ocasiones puede incidir en la marcha misma del negocio, podría llegar a ser determinante en el hecho de que la empresa se vea incurso en una situación de crisis económica o insolvencia, supuestos de hecho sobre los que opera la protección garantizada por el Fondo.

SALA FRANCO, T. Op.cit., pp. 50 y 51.

¹¹⁷GARCIA MURCIA, J. El Fondo de Garantía Salarial, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, p.135.

Sin embargo, fueron algunos de los Tribunales Superiores de Justicia de diversas Comunidades Autónomas los que iniciaron una tendencia interpretativa diversa de la anteriormente expuesta. Para ello se apoyaron no en la normativa interna sobre el particular tema que se examina, sino en los principios de primacía y efecto directo de la normativa comunitaria, constituida en relación con esta materia por la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, modificada por la Directiva 87/164/CEE, de 2 de marzo, con motivo de la adhesión de España a la Comunidad Europea.¹¹⁸

Del juego de ambas normas comunitarias se deduce que el ámbito de aplicación de la protección otorgada en determinados casos de insolvencia empresarial, se referirá a los "trabajadores asalariados", y por los créditos a su favor "derivados de contratos de trabajo y relaciones laborales" (art.1,1 Dir.80/987), con la sólo excepción para el caso español de los "empleados domésticos al servicio de una persona física" (art.1 Dir.87/164). Esta solución se basa en el ejercicio por el Gobierno español de la posibilidad contemplada en la propia Dir.80/987, que en su art.1,2 admite con carácter excepcional la exclusión de su propio ámbito de aplicación de "determinadas

¹¹⁸S.TSJ. de La Rioja, de 27 de marzo de 1990 (R.2186); del mismo Tribunal, sentencia de 31 de diciembre de 1990 (R.2258), con cita de las de los TSJ. de Madrid, de 12 de marzo de 1990 y de 23 de octubre de 1989, y de Navarra de 27 de octubre de 1989 (R.701); S.TSJ. del País Vasco, de 7 de enero de 1992 (R.163). Vid también las que citan FERNANDEZ LIESA, C.R./RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. "Estudio de la sentencia **Francovich & Bonifaci**". Derecho europeo, responsabilidad del Estado y efecto directo de las directivas", Cuadernos jurídicos, nº2, noviembre 1992, pp.22-37; y ARANA NAVARRO, J. "La incorporación de la Directiva 80/987/CEE al Derecho español", en Gaceta Jurídica de la CEE, 99, 1991, p.5.

categorías de trabajadores asalariados, en razón de la **naturaleza especial** del contrato de trabajo o de la relación laboral de aquéllos, o en razón de la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores asalariados una protección equivalente a la que resulta de la presente Directiva".

El TS, sin embargo, en dos sentencias dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina va alterar esta posición doctrinal. En la primera de ellas, entiende el Alto Tribunal que la norma comunitaria no podría ser invocada y aplicada directamente ante y por nuestros tribunales en tanto no transcurriese el plazo previsto en la propia norma para la adaptación de las normativas internas a los mandatos contenidos en aquélla -36 meses desde el 1 de enero de 1986-, y como la sentencia de instancia había recaído el 18 de octubre de 1988 no cabía la invocación de la Directiva de referencia. En la segunda de las sentencias entiende que la normativa comunitaria no cumple los requisitos de incondicionalidad y precisión para ser aplicada directamente en nuestro ordenamiento interno y por nuestros tribunales, dado que no hay suficiente adecuación de sus normas a las previsiones de la Directiva, ni sobre los períodos laborales de retribución asegurada, ni tampoco sobre los principios mínimos de financiación, al no financiarse el Fondo con las cotizaciones de los empresarios por el personal de alta dirección, por todo lo cual ha de considerarse inaplicable.¹¹⁹

¹¹⁹La de 13 de junio de 1991 (R.5147) contra una sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de octubre de 1990 (absolviendo al FOGASA), por comparación con la del TSJ de La Rioja de 27 de marzo de 1990, que condenó al citado organismo al pago de determinadas cantidades al actor, también alto cargo; y la de 13 de julio de 1991 (R.5985), recaída en recurso interpuesto contra una sentencia del TSJ de La Rioja de 31 de diciembre de 1990, por comparación con la doctrina contenida en las de los TSJ de Navarra de 27 de octubre de 1989 y de Madrid, de 12 de marzo de 1990.

Pero la cuestión no se ha zanjado definitivamente, en la medida en que un nuevo y reciente dato se suma a los anteriores. Se trata de la S.TJCE de 19 de noviembre de 1991, sentencia dictada en relación con los asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, "**Francovich & Bonifaci**", y que resulta de trascendencia por varias y diversas razones. En primer lugar, porque introduce un nuevo principio ya insinuado con anterioridad por la jurisprudencia y que se considera inherente al sistema del Tratado. Se trata del principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del derecho comunitario que les sean imputables, para lo que entiende necesaria la concurrencia de tres requisitos: a) que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos en favor de los particulares; b) que el contenido de esos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva; y c) que exista nexo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas. En segundo lugar, tiene una importancia especialmente referida a la regulación de estas cuestiones en el derecho interno español, en relación con el efecto directo de la Directiva en cuestión y su incidencia en la normativa interna sobre el FOGASA, fundamentalmente en cuanto se refiere al ámbito personal de la protección otorgada por el mismo.

El Tribunal entiende que las normas de la Directiva 80/987 cumplen el requisito de ser "suficientemente precisas e incondicionales" para la atribución de dicho efecto directo, sólo en relación con los beneficiarios y los derechos reconocidos, no en cuanto a la designación de la institución garante o deudora. En relación con los beneficiarios, puesto que se parte de la concurrencia de la condición de trabajador asalariado conforme al concepto contenido en cada ordenamiento interno y la inexistencia de una exclusión expresa formulada por el Estado

miembro de que se trate e incluída en el Anexo correspondiente a la propia Directiva 80/987. En relación con los supuestos de insolvencia, se enumeran o describen en el propio art.2 de la Directiva que también se remite a la regulación interna sobre procedimientos concursales. Y respecto del contenido de la garantía, a pesar de que la norma comunitaria establece diversas opciones a ejercitar por cada uno de los Estados miembros, se entiende que de ello puede deducirse un "mínimo de protección". Finalmente, es sobre la institución deudora respecto de lo cual la normativa comunitaria no resulta suficientemente precisa e incondicional, por lo que se rechaza su efecto directo.¹²⁰

Sin embargo, como han señalado algunos comentaristas de esta sentencia, puede entenderse que el efecto directo se reconoce en relación con las materias que dentro de la Directiva tienen suficiente precisión y determinación, y también en relación con los sistemas estatales que hayan dado cumplimiento a sus contenidos de forma parcial o incompleta, de manera que en relación con el ordenamiento laboral español donde ya existe una institución de garantía como es el FOGASA, la protección otorgada a través del mismo deberá comprender a todos los trabajadores asalariados a los que se refiere la Directiva 80/987, salvo los expresamente excluidos a través de su inclusión en el anexo correspondiente, esto es, los empleados de hogar al servicio de una persona física.¹²¹

¹²⁰ Vid texto de la sentencia anotado en A.L., nº20, 1992, pp.1145-1153; también MARTIN VALVERDE, A. "La jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1991)", Derecho de los Negocios, Notas de Actualidad. Relaciones Laborales, octubre 1992; CANDIL MUÑOZ, R.S. "La protección del salario de los altos directivos a la luz de la normativa comunitaria", Tapia, nº65, sep.1992, pp.67-69.

¹²¹ Extensamente sobre esta cuestión FERNANDEZ LIESA, C.R./RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. "Estudio de la sentencia **"Francovich & Bonifaci"**...loc.cit., pp.22-37. También a favor de

Algunos autores han ido más allá en la concreción de la aplicación de la protección dispensada por la Directiva 80/987 al personal de alta dirección, proponiendo la siguiente fórmula: "...por aplicación de la Directiva 80/987, el Estado español, pese a no haber dictado norma directa sobre este particular, y en su consecuencia el Fondo de Garantía Salarial (como organismo ejecutor de la política estatal en esta materia) están obligados a reconocer, por causa de insolvencia patronal y a los altos cargos las remuneraciones correspondientes a ocho semanas, con el límite del doble del salario mínimo interprofesional. Estas dos semanas corresponderán a las remuneraciones, continuas o discontinuas y no prescritas, de los últimos dieciocho meses... Asimismo han de garantizarse las prestaciones de S.S. nacional sin perjuicio de las cuotas dejadas de cotizar por causa de insolvencia patronal y las prestaciones de posibles Fondos de Pensiones, establecidas en norma laboral (ordinariamente convenios colectivos) siempre y cuando se trate de contingencias de vejez y supervivencia." ¹²²

la aplicabilidad directa de la Directiva 80/987, ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. Op.cit., p.359; MARTIN SERRANO, "La responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial por indemnización por despido", en Estudios sobre el despido disciplinario, Madrid, ACARL, 1989, p. ; MARZAL MARTINEZ, O y LLUIS Y NAVAS, J. "Los altos cargos y el Fondo de Garantía Salarial (ante un ejemplo de la incidencia del Derecho comunitario sobre el español)", A.L. n^o 31, 1992, pp.541-553.

¹²²MARZAL MARTINEZ, O y LLUIS Y NAVAS, J. "Los altos cargos y el Fondo de Garantía Salarial (ante un ejemplo de la incidencia del Derecho comunitario sobre el español)", loc.cit., p.551. En contra del aseguramiento del salario de las últimas ocho semanas, vid ARANA NAVARRO, J. loc.cit., por entender que el art.33 E.T. es de rango superior que el R.D.1382/1985, cuyo art.15 sería, pues, nulo, lo que implicaría la aplicación de los límites de cobertura del propio E.T. y no los mínimos de protección de la Directiva (p.6).

Esta propuesta concreta se construye sobre la base de la posibilidad que contempla la propia sentencia **Francovich**, de considerar, en cuanto al contenido de las garantías contempladas en la Directiva 80/987, un mínimo de protección, como se vio antes, entendiendo por tal el que está constituido por aquella parte de la opción -de las diversas que se incluyen en la propia directiva- que implique una menor carga para la institución garante, y por la que previsiblemente el Estado se hubiera inclinado al ejercitar dicha opción en su obligación de arbitrar los medios para la consecución de los resultados prescritos por la directiva.¹²³

A pesar de esta larga exposición, la clave debe hallarse en la referencia de la Directiva comentada a la noción de trabajador "asalariado" y a la remisión que para su concreción se lleva a cabo a cada ordenamiento interno. Si conforme al nuestro se llega a la conclusión de que el alto directivo no reúne los caracteres esenciales de dicho concepto, tampoco le alcanzaría la protección dispensada en virtud de la aludida Directiva, al igual que ocurre con otras muchas normas internacionales y comunitarias, algunas de las cuales ya han sido analizadas en su alcance personal o subjetivo.

¹²³El tenor literal de la sentencia establece: "...es posible determinar la garantía mínima prevista por la Directiva, basándose en la fecha cuya elección ocasiona la carga menos gravosa para la institución de garantía..."; "...del tenor literal de la Directiva resulta que los Estados miembros tienen la facultad de limitar las garantías concedidas a los trabajadores a determinados períodos anteriores a la fecha elegida, los cuales se fijan en función de esa fecha, de modo que es posible, en cualquier caso, determinar hasta qué punto habría podido el Estado miembro reducir la garantía prevista por la Directiva según la fecha que habría elegido si hubiese adaptado el Derecho nacional a la Directiva..." (A.L., nº20, 1992, pp.1147 y 1152)

4.- La Seguridad Social de los altos directivos.

Se incluye en este apartado la problemática sobre la Seguridad Social de los trabajadores de alta dirección en atención a su consideración de garantía del mantenimiento de determinadas percepciones económicas, aunque partiendo ya de la menor importancia o relevancia que estas cuestiones tienen para este peculiar colectivo, no sin poner de manifiesto su complejidad técnica.

La primera de dichas características, la menor relevancia práctica o real de la protección otorgada a los altos directivos por el sistema de Seguridad Social, se refleja en la importancia que adquieren, como parte del salario en especie del directivo, la suscripción de Planes y Fondos de Pensiones con entidades privadas. Seguramente obedece a la desproporción que existe entre las cuantías salariales que durante su vida activa perciben los trabajadores de alta dirección, en relación o comparación con la cuantía de las pensiones máximas a que podrían tener derecho, por el juego de las cotizaciones efectuadas (el directivo quedaría encuadrado en el grupo 1º de la tarifa, cotizando por la base máxima o el tope máximo según se trate del aseguramiento de las contingencias comunes o profesionales respectivamente) y de la fijación de cuantías máximas a las pensiones públicas.

La segunda de dichas características, el elevado grado de complejidad técnica de la problemática del encuadramiento del directivo en el propio sistema, obedece a la misma dificultad de delimitación conceptual de trabajador de alta dirección, y su delimitación en relación con las figuras de los socios y consejeros de las sociedades, ocasionada frecuentemente por el ejercicio simultáneo de funciones inherentes a más de una de dichas posiciones.

Para resolver esta dificultad, hay que diferenciar además de la condición que ostenta el trabajador a encuadrar, el tipo de sociedad de que se trate.

Así, en primer lugar, en las sociedades personalistas los socios se encuentran expresamente incluidos en el R.E. de Trabajadores Autónomos, en virtud del art.3,c) R.D.2530/1970, de 20 de agosto, siempre y cuando trabajen en el negocio en calidad de socio, a título lucrativo y de forma habitual y directa.

En las sociedades civiles y comunidades de bienes ocurre lo mismo con los socios o partícipes, siempre que concurren los mismos requisitos, esto es, la prestación de sus servicios de forma personal, habitual y directa.

Finalmente, en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, en virtud del art.61 de la LGSS, los trabajadores directivos quedarán incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social¹²⁴. Además, en cuanto a los consejeros, siempre que se den los requisitos de actuación personal, directa y habitual en las tareas inherentes a tal consejo, se incluirán en el R.E. de Autónomos, quedando excluidos en los demás casos.

Ante la dificultad de determinar la inclusión o exclusión en el ámbito laboral en función del contenido de la actividad, y recogiendo la tesis jurisprudencial de que lo

¹²⁴ALONSO OLEA, M./TORTUERO PLAZA, J.L., Instituciones de Seguridad Social, 12ª ed., Madrid, Civitas, 1990, con cita de la S.TS. (Sala 5ª) de 19 de octubre de 1988 (R.7730) en la que se dice que "...aquellos que actúen como administradores, directores o gerentes de una sociedad anónima, aunque sean socios de la misma e incluso tenga carácter familiar, y desarrollen funciones que no se contraigan exclusivamente a las propias de consejero... están incluidos..." (pp.355-6).

determinante es la naturaleza del vínculo¹²⁵, y ante la necesidad de delimitar los distintos supuestos, la Tesorería General de la Seguridad Social, dictó la Circular 2-020, de 28 de junio de 1990, en la que establece los siguientes criterios para excluir el carácter de trabajo por cuenta ajena de aquél que desarrolla el socio:

a) cuando se trate de actividades autónomas encubiertas bajo el empleo de formas societarias de responsabilidad limitada. Es decir, cuando se utilice la limitación de la responsabilidad de forma fraudulenta y lo que realmente subyace es la condición de trabajador autónomo. De esta manera el socio que trabaje personalmente en dichas sociedades, se incluirá en el R.E. de Autónomos.

b) cuando el socio tenga el control de parte del capital social, excluyéndose la ajenidad por ello. También el socio trabajador en este caso se incluye en el R.E. de Autónomos.

c) si se el socio simultanea la condición de consejero con otras actividades, si éstas son las propias de una relación laboral ordinaria, se le encuadrará en el Régimen General de Trabajadores por cuenta ajena, y si lo son de una relación laboral de alta dirección, será encuadrable en dicho régimen si tales actividades compaginadas lo son en virtud de título distinto, el societario y el laboral de alta dirección.

d) si la condición de socio sólo implica el desempeño del cargo de consejero, se le excluye del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social.

e) si el ejercicio de las funciones inherentes a tal cargo

¹²⁵Vid supra, capítulo III.

se lleva a cabo de forma habitual y profesional, se le incluye en el R.E. de Autónomos.

5.- La problemática especial de la protección por desempleo.

Un problema particular que se plantea en este apartado es el de la protección por desempleo del alto directivo. Desde la entrada en vigor de la Ley Básica de Empleo de 1980 hasta la entrada en vigor del RD 1382/1985 la jurisprudencia venía negando el derecho del personal de alta dirección a la percepción de las prestaciones por desempleo, y ello a pesar de que el art.16,1º de la citada LBE extendía el campo de aplicación de dichas prestaciones "a todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social..." en el que se hallaban incluidos también los altos cargos, como se ha visto. Posteriormente se siguió negando esta protección, sobre la negativa al cómputo de los períodos de cotización anteriores al 1 de enero de 1986.¹²⁶

En un momento posterior se constató que, ni la normativa contenida en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, ni el Reglamento que la desarrolla aprobado por RD 625/1985, de 2 de abril, ni el RD 1382/1985, reconocen expresamente que el alto directivo quede amparado por la protección dispensada frente a la contingencia de desempleo, pero sin embargo se les ha reconocido tal derecho al estimarse que reúnen los requisitos establecidos por el art.3,1º LPD para ello, esto es, la de ser trabajadores por cuenta ajena y estar encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, y ante la posibilidad real de la actualización de la contingencia de

¹²⁶GETE CASTRILLO,P. "La protección por desempleo del personal de alta dirección", en R.L. 1987,I, p.1306-7.

Para causar derecho a esta prestación, el alto directivo tendrá que encontrarse en situación legal de desempleo, que sólo se excluirá en el supuesto de que el contrato se hubiere extinguido por desistimiento sin causa del propio trabajador (art.10,1º RD), y que será acreditada conforme se determina en el art.1º del RD 625/1985, de 2 de abril.

Un problema específico que se plantea para el trabajador de alta dirección es el que se deriva de la exigencia contenida en el art.1,1,c) del Reglamento de Desempleo, consistente en que cuando se haya reconocido el carácter de improcedente del despido en fase de conciliación administrativa, para el reconocimiento de la prestación por desempleo la indemnización que se haya pactado no debe ser inferior a treinta y cinco días de salario, lo que resulta superior a la cuantía legal fijada para el mismo supuesto en relación con el trabajador directivo. ¿Esto significa que si no se pacta una cuantía superior y opera la cuantía fijada con carácter supletorio en el art.11,2º RDAD, el alto cargo perdería el derecho a la correspondiente prestación por desempleo?. No parece que esta solución sea muy acertada desde el punto de vista de una interpretación lógica y finalista, y ello por las razones que a continuación se exponen. En primer lugar que la limitación que se fija en el Reglamento de Desempleo tiende a evitar que se celebren acuerdos en conciliación de manera fraudulenta entre empresario y trabajador con la intención

¹²⁷GETE CASTRILLO, P. loc.cit., con referencias también a la normativa anterior (p.1306 y ss.); RAMOS QUINTANA, M.I. "Sujetos beneficiarios de la protección por desempleo", en R.L. nº 19, 1990, que pone de manifiesto la diferencia con otros colectivos, como los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y los penados en instituciones penitenciarias, para quienes fue necesario el reconocimiento normativo expreso de esta prestación (pp.44 y 45).

primordial del mantenimiento por éste del derecho a la percepción de la prestación por desempleo que pudiera corresponderle. En segundo lugar, y conectado con lo anterior, que no se puede forzar la voluntad contractual del empresario y el trabajador directivo para incluir un pacto indemnizatorio superior al que fija con carácter dispositivo la norma reglamentaria reguladora de la relación laboral especial, que encuentra justificación al minorar la cuantía de las distintas indemnizaciones en la mayor capacidad contractual del trabajador directivo para negociar a nivel individual sus condiciones laborales y en la menor precariedad económica de este colectivo, y que si lo hace será con otro tipo de motivaciones distintas de la mera necesidad de superar la limitación referida a efectos de desempleo.¹²⁸

En relación con el nivel asistencial de esta prestación, no parece que vaya a tener gran virtualidad respecto de los trabajadores de alta dirección, dadas las exigencias en cuanto al límite de rentas "de cualquier naturaleza" que exige el art.13,1º LPD.¹²⁹

X.- FACULTADES EMPRESARIALES DE VARIACION EN EL TRABAJO DE ALTA DIRECCION.

En principio, hay que partir de la afirmación de que cualquier novación modificativa que se pretenda introducir en la relación especial de alta dirección, y siguiendo el mismo criterio que incorpora el propio RDAD en cuanto a la fijación de las distintas condiciones contractuales del alto directivo,

¹²⁸GETE CASTRILLO,P. loc.cit., sin embargo, entiende exigible el alcanzar al menos la cuantía establecida en el Reglamento de Desempleo, para lo que los altos cargos "deberán cuidarse... de pactar al contratar niveles superiores a dicho mínimo." (p.1315).

¹²⁹GETE, CASTRILLO,P. loc.cit., p.1316.

Deberá verificarse mediante el acuerdo adoptado en virtud de la autonomía contractual de las partes. Y ello por ser el contrato, como se ha visto, la principal fuente de los derechos y obligaciones y teniendo en cuenta la parquedad en contenidos normativos de carácter imperativo de la citada norma reglamentaria, que en este punto no establece previsión específica alguna, ni remisión al derecho laboral común, a excepción de lo previsto en el art.9 sobre la promoción del trabajador común a alto directivo y de la remisión que el art.15,2º hace al 45 ET en materia de suspensión del contrato de alta dirección.

1.- Flexibilización de los límites ordinarios del poder de dirección.

En otros lugares a lo largo del presente capítulo y del capítulo precedente se ha hecho referencia a esta cuestión, relativa a la mayor libertad con que el empresario puede tomar decisiones de tipo organizativo y ejercitar sus facultades en materia de personal -selección, contratación, **ius variandi** en general, movilidad funcional y geográfica, modificaciones sustanciales e incluso extinciones y ceses, como se verá- cuando vayan referidas a puestos de confianza, en general y alta dirección, en particular¹³⁰.

Se trata, llegados a este punto, de determinar en qué medida resultan de aplicación al personal de alta dirección los preceptos estatutarios que introducen limitaciones o condicionamientos al ejercicio del **ius variandi** empresarial, o si no lo son en medida alguna.

¹³⁰vid. supra, capítulo tercero, ap.VI,3. Clasificación profesional y poderes empresariales; y capítulo cuarto, ap.II,2. Procedimientos típicos y habituales de selección, en relación también con la promoción interna.

En efecto, en alguna ocasión se ha formulado la pregunta sobre la posibilidad que el empresario tendría, en virtud del ejercicio del **ius variandi**, de encomendar a un trabajador común de manera transitoria funciones cuyo ejercicio o cumplimiento le hiciera merecedor de la condición y el status de alto directivo. Ello, sin que resultasen aplicables las previsiones del art.9 del RDAD sobre "promoción de trabajador común a alto directivo, cuestión de la que ya nos hemos ocupado. La pregunta concreta que surge es si en este supuesto sería de aplicación el art.23,1ºET, por analogía, a pesar de ser el alto directivo algo más que una mera calificación profesional, y dado que constituye un verdadero "subtipo contractual diferenciado" ¹³¹.

En este sentido, no han dejado de advertirse las dificultades para trasladar íntegramente las previsiones de dicho precepto, ya que ello supondría alterar el régimen jurídico ordinario contenido en el mismo para el supuesto de que llegaran a superarse los plazos legalmente establecidos. En este último caso no procedería propiamente una reclasificación sino una novación contractual o una recalificación del contrato en virtud de la naturaleza de las funciones efectivamente desempeñadas. A

¹³¹Así lo han entendido FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit., aunque se admite en situaciones transitorias y para la realización de trabajos no directivos por el trabajador de alta dirección (pp.28 y 29); RODRIGUEZ PIÑERO,M. "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido", en R.L. nº2 1986, pp.50 y 51. Si las tareas de alta dirección se ejercitan transitoriamente, el autor se inclina por la aplicación analógica del 23,1º E.T, a pesar de no ser el "alto directivo" una mera calificación profesional, sino un subtipo contractual diferenciado. Sin embargo se alteraría el régimen jurídico ordinario contenido en el citado precepto en el supuesto de superar los plazos legales y no procedería la reclasificación sino una novación contractual o una recalificación del contrato en virtud de la naturaleza de las funciones efectivamente desempeñadas. (p.50).

ello podría añadirse otro argumento de carácter finalista que es la disparidad de criterios que inspiran ambas regulaciones.

En efecto, ambas normativas están inspiradas en principios contradictorios, la del ET tiende a limitar los espacios dentro de los que puede moverse el **ius variandi** empresarial, mientras que tanto la normativa sobre promoción como las demás previsiones contenidas en el RDAD se fundamentan precisamente en la mayor sujeción del directivo a los intereses e indicaciones del titular de la empresa, al que se subordina directa y estrechamente, con base, como ya es sabido, en la especial confianza depositada en el trabajador de alta dirección. Esto explicaría, una vez más, el por qué de la omisión de remisión expresa alguna a las instituciones o previsiones acogidas en la normativa común, en relación con esta cuestión, llevada a cabo por la normativa específica reguladora de la relación laboral especial del personal de alta dirección.

A su vez y en sentido inverso, es esa mutua confianza la que motiva la selección y designación de este especial tipo de trabajadores en virtud de la libre apreciación del empresario, como ya se ha indicado. Libertad organizativa y decisoria que trata de limitar, o al menos controlar que su ejercicio no se lleve a cabo con arbitrariedad, el art.23 del ET, con la finalidad primordial de garantizar la igualdad de oportunidades de todos los trabajadores para la promoción en la empresa¹³².

¹³²En palabras del Profesor BORRAJO : "En las relaciones de confianza, el poder de dirección del empresario, y consiguiente **ius variandi**, es absoluto: si puede imponer el desistimiento, puede imponer cualquier cambio en los cometidos asignados al empleado..." ("El personal de alta dirección en la empresa", REDT, 22, 1985, p.176); LINARES LORENTE, J.A. Criterios judiciales sobre clasificación profesional. Selección de sentencias de las Magistraturas de Trabajo y Audiencias Territoriales, Madrid, Colex, 1983. El autor pone de manifiesto cómo los sistemas de ascenso y las limitaciones impuestas a través del art.23 ET

2.- Las modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales del alto directivo.

Es éste un aspecto que, salvo en los casos en que pueda servir de fundamento a una demanda de resolución por el trabajador basada en el incumplimiento del empresario, no presenta una gran entidad en esta relación laboral especial, aunque existe una apreciable jurisprudencia referida a un problema más amplio que es el de la remoción del trabajador de los puestos de confianza, sobre la que merecerá la pena detenerse.

En principio, sobre las novaciones modificativas en general, hay que afirmar que en la misma medida en que el RDAD se inspira en principios individualistas para la fijación inicial de la mayoría de los contenidos del contrato, así como gran parte de las cuestiones que se refieren a su régimen jurídico, atribuyendo un papel predominante a la autonomía de la voluntad y, por tanto, al propio contrato, también habría que llegar a la misma conclusión en cuanto a las posibilidades de variación de aquéllos elementos. Este razonamiento, así como la falta de remisión expresa del RDAD a la legislación laboral ordinaria, avalan la tesis de la no aplicabilidad de los procedimientos y efectos contemplados en el ET para operar dichas modificaciones. Por la misma razón, habría de entenderse de aplicación la normativa civil sobre novación y resolución contractual en caso de

tratan de poner fin a las facultades de libre designación del empresario que "históricamente constituía el único medio de promoción profesional..." (p.9); VINUESA ALADRO, A. loc.cit., pp.283-4; en relación con el libre cese del capitán del buque como consecuencia de su ascenso al puesto de mando tras el enrolamiento como oficial vid. ALMANSA PASTOR, J.M., La relación de embarco...cit., que niega que se tratae de un descenso de categoría incluyendo dicha facultad dentro del **ius variandi** empresarial (p.150).

incumplimiento de una de las partes -salvo lo previsto en el art.10,3º a) RDAD-.¹³³

Un supuesto de novación particular es el que consiste en la transformación de un contrato de alta dirección en un contrato común, es decir, el supuesto contrario a la promoción contemplada en el art.9 RDAD. En relación con esta posibilidad la doctrina se ha manifestado en principio a favor de su admisibilidad, pero llamando la atención seguidamente acerca del posible uso fraudulento de la misma.¹³⁴ En todo caso, ya se ha hecho referencia a la exclusión de la posible calificación de este supuesto como modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio de la formación profesional del alto directivo o menoscabo de su dignidad.

Sólo en relación con la extinción del contrato de trabajo del alto directivo por voluntad de éste basada en el previo incumplimiento del empresario consistente en la introducción de modificaciones sustanciales en perjuicio de la formación profesional o dignidad del trabajador se puede llegar a clarificar algo más este problema. Por esta razón será objeto de tratamiento en este apartado, en la medida en que sirva para clarificar el régimen jurídico aplicable a las modificaciones sustanciales del contrato de alta dirección.

En efecto, el TS ha entendido con carácter general que el privar al trabajador del ejercicio de las facultades inherentes a un puesto de confianza en la empresa, o más concretamente, el retorno del trabajador a su puesto de origen tras el desempeño de un cargo de confianza, no constituye una modificación

¹³³SALA FRANCO, T. Op.cit., pp.57 y 58.

¹³⁴SALA FRANCO, T. Op.cit., p.89; IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.82.

sustancial susceptible de calificarse como incumplimiento empresarial para justificar la solicitud de extinción del contrato por el trabajador, generalmente por la vía de considerarlo un comportamiento contrario al derecho a la formación y promoción del mismo, o incluso vejatorio o contrario a la dignidad de aquél. El TS recuerda, por otra parte, que en relación con los trabajadores que ostenten la cualidad de altos cargos, el propio RDAD recoge esta tesis al regular la promoción en su art.9.¹³⁵

En contra de esta solución puede consultarse la S.TS de 24 de noviembre de 1989 (cit.), como ejemplo de las escasas ocasiones en que, dicho sea de paso, se ha atribuido a puestos de alta dirección la consideración de categorías profesionales. Esto pone de manifiesto la conexión existente entre la solución que se diera a esta cuestión y el condicionamiento que de ello resulta a efectos de determinar si se está en presencia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, así como las consecuencias que deban tener dichas alteraciones del contenido de la prestación, de la misma manera que ocurría a efectos de la aplicabilidad o no del art.23 ET.

En un supuesto específico, en relación con el libre cese de los cargos de mando con reintegración en el puesto anterior, previsto en la normativa sectorial del trabajo en el mar, el

¹³⁵S.TS. de 27 de marzo de 1991 (R.1904); S.TS. de 21 de marzo de 1990 (R.2209); S.TS. de 6 de noviembre de 1989 (R.8008); S.TS. de 23 de junio de 1987 (R.4614); S.TS. de 5 de febrero de 1985 (R.599) en relación con un Contramaestre de pesca que pasa al puesto de marinero y con base en el art.61 de la Ordenanza Laboral de buques arrastreros al fresco de 31 de julio de 1976, modificada el 11 de enero de 1979, en cuyo apartado c) se configuraba el cargo de "Contramaestre de Pesca" como "de especial naturaleza, pudiendo el naviero o armador disponer el cese de quien lo desempeña con plena libertad con derecho al reintegro al (puesto) que con anterioridad vinieran desempeñando...".

Tribunal entendió también que no se trataba de la atribución de trabajos de inferior categoría, sino de retorno a la propia categoría o puesto de procedencia, pero en este caso para rechazar la aplicabilidad del art.23,4º ET, que, en todo caso, resultaba de incorrecta invocación, al no darse el elemento del supuesto de hecho en él descrito de la temporalidad o perentoriedad de las necesidades empresariales que fundamentan esa adscripción a un puesto de inferior categoría.¹³⁶

Ciertamente conviene, sin embargo, hacer una matización de la afirmación anterior. Se ha hecho la distinción entre lo que sería remoción en el cargo de confianza y retorno al de procedencia en virtud del ejercicio por el empresario de sus facultades de libre designación en relación con ese tipo de puestos de trabajo, y la conducta consistente en el vaciamiento efectivo de las funciones directivas o de responsabilidad. Esta matización es necesaria puesto que, en este segundo caso el trabajador no es removido del cargo de confianza entendiendo que se reanuda la relación común, en su caso, o que retorna al puesto anterior, sino que se mantiene en su puesto e incluso, en ocasiones, se le conservan la categoría y la retribución, pero se le impide el ejercicio efectivo de las facultades inherentes a dicho cargo. Este segundo grupo de supuestos sí han sido calificados como modificaciones sustanciales que afectan peyorativamente a la formación e incluso a la dignidad del trabajador en clara conexión con el derecho a la ocupación efectiva.¹³⁷

¹³⁶S.TS. de 9 de junio de 1988 (R.5264); S.TS. de 30 de octubre de 1987 (R.7428), ambas en relación con cargos en la Marina Mercante.

¹³⁷S.TS. de 26 de abril de 1990 (r.3501); S.TS. de 6 de junio de 1990 (R.5030). Excepcionalmente, el TS. en la S. de 6 de febrero de 1985 (R.608) entiende que el cese en el ejercicio efectivo de las facultades directivas, al no ir acompañado del cese en la relación de forma más o menos inmediata, convierte a

Aunque parezca ocioso decirlo, si los cambios que puedan merecer la calificación de modificaciones sustanciales y redundar en perjuicio de la dignidad o formación profesional del trabajador o irrogarle algún otro tipo de perjuicio, se operan después de retornar el alto directivo a su puesto de origen y, por tanto, a su relación común, será de aplicación para resolver este supuesto, el art.50 ET y no su homólogo del RDAD¹³⁸.

la relación especial en una relación común.

Vid numerosos ejemplos jurisprudenciales referidos a trabajadores comunes en uno y otro sentido en PENDAS DIAZ, B. La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Madrid, ACARL, 1987, pp.52-67.

¹³⁸S.TS. de 17 de marzo de 1988 (cit.).

CAPITULO QUINTO

EL REGIMEN DE EXTINCION DEL CONTRATO DE ALTA DIRECCION:

CAUSAS Y EFECTOS

Es quizás en relación con esta materia donde se manifiestan con mayor intensidad las especialidades del régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección en gran medida motivadas por la recíproca confianza que fundamenta la misma, como se ha puesto de manifiesto en el capítulo anterior; por otro lado, es fácil advertir el claro parentesco de este contrato con otras figuras contractuales civiles, como el mandato, que se manifiesta en una mayor libertad resolutoria reconocida a ambas partes de la relación contractual¹.

Pero también la regulación de esta materia está conectada con el resto de los elementos característicos del concepto de trabajador de alta dirección. Así, es clara su vinculación con la clase de funciones que desempeña el alto directivo dentro de la empresa, la intensidad de sus facultades o poderes, cercanos a los del propio titular de aquélla y, finalmente, con el grado de autonomía y capacidad de actuación que este tipo de actividades supone.

Todas estas circunstancias hacen de la situación del alto directivo, como se verá a lo largo del presente capítulo, una situación de menor inamovilidad y también menor nivel de tutela o garantía de estabilidad frente a la posible extinción de la relación decidida por el empresario.

Antes de pasar a analizar las concretas cuestiones que se refieren a la extinción del contrato del alto directivo, conviene

¹FERNÁNDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), pp.11-14; IGLESIAS CABERO, M. Relación laboral...cit., p.93.

abundar en la aclaración de por qué se afronta en un capítulo aparte del dedicado al análisis del resto de las peculiaridades de la regulación contenida en el RDAD que tienen su origen o encuentran su causa precisamente en dicha nota de confianza. La razón no es otra que la misma multiplicidad de cuestiones que se plantean en torno al tema, lo que no sólo justifica, sino que hace necesario su desglose a efectos sistemáticos.

I. TIPOLOGÍA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN.

De una lectura superficial del RDAD cabría extraer una primera conclusión acerca del elenco de causas y supuestos extintivos incorporados en los arts.10, 11 y 12 de la citada norma. Esta conclusión sería la de la falta de incorporación de una tipología propia y peculiar de los distintos supuestos de extinción del contrato de alta dirección; a esta inicial constatación es necesario añadir que, sin perjuicio de lo que después se diga, tampoco se ha llevado a cabo una estricta y completa trasposición de la enumeración contenida en el art.49 ET, que diseña el cuadro general de circunstancias extintivas aplicables a la relación laboral común y del que es necesario partir.

En efecto, los arts.10 y 11 RDAD son reflejo de la clasificación que viene siendo habitual en la enumeración de las causas de extinción del contrato de trabajo que se basa en el criterio de la voluntariedad de las partes en la extinción de la relación, y se refieren a los distintos supuestos de extinción del contrato por voluntad del trabajador y por voluntad del empresario. Sin embargo, el art.12 lleva a cabo una remisión en bloque e innominada al resto de las causas de extinción y establece que, "dejando a salvo las especialidades consignadas en los artículos anteriores, esta relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores".

A continuación se va a proceder a un primer examen global

de la regulación contenida en el ET sobre esta materia con el fin de determinar en qué medida encuentra acogida y resulta de aplicación en el supuesto concreto de la relación de alta dirección.

1.- La traslación parcial del cuadro general.

Se ha afirmado la aparente falta de equivalencia exacta entre la enumeración de supuestos que hacen los arts.10, 11 y 12 RDAD y la del art.49 ET, de la que se parte como punto de referencia para analizar esta materia. Sin embargo, según el tenor literal del art.12 RDAD, dando aplicación al criterio contenido en el art.3 del mismo sobre las fuentes reguladoras de la relación especial, la remisión que se lleva a cabo al ET, sin precisión ni matización alguna -a salvo de las especialidades aplicables a los supuestos de extinción por voluntad de las partes- podría hacer pensar que todos los supuestos extintivos del ET que no son expresamente mencionados en el RDAD se aplicarán al alto directivo conforme se regulan en esa norma legal en cuanto a requisitos de causa, forma o procedimiento y efectos.

Al margen de lo que se diga en los siguientes epígrafes en los que se van a estudiar con algo más de profundidad y detalle cada uno de esos supuestos y, sobre todo, buscando las especialidades que presentan en el contrato del alto directivo, merece la pena detenerse a considerarlos desde una perspectiva de conjunto, y frente a la regulación contenida en el propio ET. El art.49 ET enumera en sus doce apartados una serie de circunstancias extintivas de la relación laboral que podrían sistematizarse, conforme al criterio de la voluntariedad de las partes que es el que adopta el propio RDAD, de la siguiente forma:

a) causas derivadas de la voluntad concorde de las partes: es de suponer que al atribuirse carácter prevalente como fuente de derechos y obligaciones al propio contrato de alta dirección,

este apartado cobra aquí especial trascendencia. Las causas enumeradas en el mismo, el mutuo acuerdo extintivo sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato, el plazo inicialmente estipulado -recuérdese que las partes pueden acordar una duración determinada del contrato sin necesidad de atenerse a modalidades causales de temporalidad-, o la consecución del objetivo perseguido con la contratación del alto directivo, pueden considerarse supuestos típicos en esta clase de contratos y no plantean una problemática especial, al margen de lo que ya se ha dicho acerca del término, y de la posibilidad de retorno al puesto originario si el nombramiento del alto directivo se operó en virtud del mecanismo de la promoción interna. En cuanto a las consecuencias indemnizatorias también serán las previstas en el contrato.

b) causas dependientes de la voluntad del trabajador: al respecto tampoco se plantea mayor problema, puesto que la regulación estatutaria queda aquí sustituida íntegramente por las especialidades reguladas en el art.10 RDAD, a las que luego se dedicará un apartado específico.

c) causas dependientes de la voluntad del empresario: aquí sí surgen dudas y problemas interpretativos. El RDAD en su art.11 sólo se refiere al despido disciplinario y al desistimiento del empresario, este último introducido especialmente para esta peculiar relación y de cuyo fundamento, régimen jurídico e interacciones con los demás supuestos extintivos nos ocuparemos en los apartados siguientes. La pregunta que cabe hacerse es si la referencia que se hace en el precepto comentado a la extinción del contrato "por voluntad del empresario" sustituye totalmente a cada uno de los supuestos estatutarios en los que la extinción se lleva a cabo a iniciativa del empresario, o sólo a los expresamente regulados en el precepto reglamentario. De momento es suficiente dejar apuntado que el optar por la primera solución implica omitir la aplicación de los supuestos de extinción por causas objetivas, causas económicas y tecnológicas y fuerza mayor, mientras que la segunda opción supone la aplicación del

régimen jurídico de tales supuestos contenido en el ET. Más adelante se examinarán con detalle estas cuestiones y se propondrán soluciones concretas, ya que en este momento interesa únicamente plantearlas.

d) otras causas: caben aquí los supuestos de muerte, jubilación e invalidez del trabajador, en los diversos grados en los que ocasiona la extinción del contrato: gran invalidez, invalidez permanente absoluta o total -art.49,5º y 6º ET-, y muerte, jubilación o incapacidad del empresario, o extinción de la personalidad jurídica contratante -art.49,7º ET-, con la particularidad de que en esta relación especial puede excluirse la operatividad del mecanismo subrogatorio previsto en el art.44 ET, como luego se precisará.

2.- La inclusión de causas especiales: el desistimiento.

Este concreto supuesto se erige en la verdadera piedra de toque del régimen jurídico de la extinción del contrato del trabajador de alta dirección. El art.11,1º RDAD caracteriza el desistimiento como un supuesto de extinción unilateral por voluntad del empresario, que no exige alegación de causa alguna y que sólo genera la necesidad de cumplimentar ciertas formalidades y de abonar una indemnización. Es conveniente adelantar, sin embargo, que el desistimiento se conecta directamente con la pérdida de la confianza depositada por el empresario en el directivo y, por tanto, con la desaparición del fundamento mismo de la relación laboral y que, como hemos visto, sirve de soporte y estructura para la mayor parte del contenido del contrato y de impulso para muchas de sus vicisitudes y desarrollo.

El reconocimiento de esta facultad empresarial es, con mucho, la mayor peculiaridad que se introduce en la normativa específica de esta relación laboral y supone la quiebra de una de las manifestaciones más importantes y sólidas del tradicional principio de estabilidad en el empleo, que es la causalidad del

despido. Hasta tal punto es así, que la relevancia de esta materia llega al cuestionamiento mismo de la constitucionalidad de la extinción del contrato de trabajo **ad nutum**, como consecuencia de la vulneración del derecho constitucional al trabajo, cuyas manifestaciones más genuinas en la relación individual son, precisamente, el derecho a la continuidad o a la estabilidad en el empleo y a no ser despedido si no existe una justa causa².

Enlazando esta idea con lo que se ha dicho a lo largo del capítulo segundo, no resulta extraño que se haya incluido en relación con este personal un supuesto extintivo de las características del desistimiento **ad nutum**, como forma de dar por terminada una relación que, además de basarse como se dirá a continuación en la especial confianza que existe entre las partes, se conecta íntimamente con la ausencia de un régimen disciplinario que fundamente una decisión extintiva causal como el despido y, en último término, con la independencia y autonomía del alto directivo. Mientras que las instituciones a las que se hacía referencia hace un momento -régimen disciplinario y despido causal- son típicas de una relación de subordinación y jerarquía, como ya se ha dicho.

Se ha hecho referencia a otro de los típicos supuestos de desistimiento contemplado por la normativa laboral, el que se produce en el seno del período de prueba, y se ha explicado su articulación con el desistimiento como causa específica de extinción del contrato de alta dirección. En otro de los supuestos de desistimiento, el contenido en la normativa especial sobre el servicio de hogar familiar³, se observa también la misma conexión entre la extinción del contrato y la pérdida de la confianza en el trabajador o el incumplimiento de las

²S.TC, 22/1981, de 27 de julio (f.jco.9º). Vid. DEL REY GUANTER, S., "La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo", en R.L., nº 6, 1988, p.48.

³Arts. 9,11 y 10,2 RD 1424/1985, de 1 de agosto.

expectativas creadas al celebrarse aquél.

II.- LA REGULACION DEL DESISTIMIENTO EN EL RDAD.

Una vez avanzada una noción del desistimiento y advertidas sus implicaciones con la propia esencia de la relación especial de alta dirección, se va a abordar el estudio de su régimen jurídico, concretado en la regulación de sus aspectos causales, requisitos de forma, y, finalmente, en sus consecuencias indemnizatorias.

Para ello hay que partir de la propia configuración legal del desistimiento. Así, el art.11,1º RDAD establece que "el contrato de trabajo podrá extinguirse por desistimiento del empresario, comunicado por escrito, debiendo mediar un preaviso en los términos fijados en el art.10,1º. El alto directivo tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato; a falta de pacto la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

En los supuestos de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido."

1.- La problemática de la causa en el desistimiento.

La afirmación inicial sobre la ausencia de causalidad en el desistimiento tiene su origen en la omisión de exigencia legal sobre la concurrencia de circunstancia alguna que legitime la decisión extintiva adoptada por el empresario. Pero también se ha incorporado al propio concepto la correspondencia entre la extinción del contrato y la pérdida de la confianza en el alto directivo.

Conviene detenerse en este punto y analizar el mecanismo a

través del cual el empresario llega a adoptar esta medida que acarrea la desaparición de la relación laboral que le unía con el directivo. El dato legal de la omisión del requisito causal no implica que no concorra de forma implícita o subyacente una causa de carácter interno que tiene su origen en la alteración de las circunstancias, en la transformación de las cualidades del alto directivo, o, en fin, en la frustración de las expectativas empresariales sobre la consecución de sus intereses productivos y económicos en general y que se habían incorporado al contenido obligacional del contrato en virtud de los compromisos adquiridos inicialmente. Estas circunstancias provocan el cambio de actitud y de enfoque por parte del empresario. Este último pierde la convicción que había adquirido sobre la conveniencia de depositar su confianza en el directivo. Y todo este proceso mental debe basarse, a su vez, en datos reales, objetivos y constatables y no en una decisión arbitraria o caprichosa del empresario, aunque es evidente que aquéllos producen una impresión subjetiva en éste⁴.

Con esta afirmación no se trata únicamente de precisar desde un punto de vista exclusivamente dogmático la naturaleza causal o no del desistimiento, sino de resaltar que también puede tener importantes consecuencias prácticas, pues con ella podría evitarse la utilización fraudulenta de la facultad de desistir del contrato de alta dirección por el empresario, por ejemplo frente a violaciones de derechos constitucionalmente protegidos, de manera semejante a lo que se viene afirmando en relación con el desistimiento durante el período de prueba.⁵

Además, esta solución afirmativa acerca de la necesaria causalidad del desistimiento, al menos desde un plano interno, constituye una razón de fondo que abona la posibilidad de admitir

⁴GOÑI SEIN, J.L., El respeto a la esfera privada del trabajador, cit., pp. 260-1; CANTON MOLLER, M., "El contrato de trabajo de confianza", loc.cit., p.843.

⁵FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit.(II), p.26; MARTIN VALVERDE, A., El período de prueba...cit., p.

esta modalidad extintiva también en los supuestos de contratación temporal del alto directivo. Esto mismo, por otro lado, parece desprenderse de la propia literalidad de la norma que al establecer el plazo de preaviso, por remisión al art.10,1º -por tanto también admisible en el desistimiento del trabajador-, permite la ampliación del mismo a seis meses, "si así se establece por escrito en los contratos celebrados por tiempo indefinido o **de duración superior a cinco años**", lo que también implícitamente admitiría la posibilidad del desistimiento el los de duración inferior.⁶

Finalmente, en relación con esta específica causa extintiva, se plantea el problema de la revocabilidad del desistimiento. Al igual que en otros supuestos, como el de la dimisión del trabajador⁷, en algunas sentencias se ha negado tal posibilidad, sobre la base de la exigencia de la buena fe también respecto del empresario, tanto en el plano contractual o material, como en el procesal. Así ha ocurrido, por ejemplo, en un supuesto en el que el empresario, tras hacer uso de la facultad de desistimiento, ofreció la readmisión al trabajador en el acto de conciliación, procediendo posteriormente al despido del mismo. El TS razona a estos efectos que el ofrecimiento al trabajador no aceptado por éste no puede tener virtualidad al estar el contrato ya extinguido y, por tanto, no puede privar de efectos al desistimiento, que adquiere carácter **irrevocable**.⁸

2.- Exigencia de forma escrita.

Como ya se ha reflejado al principio de este apartado, el art.11,1º establece que el desistimiento se comunique al trabajador por escrito. Para comenzar puede señalarse que es una

⁶IGLESIAS CABERO, M., Op.cit., p.100; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., loc.cit., pp. 75 y 76.

⁷SS.TS. de 6 de noviembre de 1985 (R.5729) y de 26 de febrero de 1990 (R.1234).

⁸S.TS. de 4 de junio de 1990 (R.5009).

de las escasas ocasiones en que el RDAD impone una forma determinada, sin que parezca a continuación excluir dicha obligatoriedad de formalización por escrito⁹.

Sin embargo, si se examina el problema de las consecuencias que deben atribuirse a la omisión de dicha forma, no parece que en relación con esta cuestión deba aplicarse el régimen común en materia de calificación del despido -entendido en sentido amplio como extinción del contrato por voluntad del empresario-. Ello en atención, en primer lugar, a que es dudoso que haya sido la intención del RDAD la de configurar en este caso la forma como requisito esencial y solemne, cuya omisión provoque la nulidad de la decisión, como, por otro lado, ocurre en la mayoría de los casos en que el RDAD incorpora alguna previsión en este sentido, y más bien aparece configurado como un mero requisito probatorio. En segundo lugar, porque no existe un paralelismo con los supuestos de extinción de la relación común, al no poder establecerse la distinción entre procedencia, improcedencia y nulidad, dado que no se configura como un supuesto causal en el que se imponga legalmente la invocación y prueba de la concurrencia de una causa tasada para que el empresario ejercite, de forma legítima y eficaz, la facultad que le atribuye la norma.

Sí resulta, sin embargo relevante la formalización por escrito del desistimiento empresarial a efectos de acreditación de la situación legal de desempleo por el alto directivo, como, por otro lado, ocurre con el desistimiento del empresario durante el período de prueba en la relación común, al que se refiere el art.1º,1,k) R.D. 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.¹⁰

3.- Exigencia de preaviso.

⁹Vid. supra, Cap. Cuarto, ap.III.1.

¹⁰GETE CASTRILLO,P. "La protección por desempleo...loc.cit., p.1314.

En realidad se trata de una exigencia que tiene carácter complementario respecto de la de forma escrita a la que se acaba de hacer referencia. Por lo demás, apoya la postura mantenida sobre el antiformalismo que parece inspirar la regulación contenida en el RDAD y resulta análoga a las previsiones de la normativa común. En efecto, la omisión del preaviso como requisito formal del desistimiento únicamente provoca la obligación de abonar los salarios correspondientes al período omitido.

Dos observaciones puntuales conviene hacer en relación con este tema. La primera es que el RDAD regula en idénticos términos la obligación de preavisar, en cuanto a duración y consecuencias de la omisión, en relación con el desistimiento del empresario y del trabajador. Esto puede obedecer a la igual valoración de la obligación de actuar de acuerdo con la buena fe para ambas partes de la relación, lo que incrementa el interés y la importancia de la buena fe empresarial en las relaciones laborales¹¹. La segunda, que tanto en un caso como en otro, las cantidades que va a tener que abonar quien incumpla total o parcialmente la obligación de preavisar, sea el empresario o el trabajador, comprenden el salario correspondiente a ese tiempo, sin precisar que se trate de salario en metálico. Ello quizá abone la tesis de que dichas cantidades tienen naturaleza propiamente salarial, no indemnizatoria, puesto que se correponden con un tiempo durante el cual el trabajador sigue en su puesto y la relación no se extingue hasta el momento posterior

¹¹RODRIGUEZ-PINERO, M. "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido", loc.cit., que se pregunta acerca de dicho alcance de la ampliación "bilateral" de la buena fe en esta relación especial (p.45); recientemente se ha puesto de relieve la necesaria reciprocidad de la buena fe en la relación laboral en una propuesta doctrinal de profunda revisión de este deber formulada por RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., "La transgresión de la buena fe contractual com causa de despido", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Madrid, 1990, p.558.

determinado por la parte que ejercita la facultad resolutoria.¹²

4.- Consecuencias indemnizatorias.

Se plantea la duda en torno a la naturaleza o el carácter de las normas contenidas en el RDAD y que se refieren a la materia indemnizatoria. Como en otros casos ya examinados, debe determinarse si la cuantía de las indemnizaciones fijadas en esta norma constituyen mínimos inderogables sobre los cuales debe operar la voluntad de las partes expresada a través del contrato sólo en el sentido de introducir mejoras o, por el contrario, se trata de normas que sólo entran en juego en defecto de pacto expreso sin imponer contenido alguno a dicho pacto.

De acuerdo con lo que también se ha dicho en otras ocasiones sobre el papel de las normas contenidas en el RDAD para la regulación de las condiciones de la prestación de servicios de los altos directivos y en línea con el papel otorgado a la autonomía de la voluntad en dicho sentido, se puede afirmar que el RDAD en materia indemnizatoria adopta un criterio de carácter general que consiste en que la previsión sobre la cuantía de las indemnizaciones a la que se refiere el precepto en defecto de pacto expreso, no se configura como mínimo legal, sino como norma supletoria aplicable en ausencia del mismo¹³.

Aunque lo habitual en la práctica, y lo más conveniente para el trabajador de alta dirección, es que se incluya entre el clausulado del contrato una previsión expresa acerca de la suma que el directivo tendrá derecho en los distintos supuestos de

¹²FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), pp.22-23; IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., pp.99 y 100; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "La extinción del contrato del trabajador directivo", en R.L. nº2, 1986. El autor se apoya en esa tesis para afirmar la obligación de cotizar a la Seguridad Social por dichas cantidades (pp.75 y 76).

¹³FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), p.22.

extinción de su relación, la postura mantenida más arriba no sólo implica que en ausencia de cuantía expresamente fijada se va a aplicar, en este caso concreto, la de siete días de salario por año de antigüedad con un máximo de seis mensualidades, sino también que dicho pacto expreso no tiene por qué suponer la elevación de esta suma. Desde luego podría añadirse que es empíricamente constatable la habitual fijación de cuantías indemnizatorias muy superiores a la prevista legalmente para estos supuestos. En todo caso, este es un problema sobre el que específicamente se tratará más adelante.

5.- Desistimiento y retorno a la relación laboral común.

Una de las posibles modalidades extintivas de la relación de alta dirección es el retorno del trabajador común que fue ascendido a dicho puesto directivo en virtud del mecanismo de la promoción interna, a su puesto de origen. Si se ejercita la facultad de desistimiento en relación con dicho trabajador, esto es, cuando subyace una relación común que permanece en suspenso, se aplicarán las consecuencias previstas en el art.9,2º y 3º RDAD, dado que el desistimiento sólo opera su carácter extintivo sobre la relación especial y no sobre la común que se encuentra suspendida mientras tanto.

En realidad este sistema de la promoción interna prevé un supuesto concreto de desistimiento de la relación especial con la especialidad o particularidad de que en este caso se reconoce el posible retorno del trabajador a la relación común.¹⁴

A la permanencia de la relación común subyacente en el caso

¹⁴S.TS. de 2 de junio de 1987 (R.4105). Un supuesto de desistimiento ejercitado en una relación especial a la que había sido promovido el trabajador que comenzó siéndolo de carácter común, en la S.TS. de 27 de marzo de 1990 (R.2355). Sobre el carácter extintivo del desistimiento sólo respecto la relación especial, S.TS. de 18 de julio de 1990 (R.6421), con referencia a SS.TS. de 23 de septiembre de 1986 (R.5139), de 24 de noviembre de 1986 (R.6706), de 22 de febrero de 1988 (R.746) y de 24 de octubre de 1988 (R.8141).

del desistimiento ya se ha hecho referencia en el capítulo anterior, al que nos remitimos, así como a lo dicho acerca de las facultades empresariales de libre designación y libre cese de los trabajadores que ocupan estos puestos, con retorno al anteriormente ocupado¹⁵.

III.- TRASCENDENCIA DEL DESISTIMIENTO EN RELACION CON LAS DEMAS CAUSAS DE EXTINCION DEL CONTRATO DE ALTA DIRECCION.

Al principio del presente capítulo se ha reflexionado desde un punto de vista de conjunto, en torno a la posibilidad de traslación de las causas de extinción del contrato de trabajo enunciadas genéricamente en el art.49 ET a la regulación de la extinción del contrato de alta dirección. Ahora, una vez que se ha procedido al examen del concepto, fundamento y régimen jurídico del desistimiento, es posible que se esté en condiciones de llegar a conclusiones más firmes en torno al peculiar régimen extintivo de la relación laboral del alto directivo. Y para ello es necesario abordar en los apartados siguientes el análisis de las interferencias que pueden producirse entre las distintas causas extintivas de la relación laboral común con el supuesto peculiar del desistimiento.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han observado en algún momento y con ocasión de la resolución de distintos supuestos en que se pretendía la extinción del contrato especial del trabajador de alta dirección, que algunas de las causas en que se puede fundar la resolución del vínculo jurídico-laboral común resultaban extrañas a la dinámica propia de la relación especial. Pero esto se advierte, sobre todo, si se comparan los requisitos legales impuestos respecto de aquéllas, con la facilidad con que puede romperse dicho vínculo en el caso del trabajador de alta dirección y dar por finalizada la relación de la misma naturaleza. Incluso se podría decir que alguna de las mencionadas causas puede llegar a perder parte de su sentido en

¹⁵Vid.supra, cap.tercero, ap.VI,3 y cap.cuarto, ap.II, 2. y 3.

el contexto de una relación para cuya finalización se admite el libre desistimiento del empresario.

Sobre esta concreta problemática en torno a la relación existente entre el desistimiento y el resto de las causas extintivas de la relación laboral y las posibles interferencias y solapamientos que se pueden producir entre ellos, se va a tratar en los siguientes apartados.

1.- La conexión existente entre el desistimiento y el despido.

La jurisprudencia ha venido resolviendo el problema de la necesaria delimitación de los supuestos fácticos sobre los que se van a proyectar estas dos distintas instituciones. De las soluciones adoptadas cabe extraer un principio general, la aplicación de la figura del despido a aquellos comportamientos del trabajador que supongan un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones contractuales, lo que conlleva la concurrencia de un elemento intencional; mientras que el desistimiento se configura como una causa específicamente referida a la relación laboral del personal de alta dirección consistente en la pérdida de la confianza depositada por el empresario en el directivo, siendo este elemento de la mutua confianza de especial relieve y trascendencia en esta relación hasta el punto de erigirse, como se sabe, en su fundamento.

También ha quedado dicho que es una causa autónoma de carácter interno, esto es, que depende de la apreciación subjetiva del empresario en relación con la actuación del directivo, y no tanto de la intencionalidad de éste. Esa interiorización de la causa que provoca el desistimiento a través de la pérdida de la confianza del empresario respecto de la actuación del directivo, puede producirse como consecuencia de la comisión de errores de gestión táctica o estratégica por éste, o de la disparidad de criterios mantenida entre el directivo y el titular o los órganos de administración de la empresa, de

cuyas directrices depende, o, más concretamente, por la "adopción en el uso de sus facultades directivas de opciones que resulten no convenientes para la buena marcha de la empresa..."¹⁶

Desde luego, se advierte en algunas de las soluciones adoptadas por el Alto Tribunal una tendencia a utilizar preferentemente la categoría del desistimiento, no sólo en relación con la figura del despido, sino con otras modalidades extintivas, como luego se verá. El TS ha llevado a cabo, en suma, una aplicación extensiva de la figura del desistimiento, hasta el punto de que por una parte de la doctrina se ha llegado a afirmar que "el desistimiento inutiliza la figura del despido"¹⁷.

Como ejemplo de esa aplicación extensiva, se pueden mencionar distintas soluciones dadas por el TS a supuestos en los que la invocación del desistimiento podría haberse calificado como inadecuada. Así, en alguna ocasión se ha interpretado el apartamiento del trabajador directivo del ejercicio efectivo de las funciones inherentes a dicho cargo como desistimiento¹⁸, cuando a este comportamiento empresarial hubiera convenido más la calificación como verdadera modificación sustancial constitutiva de un incumplimiento empresarial que podría haber dado lugar a la extinción por voluntad del propio directivo, como ya se ha indicado en el capítulo anterior.

En un supuesto aún más complicado y discutible, el TS entendió que también se trataba del ejercicio de la facultad de desistimiento empresarial contemplada en el art.11,1^º RDAD. Se estaba en presencia de una compleja sucesión de actos jurídicos del empresario, el cual, tras la formalización del contrato de alta dirección revocó los poderes del actor y le comunicó

¹⁶S.TS. de 22 de enero de 1991 (R.70); S.TS. de 4 de febrero de 1991 (R.792); S.TS. de 6 de febrero de 1990 (R.827); S.TS. de 15 de marzo de 1990 (R.2084); S.TS. de 11 de junio de 1990 (R.5052); S.TS. de 15 de marzo de 1989 (R.2414).

¹⁷ALONSO OLEA,... BORRAJO

¹⁸S.TS. de 6 de junio de 1990 (cit.).

mediante requerimiento notarial que se entendía que el contrato no había entrado en vigor por la falta de efectiva incorporación del directivo y, poco después, le comunicó finalmente el desistimiento. El supuesto hubiera tenido una más sencilla calificación si se hubiese entendido que la conducta del trabajador constituía un abandono del puesto de trabajo o un incumplimiento merecedor de la actuación disciplinaria del empresario por faltas injustificadas y reiteradas de asistencia al trabajo. Sin embargo el TS entendió que la inicial conducta empresarial no podía calificarse como despido disciplinario pues efectivamente había acogido la tesis de que la relación laboral no había tenido virtualidad ante la no comparecencia del trabajador en la sede empresarial. Nótese lo criticable y carente de justificación técnica de esta argumentación, pues si no cabía el despido que presupone la vigencia de la relación laboral, lo mismo podía decirse del desistimiento que también exige la vida de dicha relación especial, si bien es cierto que el TS parece finalmente apoyarse en la ineficacia de la comunicación inicial admitiendo la prueba de la efectiva prestación de servicios.¹⁹

La articulación del despido y el desistimiento plantea también otros problemas, como la virtualidad de los efectos de un desistimiento ejercitado durante la tramitación del procedimiento de despido. El supuesto sería el siguiente: el empresario despide al directivo, éste impugna el despido y durante la sustanciación del procedimiento, el empresario desiste alegando la pérdida de la confianza en el directivo. Parece que al tratarse de dos acciones diferentes, la tramitación y solución de una no debería interferir en la otra, pero también hay que decir que no puede ejercitarse la facultad resolutoria sino sobre el presupuesto de la vigencia de la relación, lo que no ocurre si el empresario ya ha roto el vínculo laboral al despedir al trabajador. Por esa razón, se ha propugnado la necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia que califique definitivamente el despido como procedente, ante los problemas

¹⁹S.TS. de 27 de julio de 1990 (R.6487).

que podría ocasionar la declaración de improcedencia y la revocación por el tribunal superior de la sentencia que anteriormente hubiere declarado procedente el despido²⁰.

Al margen de todos estos argumentos, en este punto resulta concluyente para negar virtualidad a estos sucesivos comportamientos empresariales, la invocación de la doctrina de los actos propios, cuyo fundamento último se encuentra en el principio de la buena fe que debe imperar en el tráfico jurídico y en toda relación de cambio y que, como se ha insistido más arriba, debe traducirse en un leal comportamiento recíproco.

2.- Desistimiento y otras causas extintivas.

En principio, el propio RDAD prevé en su art.12 la aplicabilidad de los demás supuestos extintivos contemplados en el ET, con las matizaciones que ya se han formulado al comienzo del presente capítulo. Pero no debe olvidarse que el mismo precepto aludido dice que dichas causas generales de extinción del contrato serán de aplicación "dejando a salvo las especialidades consignadas en los artículos anteriores". De esta forma el problema de la aplicabilidad de los supuestos de extinción incorporados en el ET se convierte en un problema de conexión y articulación de dichos supuestos con las causas específicas de extinción del contrato de alta dirección y, en especial, con el desistimiento unilateral del empresario.

Por eso la solución definitiva sobre la trasposición de dichas circunstancias extintivas a la relación laboral especial de alta dirección depende en gran medida de cómo se resuelva la problemática a la que aludimos y que se va a tratar a continuación.

²⁰SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Extinción...loc.cit.", donde el autor entiende que debería perverse en el contrato qué ocurre cuando el despido procedente se declara luego improcedente por el Tribunal superior (p.78).

Para empezar, se puede afirmar con carácter general que en relación con otras causas extintivas, también se ha puesto de manifiesto la tendencia jurisprudencial a dotar de preferencia aplicativa a la institución del desistimiento, apoyada en argumentos que en ocasiones podrían calificarse como discutibles, como se verá a continuación.

El argumento mayoritariamente esgrimido es que no resultaría lógico, práctico ni rentable para el empresario acogerse a determinados supuestos extintivos previstos en el ET, cuando el desistimiento es menos oneroso, tanto desde el punto de vista procedimental como pecuniario. Es una vía más expeditiva y barata, siempre y cuando, habría que precisar, no se hubiere insertado una cláusula indemnizatoria más elevada en el contrato del alto directivo, práctica que, por lo demás, es lo más frecuente.

Para evitar esta desviación en la aplicación de los distintos supuestos extintivos, algunos autores han mantenido la extensión de la aplicación de las previsiones del RDAD sobre los efectos de la declaración de nulidad o improcedencia del despido disciplinario contenidas en el art.11,2º a los demás supuestos de despido del alto directivo no específicamente contemplados en el RDAD -causas objetivas, causas económicas o tecnológicas y fuerza mayor-. Con ello, se evitaría que la mayor onerosidad de las consecuencias previstas en la legislación común para dichos supuestos, incitara al empresario, precisamente, a la utilización preferente y de manera desviada de otros supuestos extintivos específicamente regulados en el RDAD con mayor amplitud en cuanto a las facultades empresariales y menor coste o gravamen en cuanto a sus consecuencias. Como ya se ha indicado, esto afecta fundamentalmente, al desistimiento.²¹

También puede colaborar a sustentar la tesis anterior el propio tenor literal del art.12 RDAD que se remite a las

²¹FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), p.23.

previsiones del ET respecto de las causas y procedimientos en relación con otros supuestos extintivos no previstos específicamente en el propio RDAD, pero no hace mención expresa de los **efectos**, por lo que podría entenderse de aplicación lo expresamente previsto sobre los efectos del despido en el art.11, 2º y 3º. Esto es, serían de aplicación las causas y procedimientos que el ET prevé para la extinción del contrato por causas objetivas, económicas y tecnológicas y fuerza mayor, pero con las consecuencias indemnizatorias previstas en el propio RDAD para el despido disciplinario del alto directivo.

Sin embargo, esta opinión resulta un tanto forzada, aunque la finalidad sea razonable, dada la redacción del resto de los preceptos del RDAD que regulan estas cuestiones, no ausente, por lo demás, de ciertas imprecisiones terminológicas que impiden una solución interpretativa unívoca, como ya se advirtió al principio. Así, en primer término, el art.11 regula los supuestos de **extinción** por voluntad del empresario, mientras que el art.12 se refiere a **otras causas de extinción**. Desde este punto de vista podrían quedar comprendidos en el primero de dichos preceptos todos los supuestos de extinción a iniciativa del empresario, esto es, los supuestos de despido entendido en sentido amplio, tal y como se ha insinuado, a todos los cuales se aplicarían, por tanto, los efectos previstos en el precepto de referencia. Sin embargo, parece que las previsiones de los números 2º y 3º del mencionado art.11 RDAD, en contra de lo que se acaba de exponer, se vienen aplicando estrictamente al despido disciplinario.

Otra razón que avala esta interpretación restrictiva es de carácter lógico y sistemático, y consiste en la comparación de las distintas cuantías indemnizatorias previstas con carácter supletorio en el RDAD. En primer lugar, dichas cuantías en todos los casos suponen una disminución respecto de las fijadas para los mismos supuestos en la legislación común, por lo que la intención del redactor de la norma reglamentaria debía ser la incorporación de una regulación específica para cada caso y no una regulación común para todos ellos. En segundo término, no

tendría mucho sentido la aplicación a todos los supuestos de extinción por voluntad del empresario de las consecuencias indemnizatorias previstas en el art.11 RDAD. Ello tampoco resulta coherente con el modo habitual de proceder en la legislación laboral, que es graduar la cuantía de las indemnizaciones en cada caso, según la gravedad o las distintas características específicas de cada supuesto y de la distinta naturaleza de la relación de que se trate.

Precisamente lo que se trataba de evitar con la argumentación inicial, esto es, la preferencia aplicativa del desistimiento sobre todos los demás supuestos extintivos, ha sido la postura adoptada por el TS en alguna ocasión, y en consecuencia se ha entendido que era de aplicación el art.11 RDAD en su regulación del desistimiento y no el art.51,2º ET, en relación con el 49,9º. El fundamento de esta solución ha sido, sin embargo un argumento de carácter formal mucho menos conflictivo y etéreo de los que se han comentado, la exclusiva aplicación de la normativa laboral común en caso de remisión expresa por el RDAD. Y el art.12 de dicha norma se remite efectivamente a la normativa estatutaria, aunque lo hace con carácter global a las demás causas extintivas sin mencionar con carácter taxativo y nominativo cada una de ellas, como ya se ha advertido. Si bien es cierto que se trataba de justificar el cese en la negativa marcha económica de la empresa. No se sabe si es la crisis la que motiva la marcha del directivo o la mala gestión de éste la que motiva la crisis de la empresa y ello justifica la pérdida de la confianza de ésta en aquél²².

Por la doctrina también se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones la preferencia aplicativa del desistimiento del contrato del alto directivo por el empresario, frente a la posible aplicación del régimen jurídico de otros supuestos extintivos que, salvo regulación expresa en el contrato con cuantificación de las indemnizaciones pertinentes, resultarían

²²S.TS. de 16 de noviembre de 1989 (R.8067).

más onerosos para el empresario. Es el caso, por ejemplo de la extinción por causas objetivas, puesto que de aplicarse las indemnizaciones previstas en el ET implicaría un mayor coste para el empresario acogerse a alguna de las causas enumeradas en el art.52 del ET que recurrir al art.11,1º RDAD. Por otro lado, no puede dejar de advertirse que la frustración de los objetivos programados y el fracaso en la gestión del alto directivo que pueden fundar la pérdida de la confianza y el desistimiento del empresario, están claramente conectados con la desaparición de la idoneidad inicial del trabajador y el surgimiento de una incertidumbre sobre el futuro cumplimiento correcto de la prestación, que resultaría encuadrable en uno de los supuestos de extinción por causas objetivas²³.

3.- Desistimiento y errónea calificación de la relación laboral.

Otro problema distinto que cabe plantear en relación con el desistimiento y su articulación con otros supuestos extintivos es el de las graves consecuencias que acarrea la invocación del desistimiento por el empresario y la posterior recalificación acerca de la naturaleza de la relación laboral que pueda hacer el tribunal ante el que se impugne tal decisión. En efecto, si como consecuencia de la revisión jurisdiccional de dicha decisión el juez llega a entender que no se trata de una relación especial, sino de una relación común, la consecuencia es la calificación como despido de la decisión extintiva.

En cuanto a la calificación correcta que merezca este despido, el TS viene entendiendo, aplicando las reglas generales, que será la de nulidad si falta la formalización por escrito, y la de improcedencia si se cumplimenta dicha forma escrita²⁴, ya

²³IGLESIAS CABERO,M. Op.cit., p.109; GOÑI SEIN,J.L., El respeto a la esfera privada del trabajador, cit., p.261.

²⁴S.TS. de 11 de marzo de 1989 (R.1821); S.TS. de 14 de julio de 1988 (R.5826).

GARCIA-PERROTE ESCARTIN,I. "Causas del despido nulo", en

que por definición faltaría alegación de causa.

El problema es si la falta de causa en estos supuestos puede llevar a conclusiones distintas. Por ejemplo, a la calificación de nulidad, dado que no hay invocación de causa alguna, salvo la pérdida de la confianza, que no constituye causa suficiente para sancionar disciplinariamente al trabajador común, y así parece haberlo entendido en ocasiones el propio TS²⁵.

Sin embargo, hay dos obstáculos; el primero que consiste en la posición restrictiva adoptada últimamente por el TS en la admisibilidad de la categoría del despido fraudulento, que no ha sido recogida por el texto refundido de la LPL. Y el segundo, porque si no concurre dicha intención fraudulenta en la actuación del empresario, ni mala fe en la inicial calificación de la relación como relación especial, también podrían entenderse las consecuencias desproporcionadas, dado que al tratarse realmente de una relación común sí habría distintas consecuencias por el hecho de la diferente calificación del despido como improcedente o nulo, y de ahí que el TS excluya en ese caso la calificación de nulidad.²⁶

Estudios sobre el despido disciplinario, 2ª ed., Madrid, Acarl, 1992, p.572.

²⁵Por ejemplo en la S.TS. de 27 de noviembre de 1989 (R.8258), en la que ante una suspensión de empleo y sueldo **ad cautelam**, en la que se exige al trabajador el cese en sus actividades en tanto se le comunica la definitiva "carta de despido", seguida de una comunicación por la empresa de su intención de rescindir el contrato por **pérdida de la confianza...**, el T.S. entiende que del comportamiento empresarial más bien se desprende su intención de sancionar y, por tanto, de despedir, y se califica el despido como nulo por falta de carta que justificase las razones del mismo; S.TS. de 29 de junio de 1987 (R.4652), donde el T.S. entiende que las facultades encomendadas no permiten la calificación de la relación del trabajador como de alta dirección y, ante la comunicación del cese sin alegación de causa, determina la nulidad del mismo.

²⁶Sobre el fraude en la contratación y, específicamente, en la extinción del contrato, vid por todos GALIANA MORENO, J.M. "El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo, 1990. Pp.431-483 (en especial,

Todo é́llo, teniendo en cuenta que en cuanto a la forma y requisitos del desistimiento, como se ha dicho, se regula en la ley como una facultad del empresario cuyo ejercicio no precisa justificación, no habiéndose establecido como requisitos, ni un trámite de audiencia previa del directivo, ni la necesidad de expresar las causas de la decisión adoptada, tal y como se ha puesto de manifiesto en alguna ocasión por el propio TS.²⁷

En cuanto a la dimensión procesal del desistimiento, existe una equiparación al tratamiento del despido, de manera que, aunque la decisión empresarial adopte la apariencia de un desistimiento, el afectado procederá de la misma forma que si se tratara de un despido, presentando la correspondiente demanda en la que el **petitum** consistirá en la declaración de la improcedencia o nulidad de la decisión, con los consiguientes efectos en órden a la reanudación de la efectiva prestación de servicios y de carácter indemnizatorio. El cauce procesal también será el de la modalidad procesal especial por despido regulada en los arts. 103-113 LPL.

IV.- ESPECIALIDADES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO DEL ALTO DIRECTIVO.

El RDAD establece en su art.11,2º la posibilidad de despedir al alto directivo en virtud del incumplimiento grave y culpable en que éste haya incurrido. Por tanto, el despido se configura,

sobre la corriente jurisprudencial que aplica la calificación de nulidad a los despidos "carentes de una base fáctica real cuando los jueces constatan una **"doble"** en la actuación del empresario...", pp.466-470).

²⁷S.TS.º de 16 de febrero de 1990 (R.1100). Sobre invocación fraudulenta del desistimiento, S.TS. de 25 de septiembre de 1989 (R.6478), donde se imputan al trabajador graves incumplimientos contractuales y el empresario, para eludir el pago de la indemnización prevista en caso de despido improcedente alega que lo que se ha ejercitado es la facultad empresarial de desistimiento. El T.S. lo considera fraude de ley e incluso argumenta que no se dejó transcurrir un "plazo razonable" en el cuál el empresario hubiera podido "perder la confianza" en el directivo.

en principio, de la misma forma que el del trabajador común. Incluso el propio RDAD se remite en cuanto a forma y efectos al art.55 ET. Sin embargo, ya se ha indicado que es en materia de extinción de la relación laboral donde se ponen de relieve en mayor medida las peculiaridades del régimen jurídico del contrato del alto directivo. Desde luego, la característica diferencial de mayor relevancia de dicho régimen jurídico es la existencia de la facultad de desistimiento empresarial, pero en la regulación del despido disciplinario del trabajador de alta dirección no son pocas ni de importancia despreciable las diferencias respecto del régimen ordinario, sobre todo desde el punto de vista de las cuestiones de fondo -causas y efectos-, no tanto desde el de las formalidades.

Vamos a analizar los distintos elementos de esta actuación disciplinaria empresarial y sus especialidades en la relación laboral del trabajador de alta dirección, no sin antes recordar que algunos aspectos del ejercicio del poder disciplinario empresarial en esta relación se han tratado ya en el capítulo segundo²⁸.

1.- Las causas de despido.

Como se recordará, el RDAD en su art.11,2º solamente se refiere a la posibilidad de despedir al trabajador directivo en virtud del **incumplimiento grave y culpable** de sus obligaciones laborales. Como diferencia de mayor relevancia, desde el punto de vista causal, cabe decir, en primer lugar, que no hay enumeración de los concretos comportamientos y conductas del trabajador que pueden dar lugar a la actuación disciplinaria del empresario consistente en el despido del alto directivo. Y tampoco hay, remisión en la materia a la legislación laboral común, dado que el precepto se remite al art.55 en materia de forma y efectos, no de causas. Esta omisión rompe el principio general de tipicidad en la fijación de las causas de despido y

²⁸Cap. segundo, ap.VI.

el carácter tasado de las mismas, principio que es sustituido por la remisión genérica a los incumplimientos del trabajador de carácter grave y culpable.

Esto es, en primer lugar, síntoma de la inadecuación de la aplicación al trabajador de alta dirección de algunos supuestos de incumplimiento que respecto del trabajador común pueden dar lugar al despido. Si se procede al examen pormenorizado de cada uno de ellos, sin duda se podrá contribuir a la clarificación de lo que se acaba de afirmar.

En concreto, sobre la indisciplina o desobediencia, manifestación del sometimiento del trabajador al poder de dirección del empresario, a sus facultades de control y a su potestad disciplinaria²⁹, la razón de la falta de referencia a este tipo de comportamientos está en el difícil encaje del trabajador de alta dirección en una relación disciplinaria, lo que no excluye su dependencia de los criterios e instrucciones que le vengan impuestos por quienes ostenten la condición de titulares de la empresa, aunque su peculiar situación en ésta implique la no sujeción a los sistemas de control y verificación del cumplimiento de los deberes laborales que sean de aplicación al resto de los trabajadores de la plantilla, e incluso la posibilidad de que los propios mecanismos e instrumentos de control e imposición de sanciones, sean aplicados a aquéllos por el alto directivo. Sobre estas cuestiones ya se ha reflexionado en otros lugares del presente trabajo³⁰.

En relación con la disminución continuada y voluntaria del rendimiento, la justificación podría ser que el deber de diligencia del directivo está, si cabe, más imbricado con el de

²⁹Sobre esta específica causa de despido vid PALOMEQUE LOPEZ.M.C. "La indisciplina o desobediencia en el trabajo", en Estudios sobre el despido disciplinario, 2ª ed., Madrid, Acarl, 1992, pp.145 y ss.

³⁰Vid. supra, cap. segundo, aps. IV y VI; y cap. tercero, ap. II, 6.

buena fe que en el caso del trabajador común, con lo que incumplimientos de obligaciones conectadas con dichos deberes serían en todo caso reconducibles a la transgresión de la buena fe contractual, especialmente exigible respecto de este personal, como se verá a continuación. Y en cuanto al rendimiento exigible al alto directivo, resulta aún de más difícil determinación objetiva que para el trabajador común, incluso utilizando los criterios de comparación con otros trabajadores directivos. Seguramente el rendimiento del directivo y, en general, el cumplimiento por éste del deber de diligencia en la relación contractual, están íntimamente conectados con el sentido de la marcha de la empresa, por lo que, como se ha indicado, una desviación de la labor directiva respecto de los objetivos proyectados y de los fines perseguidos podría reconducirse a las causas relacionadas con la pérdida de la confianza del titular de la empresa en el directivo y, por tanto, al desistimiento. Y, como también se ha dicho respecto de esta última causa específica de extinción del contrato del alto directivo, no está directamente originada en un incumplimiento culpable por parte de aquél, característica que también concurre en el logro de los resultados de gestión proyectados por la alta dirección. Dicho en otras palabras, que "el éxito o el fracaso no constituyen ningún módulo de conducta"³¹.

³¹POLO, E., op.cit., p.135. Ya en el capítulo tercero (ap.VI,2) al cuestionar la caracterización de la alta dirección como categoría profesional se estableció la falta de total correspondencia entre capacitación para el ejercicio profesional y éxito en las tareas de gestión y dirección, lo que dificulta también la aplicación de parámetros adecuados para determinar el grado de diligencia empleada en el cumplimiento de aquellas funciones; GUTIERREZ & YELAMOS, loc.cit., aunque en relación con la relación especial del deportista profesional, expresan esta misma idea de la siguiente forma: "es difícil establecer una relación causa-efecto que pudiera justificar el despido entre resultados deportivos y rendimiento personal puesto que es perfectamente posible que a un cumplimiento escrupulosamente ajustado a los dictados de la buena fe y diligencia, no correspondan matemáticamente unos resultados absolutamente positivos y viceversa." (p.1.308).

Pero la falta de enumeración tasada de las causas de despido disciplinario, en segundo lugar, también parece significar que el empresario dispone de una mayor flexibilidad y libertad en la apreciación y valoración de los comportamientos del trabajador directivo que pueden dar lugar a la máxima sanción. Se puede decir que estas facultades ampliadas del empresario resultan, sin embargo, coherentes con la misma fundamentación y con el contenido de la relación especial, hasta el punto de poderse afirmar que, cualquier incumplimiento voluntario o culpable del directivo alcanzaría la gravedad suficiente como para merecer el despido. Esta contundente afirmación tiene enormes consecuencias en orden a la configuración del despido disciplinario, institución que cobra mayor fuerza y una mayor amplitud en la relación especial de las que tiene en la ordinaria, por lo que no resulta extraño que se haya dicho muy expresivamente, que "las reglas para la apreciación de la conducta, especialmente con respecto a la justa causa de despido, suelen ser más severas en caso de los altos empleados, en los cuales se supone una mayor dedicación, sentido de responsabilidad y lealtad".³²

Esto enlaza directamente con el problema de la transgresión de la buena fe contractual como causa del despido disciplinario. En relación con esta cuestión es ya abundante la jurisprudencia que entiende que el abuso de confianza como modalidad cualificada de la transgresión de la buena fe es de mayor censura en relación con el personal que ocupa puestos de confianza en la empresa, incluido el personal de alta dirección y, por tanto, respecto de dicho personal se aprecia con un mayor rigor.

Se insiste en la buena fe como elemento integrador de cualquier relación contractual pero que cobra especial significación en la que se deriva del contrato de trabajo. Es de destacar que recientemente se ha sometido a una revisión crítica

³²KROTOSCHIN, Manual...cit., p.38; FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), pp.23 y 24; IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., pp.100 y 101; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. loc.cit., p.77; RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "El contrato de trabajo del personal de alta dirección...loc.cit., p.63.

esta interpretación fortalecedora del deber de buena fe en la relación laboral, por cuanto los arts.5,a) y 20,2º,inciso final ET nada añaden respecto a la concepción general del derecho de obligaciones, contenida en el 1.258 CC y, sin embargo, sí está cumpliendo un papel de endurecimiento de las exigencias de un determinado tipo de comportamientos de lealtad, honestidad y fidelidad del trabajador, que se consideran propios de concepciones sobre las relaciones laborales que ya han sido superadas y que difícilmente concuerdan con el sistema instaurado en la Constitución³³.

Sentada esta importante posición que intenta corregir los excesos interpretativos producidos en relación con esta especial causa de despido, sí se afirma, no obstante, que puede admitirse la necesidad de introducir matizaciones o modalizaciones en el cumplimiento de ciertos deberes y en el ejercicio de determinados derechos, en función de la especial y distinta naturaleza de la relación y el tipo de actividad de que se trate. Este último dato sienta las bases para afirmar que el deber de buena fe y la interdicción del abuso de confianza adquieren una mayor trascendencia en función de la superior categoría que ostente el trabajador y, sobre todo, cuando ocupa un puesto de confianza, mando o responsabilidad dentro de la empresa, lo que le sitúa simultáneamente en una posición de mayor autonomía y menor control por parte del empresario, esto es, de mayor impunidad. O como ha dicho la jurisprudencia, se otorga a la buena fe una "relevancia significativamente destacada cuando la relación laboral de que se trata está matizada y caracterizada por la confianza que, recíprocamente, cada una de las partes deposita en la otra, y así lo establece expresamente para la relación especial del personal de alta dirección a que se refiere el art.2,1º,a) ET, el art.2 del RD 1382/1985."³⁴

³³RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIERREZ,F., "La transgresión de la buena fe...loc.cit., p.555.

³⁴S.TS. de 13 de diciembre de 1988 (R.9608) en relación con el despido de un Director General de una cooperativa por haber rebasado ampliamente el presupuesto de inversiones,

El tipo de comportamiento concreto que conforma esta especial causa extintiva es normalmente el de un trabajador que se prevale de su singular posición en la empresa para sus propios fines, en contra de los intereses de aquélla. Se exige la concurrencia, por tanto, de un elemento intencional, normalmente dolo pero en ocasiones también es suficiente una negligencia inexcusable. Y nuevamente se observa la especial trascendencia que cobran aquí los intereses empresariales de naturaleza patrimonial o económica y muchos de los comportamientos que se sancionan están en relación con el manejo de fondos o la toma de decisiones de tipo económico o financiero que comprometan el patrimonio o los resultados de la empresa³⁵.

contraviniendo las pautas del Consejo Rector y causando un perjuicio económico evidente a su empresa. Esta sentencia, por lo demás, hace referencia a otros pronunciamientos en los que el TS ha apreciado la procedencia de despidos por transgresión de la buena fe contractual, resaltando la especial relevancia de dicho principio en aquellos trabajadores que ocupan puestos de especial confianza, aún sin la consideración de altos cargos: S.TS. de 9 de junio de 1988 (R.5261), respecto de una encargada de la custodia de efectos bancarios; S.TS. de 29 de julio de 1988 (R.6272), por dedicación a actividades ajenas a la empresa durante la jornada laboral; S.TS. de 16 de marzo de 1983 (R.1164) y S.TS. de 25 de febrero de 1984 (R.921), ambas sobre la buena fe en "cargos de suma confianza y relevante categoría, con intervención decisiva en operaciones de la empresa..."; S.TS. de 27 de septiembre de 1988 (R.7125), también sobre despido de un empleado -Delegado en Palma de Mallorca de empresa dedicada a financiación en la venta de automóviles de una determinada marca-encargado del manejo de fondos...; S.TS. de 12 de diciembre de 1988 (R.9595), sobre Director de Agencia de la Caja de Ahorros, cargo de "singular responsabilidad...", por descubiertos en cuenta corriente...; S.TS. de 27 de junio de 1985 (R.3481); S.TS. de 25 de abril de 1986 (R.2247). Vid también las SS.TS. de 21 de diciembre de 1987 (R.8991) y de 27 de diciembre de 1987 (R.9042).

Vid. también la abundante cita jurisprudencial que sobre el tema hace RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., loc.últ.cit., pp.521 y ss, y, en especial, sobre trabajadores cualificados y con menor sujeción a los poderes del empresario, y puestos de confianza y responsabilidad, p.549.

³⁵RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., "La transgresión... loc.cit., pp.529 y ss.; una enumeración detallada de comportamientos constitutivos de fraude, deslealtad o abuso de confianza como causa de despido se contenía en la RNTMM de 1952 (vid. ALMANSA PASTOR, J.M., La relación de embarco...cit., pp.121 y ss.).

Resulta significativa a estos efectos la S.TS. de 31 de enero de 1991 (R.201) en la que el Alto Tribunal lleva a cabo la siguiente argumentación: "...configurada la buena fe contractual por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena no es dudoso que la actuación del demandante y recurrente constituye una grave quiebra de dicha buena fe al provocar en los órganos de gobierno y administración...un conocimiento "absolutamente falso" acerca de la situación financiera de la empresa, desentendiéndose así de los perjuicios que, con ello, podía irrogar a ésta."³⁶

En fin, la conclusión a la que se podría llegar en relación con el empleado de alta dirección es que su despido disciplinario gira completamente en torno a la especial intensidad y elevado número de manifestaciones que caben en el deber de buena fe y la recíproca confianza, por tanto, se hace recaer todo el peso del supuesto extintivo sobre la transgresión de la primera y el abuso de la segunda. Esto se observa en la identidad de criterio que la jurisprudencia ha mantenido en torno a la imposibilidad de establecer una graduación alguna de la gravedad de los comportamientos infractores del alto directivo, como se ha dicho más arriba, y la misma imposibilidad de apreciación de grados en la transgresión de la buena fe que, o se quebranta o no, sin que pueda admitirse en el primer caso una calificación de menor

³⁶Vid también S.TS. de 14 de febrero de 1990 (R.1086); S.TS. de 21 de marzo de 1990 (R.2202); S.TS. de 11 de junio de 1990 (R.5050); S.TS. de 27 de noviembre de 1990 (R.8608); S.TS. de 30 de junio de 1989 (R.4859); S.TS. de 26 de septiembre de 1989 (R.6523); S.TS. de 3 de octubre de 1988 (R.7498); S.TS. de 29 de marzo de 1988 (R.2404); S.TS. de 14 de mayo de 1987 (R.3706); en todas ellas se observa la concurrencia de ese elemento intencional consistente en la prevalencia de la situación del trabajador directivo, o en su "conducta recalcitrante y mantenida..." como dice la S.TS. de 23 de marzo de 1988 (R.2362). Por contra, en la S.TS. de 13 de noviembre de 1989 (R.8043), se califica el despido como procedente ante una conducta del Director Técnico de una empresa minera, en la que se incurre en una "falta" de cuidado y despreocupación...", más bien constitutiva de negligencia.

gravedad con la consiguiente imposición de una sanción inferior³⁷.

También, por esta razón, la mayoría de los restantes comportamientos que en el ET se mencionan como incumplimientos de las obligaciones y deberes del trabajador que podrían dar lugar al despido -embriaguez, toxicomanías, así como los anteriormente examinados- serían reconducibles, y de hecho la jurisprudencia así lo hace incluso respecto del trabajador común, a la vulneración del deber de buena fe. Cabría oponer a la anterior posibilidad el supuesto de las faltas de asistencia y puntualidad por la mayor autonomía con que se distribuyen los distintos tramos temporales de la prestación del alto directivo, como se ha advertido en otro lugar³⁸.

2.- La formalización del despido del trabajador de alta dirección.

En relación con las cuestiones relativas a las formalidades del despido del alto directivo se aplican las previsiones del ET y, por tanto, también el despido del trabajador de alta dirección habrá de formalizarse por escrito en una "carta de despido".³⁹

Lo que, sin embargo, no tiene el mismo alcance para el trabajador especial que para el común es la omisión de dichas formalidades que, dicho sea de paso, dada la especial significación de la recíproca buena fe y la intensa vinculación entre el directivo y la empresa, podían haber sido ampliadas, por ejemplo, a un expediente contradictorio o a un simple trámite de audiencia del directivo. Si bien es cierto que nada impide que este tipo de condiciones se añadan al contrato de trabajo, junto

³⁷RODRIGUEZ-SANUDO GUTIERREZ, F., loc.últ.cit., pp.547-8.

³⁸Vid.supra, cap.segundo, ap.V.

³⁹SALA FRANCO, T. "La denominada carta de despido", en Estudios sobre el despido disciplinario, 2ªed., Madrid, Acarl, 1992, p.402.

al escaso número de estipulaciones cuya inclusión en el mismo venga exigida por imposición legal.

Sobre las distintas consecuencias que implica en el caso del alto directivo la omisión de las formalidades a las que se ha hecho referencia, se va a tratar seguidamente.

3.- Calificación del despido y efectos.

En el art.11,3º RDAD, al establecerse las posibles calificaciones del despido del alto directivo se procede en el mismo sentido que para el trabajador ordinario, esto es, se prevé la calificación del mismo como procedente -de manera implícita-, improcedente y nulo. Sin embargo, se introduce una importante variación en relación con el régimen común, consistente en la inversión del régimen aplicable a las obligaciones empresariales surgidas como consecuencia de dichas calificaciones.

Tanto si el despido es declarado improcedente como nulo se deja al pacto entre las partes, adoptado tras dicha calificación, la misión de determinar si se reanuda la relación con la readmisión del trabajador o se abona la indemnización correspondiente -la que el art.11,2º establece para el despido improcedente-, optándose por lo segundo en ausencia de dicho pacto. Es decir, se rompe nuevamente una de las manifestaciones del principio de conservación del contrato y su modalización laboral en el de estabilidad o permanencia en el puesto de trabajo que supone la preferencia por la readmisión. Incluso para el caso de nulidad del despido se produce la equiparación de los efectos con los de la improcedencia⁴⁰. Esta anomalía, por otro

⁴⁰SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. loc.cit., p.79, donde dice que "el obligar a la readmisión cuando el despido es declarado improcedente parece algo **contra natura**." En relación con la nulidad del despido, aunque ya no queda utilizar la categoría de la nulidad radical, sí es suficientemente ilustrativo de lo que se viene manteniendo lo que dice el autor: "en cuanto a la posibilidad del despido radicalmente nulo, entendemos que no procede en este caso, por la exclusión de la normativa laboral común que efectúa el art.11,3º del Real Decreto y porque iría

lado, trató de subsanarse en el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 en relación con los efectos del despido del trabajador común, aunque para algún autor la readmisión sigue produciéndose sólo si el empresario la quiere, a excepción de los supuestos previstos en el art.279,1º LPL que impone la ejecución de la sentencia en sus propios términos, con lo que las especialidades de los altos directivos en relación con esta cuestión son menos de las que inicialmente podría pensarse.⁴¹

Cabe preguntarse qué virtualidad tiene en torno a esta cuestión la incorporación en la LPL de un supuesto de nulidad por vulneración de derechos constitucionales, sustituyendo a la anterior categoría de despido "radicalmente" nulo. O lo que es lo mismo, si la necesaria readmisión a la que se refiere la LPL (art.279, en relación con el 108) quiebra en el caso del trabajador alto directivo.

Parece que la solución, en primer término, debería ser la aplicación del texto procesal, y ello por varias razones. La primera, que en favor de la aplicación preferente de la LPL juegan los principios de jerarquía normativa -se trata de un RD-ley frente a un RD- y de ley posterior. La segunda, que la normativa procesal es una normativa de orden público, aunque la virtualidad de la aplicación de normas ordinarias de esta naturaleza a la regulación de la relación especial de alta dirección no resulta un interrogante al que se pueda dar una respuesta taxativa, como se ha puesto de manifiesto en el capítulo primero. Y la tercera, que al directivo deben reconocérsele, en todo caso, los derechos básicos enunciados en la Constitución, aunque también en este caso la anterior

contra la naturaleza y esencia de las obligaciones de hacer más aún de lo que lo va la doctrina del despido radicalmente nulo aplicada a la relación laboral común." (p.79).

⁴¹MONTOYA MELGAR, A. "El despido improcedente y sus efectos", en Estudios sobre el despido disciplinario, 2ª ed., Madrid, Acarl, 1992, p.523.

afirmación admita posibles limitaciones y modulaciones de alguno de esos derechos en atención a las especiales características de esta relación, lo que parece más claro respecto de los derechos de carácter colectivo, y no resulta admisible en relación con el principio de igualdad y no discriminación.⁴²

Pero también es necesario poner de relieve que, mientras que la doctrina acuñada por el TC sobre el despido afectado de nulidad radical establecía una diferencia en cuanto a sus consecuencias respecto de los demás supuestos de nulidad, desde que el texto de procedimiento de 1990 suprime dicha categoría de nulidad radical y equipara los efectos de todos los supuestos de despido nulo, podría pensarse que para el personal directivo queda alterada la regulación de los efectos de la nulidad del despido sin distinción de causas.⁴³

Aunque desde el punto de vista técnico toda la problemática del despido se aborde con el interés que suscita una institución como la que nos ocupa, cabe pensar, y no sólo como hipótesis, sino con la constatación que permite la observación de los litigios que se producen en la práctica, al examinar el volumen de jurisprudencia producida hasta ahora por esta relación laboral especial, que las soluciones vienen impuestas por la propia fundamentación de la relación especial en la mutua confianza entre las partes. Como contenido o manifestación concreta de esa confianza que el empresario deposita en el trabajador de alta dirección cabe pensar en el propio clima de diálogo y entendimiento que debe existir entre ambas partes, y que debe entenderse necesariamente roto en el momento en que el empresario imputa un incumplimiento grave y culpable al trabajador, por el que decide despedirle, independientemente de la calificación que

⁴²En relación con esta cuestión, antes de la modificación del texto de procedimiento laboral, vid FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), pp.26-28.

⁴³Sobre la **configuración unitaria de la categoría del despido "nulo"** y la supresión del **radicalmente nulo**, vid DE LA VILLA GIL, L'E. "Los efectos del despido nulo", en Estudios sobre el despido...cit., pp.577 y ss.

posteriormente merezca para el juez dicha decisión empresarial. ¿Pueden las partes reiniciar la relación como si nada hubiera pasado? Lo lógico es pensar que el empresario ejercite en ese preciso momento, si no lo hizo antes, su facultad de desistir del contrato por pérdida de la confianza en el directivo.⁴⁴

Es decir, a la necesaria readmisión se opone la propia configuración del despido en la relación laboral especial, en función, precisamente, del elemento fiduciario que es su fundamento. Esto ya se ha puesto de manifiesto, sobre todo, en la pérdida de virtualidad de determinadas previsiones normativas sobre la extinción del contrato de trabajo ordinario, desde el momento en que se reconoce la facultad de desistimiento unilateral del empresario, lo que implica que, sin unas excesivamente costosas consecuencias indemnizatorias, el empresario puede obviar la obligación de readmitir.

Para terminar, y con carácter general, hay que aclarar una cuestión que, en ocasiones, ha podido oscurecer las soluciones a los interrogantes tanto en relación con la relevancia del comportamiento del directivo a efectos de despido, como en torno a la determinación del momento de efectividad de la decisión extintiva. Se trata de la trascendencia de una concreta circunstancia, que consiste en la existencia de un complejo entramado de órganos que intervienen en la toma de decisiones, tanto las que pueden implicar la imputación de responsabilidad al directivo por su participación en la adopción de las mismas, como las que deben adoptarse para despedir a aquél. Ni en un caso ni en otro, la intervención de otros miembros de órganos directivos unipersonales o colegiados modifica las conclusiones en torno a estas cuestiones.

El directivo responde, desde el punto de vista laboral, independientemente de que su comportamiento fuese conocido por otros directivos que, incluso pudiesen llegar a compartir dicha

⁴⁴IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.105.

responsabilidad, o del conocimiento y aquiescencia que en relación con su comportamiento pudieran haber tenido otros órganos rectores de la entidad. Esta conclusión se sienta con base en la propia función y posición del directivo en la empresa y, concretamente, en relación con dichos órganos, dado que al alto directivo le incumbe el papel de "velar por el exacto cumplimiento de la normativa aplicable en salvaguarda de los intereses y fines de la propia Institución... (que) impide exonerarle de su propia responsabilidad laboral en mérito al parcial y tácito asentimiento de algunos de los miembros del Consejo Rector de la entidad financiera (Caja Rural) quienes, como es obvio, no alcanzaron a ostentar la representación institucional de esta última..."⁴⁵. Seguramente a esto se refiere el RDAD, entre otras cosas, cuando establece que la actividad ., del directivo se desempeña con "plena responsabilidad"⁴⁶.

Lo mismo puede decirse en cuanto a la fecha de efectividad del despido, a cuyos efectos resulta irrelevante el momento de la ratificación por los órganos assemblearios o de gobierno de la sociedad. Esto tiene importancia, sobre todo, a efectos de caducidad de la acción correspondiente.⁴⁷

En materia de indemnizaciones, nuevamente hay remisión al pacto entre las partes o, en su defecto, una cuantificación legal. Además, esta regulación presenta dos características peculiares: en primer lugar, que la fijación de la misma se lleva a cabo en atención a un módulo inferior al fijado con carácter general en el ET, y que se toma como referencia el salario en metálico del alto directivo, excluyendo, por tanto, las partidas salariales en especie. Por lo demás, las cuestiones concretas que se refieren a la problemática de las indemnizaciones en los

⁴⁵S.TS. de 26 de enero de 1990 (R.218); S.TS. de 20 de marzo de 1990 (R.2188).

⁴⁶Vid. supra, cap. segundo, ap.IV,4.

⁴⁷S.TS. de 15 de marzo de 1990 (R.2086).

distintos casos de extinción del contrato del alto directivo se tratarán más adelante en un apartado específico.

V.- LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL ALTO DIRECTIVO.

Como se ha indicado en el comienzo del presente capítulo, el régimen jurídico de la extinción del contrato previsto en el RDAD se caracteriza por acoger los dos criterios posibles en cuanto a la fijación de los concretos contenidos normativos en relación con las distintas materias cuya regulación se aborda: la incorporación de las concretas peculiaridades que se derivan de la especialidad de la relación laboral de alta dirección y la remisión al ET. Lo primero se lleva a cabo respecto de dos grupos de supuestos extintivos: la extinción por voluntad del empresario, que ya ha sido examinada, y la extinción por voluntad del trabajador directivo, cuestión de la que nos vamos a ocupar en este apartado.

1.- La dimisión del alto directivo.

El RDAD contempla en su art.10,1º con carácter muy amplio y genérico la posibilidad de que el directivo extinga el contrato por su propia voluntad, sin más requisito que proceder a advertirlo al empresario con una mínima antelación, mediante la estipulación de un plazo de preaviso. Por lo demás, en este caso el RDAD no está regulando verdaderamente las peculiaridades de la dimisión del trabajador de alta dirección, pues, hasta aquí, lo que dice el precepto guarda una casi perfecta simetría con la facultad contemplada en el art.49,4º ET, a salvo de la remisión que éste lleva a cabo a la negociación colectiva en cuanto a la fijación del plazo de preaviso.

Así es que al referir esta materia específicamente al contrato de alta dirección se plantea sólo un interrogante acerca de la posibilidad de extinción **ante tempus** del contrato de duración determinada.

En relación con esta cuestión, hay que comenzar admitiendo que el directivo pueda extinguir la relación sin causa incluso en los contratos de duración determinada, por contraposición a lo que parece, en opinión mayoritaria, vedado al trabajador común, que deberá respetar el pacto inserto en el contrato sobre la duración del mismo y la propia causa extintiva de cada concreta modalidad contractual de duración determinada.⁴⁸

Además del argumento de la defensa del interés del trabajador en conservar su libertad profesional para admitir la dimisión de éste incluso en los contratos de duración determinada⁴⁹, siempre que no exista un pacto de permanencia en la empresa, conforme a lo ya visto, esta facultad reconocida al alto directivo resulta acorde con el reconocimiento paralelo de la facultad de desistimiento del empresario y, además, parece desprenderse de la propia literalidad del art.10,1º RDAD, que admite la extinción del contrato por voluntad del directivo, con el único compromiso de preavisar al empresario. Es precisamente al cuantificar dicho preaviso, cuando puede deducirse de la norma la posibilidad de extinción unilateral antes del término del contrato, puesto que se establecen períodos de tiempo distintos en función de que la duración del contrato sea indefinida o el contrato se haya concertado por un tiempo determinado. En efecto, el precepto aludido dispone que el preaviso tendrá una duración mínima de tres meses, que se extenderá hasta un máximo de seis, "si así se establece por escrito en los contratos celebrados por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años."⁵⁰

Sólo cabe añadir, para terminar con esta concreta causa

⁴⁸ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E., Op.cit., p.73; sobre la calificación como abandono, incumplimiento del trabajador, de la extinción **ante tempus** de los contratos temporales ordinarios cfr. MONTOYA MELGAR, A. Op.cit., p.444.

⁴⁹ALBIOL MONTESINOS, I. "Dimisión del trabajador", Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo IX, Vol.1º, Madrid, Edersa, 1983, p.171.

⁵⁰Vid **supra** sobre desistimiento empresarial.

extintiva, que la omisión del preaviso indicado en el art.10,1º RDAD, exigido tanto para el trabajador como para el empresario por la remisión del art.11,1º al 10,1º, la única consecuencia que acarreará será la obligación de abonar el importe de los salarios correspondientes a los días omitidos. Salarios respecto de los cuales, en este caso concreto, no se excluyen los salarios en especie, puesto que el precepto no especifica que se computen exclusivamente los salarios en metálico.

2.- La extinción basada en la concurrencia de una causa legal.

Se va a invertir el orden habitual para tratar en primer lugar aspectos formales y, posteriormente, examinar los distintos supuestos causales de extinción del contrato a iniciativa del alto directivo enumerados en el art.10,3º RDAD. Por tanto la pregunta que se formula en primer lugar es si resulta aplicable al directivo, partiendo de la redacción dada al precepto de referencia, idéntico régimen que al trabajador común en relación con el procedimiento a seguir para proceder a la extinción del contrato. Esto es, si resulta de aplicación el criterio de la necesidad de instar judicialmente la resolución del mismo, salvo en supuestos excepcionales de trato vejatorio en los que se autoriza al trabajador a cesar en el desempeño de la actividad aun a resultas de la definitiva extinción jurisdiccional.

Esta solución es la que parece aplicarse a pesar de la literalidad del precepto que establece que "el alto directivo **podrá extinguir...**", ya que, al margen de alguna opinión aislada a favor de dicha posibilidad, con base en el propio tenor literal, la jurisprudencia ha entendido aplicable idéntica doctrina que la acuñada para los trabajadores sometidos al régimen común. Esto significa que el alto directivo que entienda que se ha producido una modificación sustancial de sus condiciones de servicio, en perjuicio de su dignidad, formación profesional u otros intereses, o ante cualquiera otra causa mencionada en el precepto de referencia, deberá solicitar la

resolución del contrato ante la jurisdicción social.

Este supuesto debe distinguirse del mero desistimiento sin preaviso del directivo y que no queda desvirtuado por el hecho de que el trabajador formalice posteriormente la reclamación de indemnización alegando la concurrencia de una causa resolutoria.⁵¹

Además, y aunque la solución a esta cuestión parece obvia, la solicitud de resolución y el posterior reconocimiento jurisdiccional de la misma presupone la vigencia del contrato, luego sólo podrá operar cuando no hayan interferido otras causas de extinción, como pueda ser el anterior despido del alto directivo, o del despido posterior que es impugnado por el trabajador y respecto del cual recae sentencia declarada su procedencia antes de que se resuelva judicialmente la relación a instancias del trabajador. La calificación como procedente del despido posterior del trabajador excluye su utilización fraudulenta por el empresario como respuesta a la previa solicitud de resolución por el trabajador. Por supuesto cabrá la solicitud de resolución del contrato, una vez recaída sentencia sobre el despido anterior que lo declare nulo y se haya producido

⁵¹S.TS. de 30 de mayo de 1991 (cit.), con referencias sobre el particular a las SS. de 20 de mayo de 1990 (R.3993) y de 25 de septiembre de 1989 (R.6486).

ALBIOL MONTESINOS, I. "Extinción por voluntad del trabajador", Comentarios a las leyes laborales...cit., recoge el cambio de criterio jurisprudencial en el sentido de negar la posibilidad de resolución extrajudicial a raíz del art.21,2º LRL y el E.T. (pp.199 y ss.); sin embargo, reconocen dicha facultad para el alto directivo FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), con la grave consecuencia de entender que si posteriormente la justificación de esa decisión es desestimada por el juez, deberá considerarse la voluntad extintiva del trabajador como una dimisión *ad nutum* y, al no haberse preavisado, se derivarán las consecuencias indemnizatorias previstas en el art.10,2º R.D., lo que resulta excesivamente oneroso y constituye una penalización de la conducta del directivo que no debería producirse salvo en los casos en que éste haya actuado maliciosamente (pp.18 y 19).

la efectiva readmisión del trabajador.⁵²

Seguramente, gran parte de los problemas que la interferencia entre el ejercicio de la acción de despido y la de resolución del contrato planteaba, hayan encontrado solución en la regla contenida en la LPL de 1990 sobre posibilidad de acumulación de dichas acciones, cuestión sobre la que no nos vamos a detener, sin embargo, en este momento.⁵³

Por la misma razón, la operatividad de la invocación de cualquier causa extintiva sólo sobre un contrato vigente, una vez que se haya resuelto el mismo judicialmente a instancias del trabajador ningún comportamiento ulterior, ni del propio directivo, ni del empresario tendrá virtualidad alguna.⁵⁴

Podría entenderse, a pesar de todo, aplicable aquí la doctrina que, con carácter general, se aplica al trabajador común, y que reconoce la posibilidad excepcional de que el trabajador extinga por sí la relación en supuestos de situaciones especialmente vejatorias y atentatorias contra la dignidad del trabajador, sin que parezca aceptable la modulación del deber de trato digno en el sentido de intensificar la exigencia de su cumplimiento en la relación especial de alta dirección sobre la base de una mayor sensibilidad de ese derecho respecto de los altos directivos, como en alguna ocasión se ha pretendido.⁵⁵

⁵²Supuesto resuelto por el T.S. en su sentencia de 27 de marzo de 1990 (R.2356).

Cfr. DURAN LOPEZ, F. "Resolución del contrato... loc.cit., que recoge la tesis jurisprudencial acerca de la imposibilidad de ejercitar la acción resolutoria por el trabajador si previamente se le ha despedido o conoce la voluntad empresarial de despedirle (pp.19, 20 y 24).

⁵³Sobre el tema vid GARCIA MURCIA, J. Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Madrid, Civitas, 1991.

⁵⁴S.TS. de 10 de mayo de 1990 (R.3993) en relación con un despido posterior a la resolución judicial del contrato.

⁵⁵FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), p.19; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "La extinción... cit., p.81.

La dignidad es un valor inherente a toda persona, que debe protegerse también, quizás especialmente, en el ámbito de toda relación laboral en la medida en que el trabajador por su situación de subordinación implica toda su personalidad en la prestación laboral. Desde este punto de vista no parece que pueda defenderse la existencia de diversos grupos de trabajadores con "mayor o menor dignidad", incluso podría entenderse que si bien respecto del trabajador directivo se da una mayor implicación personal, ello se produce en una situación de supremacía jerárquica en la empresa, por tanto desde una posición de subordinación atenuada y de mayor colaboración con el empresario, por lo que los comportamientos atentatorios contra la dignidad pueden pensarse más excepcionales.⁵⁶

Para abundar en esta idea, podría hacerse una afirmación análoga a algo que se ha predicado del derecho al honor, y es que se trata de un "concepto aséptico de reconocimientos sociales y de funciones o méritos personales...", o según la doctrina sentada por el TC con carácter general, que los derechos fundamentales pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio.⁵⁷

Lo que sí es cierto, como se ha puesto de relieve a través del examen de la jurisprudencia analizada en el capítulo

⁵⁶MARTIN AGUADO, A. "Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador", en R.L.nº 19, 1989, para quien "ninguna característica personal del trabajador que no sea relevante para valorar su capacidad profesional ha de ser tenida en cuenta..." (p.115), por lo que puede hablarse de una mayor sujeción del directivo a ciertos criterios empresariales, lo que no justifica una ampliación del derecho al trato digno; VALDES DAL-RE, F. "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", loc.cit., que habla de "derechos subjetivos plenos de los trabajadores..." en relación con la prohibición de discriminación, la libertad de expresión o el derecho a la intimidad... (p.21).

⁵⁷ROJAS RIVERO, G.P. La libertad...cit., p.111; también recoge la doctrina constitucional en el sentido apuntado contenida en la S.TC. 165/87, 27-X), (p.103).

anterior, es que sí constituyen frecuentes supuestos de modificaciones sustanciales sobre la base de las cuales se legitima la extinción del contrato a instancias del trabajador aquellos en los que se vacían de contenido las funciones de mando encomendadas al mismo, pero más bien como constitutivas de un grave incumplimiento del deber de ocupación efectiva exigible respecto de cualesquiera funciones que formen parte del contenido de la prestación de servicios.

También se ha utilizado como argumento para negar la posibilidad de cesación automática del trabajo sin necesidad de esperar a que recaiga sentencia estimatoria de la solicitud de resolución por el trabajador, el deber de buena fe reforzado que se da en el seno de esta relación especial. Sin embargo, se puede mantener dicha posibilidad dado que en este caso se parte, precisamente, de la quiebra del citado deber recíproco por parte del empresario y, además, porque están afectados gravemente derechos constitucionales inherentes a la propia condición personal del trabajador.⁵⁸

Para determinar la razón de fondo que justifica la necesidad de resolución judicial de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento del empresario resulta especialmente ilustrativa la argumentación que ha llevado a cabo el TS en alguna ocasión. Se ha entendido que la apreciación de la causa extintiva no puede quedar al arbitrio de una de las

⁵⁸PENDAS DIAZ, B. La extinción causal del contrato de trabajo...cit., que resalta que el supuesto exige, salvo dichas situaciones excepcionales, la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo, dado que la relación no se extingue sino cuando recaer resolución judicial. Por esta razón, en los casos excepcionales de cese anterior en el ejercicio efectivo de las actividades, se entiende que hay una mera suspensión del contrato (p.33 y ss). En contra vid ALVAREZ DE LA ROSA, M. Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo, Madrid, Civitas, 1990, que entiende que en la relación laboral especial de los altos cargos, la voluntad del trabajador tiene inmediato efecto extintivo, seguramente por la literalidad del art.10,3º (p.86).

partes, lo que, sin embargo, sí ocurre en relación con los supuestos de extinción causal por voluntad empresarial, en relación con los cuales se ha entendido mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia que el legislador otorga a aquél la potestad de tomar decisiones virtualmente extintivas, aun cuando la redacción de los apartados 10 y 11 del art.49 ET sea equivalente.⁵⁹

Ciertamente el razonamiento anterior se vierte por el Tribunal en relación con un supuesto particular en el que se otorga al trabajador de alta dirección tan excesiva posibilidad que se entiende la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva. El directivo podía desistir del contrato durante los dos primeros años de vigencia del mismo, con una fuerte indemnización, si se producían divergencias entre éste y los órganos de gobierno de la sociedad o los accionistas, o se apreciaba en éstos una falta de colaboración con el directivo. El Tribunal entendió que se trataba de una extinción por voluntad del directivo basada en incumplimiento empresarial y que este incumplimiento sólo podía consistir en la alteración de las atribuciones del directivo o desautorizar sus decisiones, rechazar sus propuestas o interferir su gestión. Sólo en estas circunstancias, por tanto, y no a través de meras críticas o propuestas de cese del Presidente o Director, sería subsumible el supuesto en el art.10,3º RDAD, ya que sería un "supuesto anormal en el tráfico jurídico" un desistimiento sin causa con una indemnización tan alta (dos años de salario bruto del directivo).⁶⁰

⁵⁹Esa contradicción ha sido puesta de manifiesto por algún autor, cfr. ALBIOL MONTESINOS, I. loc.cit., p.204; DURAN LOPEZ, F. "Sobre la eficacia extintiva del acto de despido y sobre los salarios e indemnizaciones debidos en virtud del mismo. (Comentario a las sentencias del TS. 4ª de 7 de diciembre de 1990 y 13 de marzo de 1991)", en R.L. nº11, 1991, pp.37 y 38; el mismo autor llama la atención sobre los distintos criterios aplicados a trabajador y empresario, así como la rigidez de las consecuencias en caso de cese del trabajo por el trabajados, en su ensayo "Resolución del contrato...loc.cit., p.21.

⁶⁰S.TS. de 25 de septiembre de 1989 (R.6486).

La primera de dichas causas consiste en la introducción por el empresario de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional del alto directivo, menoscaben su dignidad, "o sean decididas con grave transgresión de la buena fe". Se trata de una traslación del supuesto previsto en el art.50,1º,a) ET, pero con la introducción novedosa de la frase entrecomillada. Esta aparente ampliación introducida por el RDAD en relación con su homólogo estatutario, vuelve a incidir y constituye un ejemplo más de la importancia en esta relación especial de la buena fe como un deber recíproco de las partes, por tanto, también de especial incumbencia al empresario. Incluso podría advertirse el paralelismo existente respecto de la causa específica de despido disciplinario del trabajador. Sin embargo, probablemente tampoco hacía falta su incorporación expresa, dado que comportamientos empresariales de tanta entidad que permitan la resolución a instancias del trabajador, suponen en todo caso la quiebra de dicho deber de actuación acorde con el principio de buena fe. A salvo de que se interprete dicha causa no meramente como un comportamiento empresarial que implique un incumplimiento del contrato, por ejemplo incorporando también aquellas modificaciones introducidas mediante la correspondiente autorización administrativa.⁶¹

Sin embargo, podría plantearse un interrogante en torno a en qué medida es trasladable esta interpretación del art.50,1º,a) ET a la institución homóloga regulada en el RDAD -art.10,3º,a)-, y ello ante la no aplicación a este colectivo especial del régimen procedimental de las modificaciones de las condiciones de trabajo, es decir, pacto con los representantes de los

⁶¹ Vid en este sentido, en relación con la regulación estatutaria contenida en el art.50 E.T., DURAN LOPEZ, F. "Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido", en R.L. nº 11, 1990, donde mantiene que el art.50,1,a) E.T. contempla las modificaciones autorizadas, mientras que las que se adopten obviando el procedimiento legal serían invocables al amparo de la causa genérica contenida en el apartado c) del mismo precepto (p.16).

trabajadores y en su defecto autorización administrativa.

En efecto, no parece que este tipo de incumplimientos procedimentales puedan dar lugar a la extinción del contrato a instancias del trabajador directivo, en primer lugar porque no hay remisión del RDAD a la legislación común en este punto, y en segundo, por una razón de fondo que es la disponibilidad que sobre dichas materias, salvo por lo que se refiere a la preservación de los derechos básicos de carácter constitucional del directivo ex art.2,2º ET, tienen las partes en la relación laboral especial y la falta de sujeción a criterios legales estrictos en relación con las mismas, por lo que difícilmente van a dar lugar a modificaciones sustanciales. Por lo demás, ya se ha indicado que en la relación laboral especial de alta dirección, dichas modificaciones van a seguir el mismo procedimiento que el que establece la normativa específica para su fijación, es decir el contractual, a través de las novaciones pactadas entre el empresario y el alto directivo. Lo mismo puede decirse en relación con los traslados (art.40 ET), cuestión sobre la que el RDAD guarda, lógicamente, absoluto silencio.

Por otro lado, como ha resaltado la doctrina, el tipo de modificaciones sustanciales que pueden dar lugar a esta causa extintiva son sólo aquellas que merezcan la más grave valoración, en cuanto que vulneran derechos fundamentales o constitucionales del trabajador, no otras que puedan irrogar otro tipo de perjuicios al mismo que, en la relación común serán las contempladas en el art.41,2º ET⁶².

La segunda causa enunciada en el art.10,3º,b) consiste en la falta de pago o retraso continuado en el abono del salario pactado. Se ha suprimido el plural que el supuesto estatutario contenía, con lo que parece que continuado sólo ha de referirse al retraso y no a la falta de pago.

⁶²PENDAS DIAZ, B. Op.cit., pp.109-111.

Otro problema que se ha planteado en relación con el trabajador común sobre este supuesto extintivo es la entidad del incumplimiento para justificar la solicitud de extinción y la necesidad o no de concurrencia de culpabilidad en el incumplimiento empresarial. La doctrina y la jurisprudencia parecen exigir en relación con lo primero una cierta entidad en el incumplimiento, normalmente varios meses en el impago. En relación con lo segundo existen discrepancias doctrinales y vacilaciones jurisprudenciales, pero parecen primar las tesis objetivistas que permiten al trabajador solicitar la resolución independientemente de la concurrencia o no de culpa, y se tiende a una reconstrucción interpretativa del art.50 ET no equiparativa al art.54, sino que englobe tanto los supuestos de extinción por voluntad del trabajador frente a incumplimientos empresariales, pero también frente a circunstancias obstativas independientes de la voluntad empresarial, esto es, el art.50 sería el equivalente conjunto de los arts.54 y 52 ET, aunque esta tesis no es pacífica y existen opiniones en el sentido de apoyar la equiparación y el paralelismo entre los supuestos regulados en los arts. 50 y 54 ET⁶³.

Finalmente, en relación con las causas de extinción a instancias del trabajador de alta dirección, el RDAD incorpora un supuesto específico, en cuyo análisis merece la pena detenerse. Se trata del específico régimen jurídico aplicable a los supuestos de subrogación empresarial, pues en la relación especial de alta dirección se introduce la posibilidad de que, por voluntad del mismo trabajador, quede alterado el régimen común del art.44 ET que tiende a garantizar la continuidad de los

⁶³A favor de la diferenciación se manifiestan PENDAS DIAZ, B. Op.cit., pp.41-47 y 67 y ss.; DURAN LOPEZ, F. "Resolución del contrato... loc.cit., pp.13 y ss.; en sentido de equiparar "despido directo" y "despido indirecto", BORRAJO DACRUZ, E., "Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo...cit., y, por tanto, a favor de la exigencia de idénticos requisitos en cuanto a la gravedad y culpabilidad en el comportamiento que puede dar lugar a la extinción (p.20).

contratos ante los cambios de titularidad de la empresa y en última instancia dar un más cabal cumplimiento al principio de estabilidad en el empleo.⁶⁴

Esta afirmación debe ser matizada, sin embargo, en el sentido siguiente: se ha dicho que el mecanismo subrogatorio en relación con el contrato de trabajo común es sólo obligatorio para el empresario que es quien debe asumir la continuidad de las relaciones de trabajo que vinculaban al anterior titular de la empresa, mientras que para el trabajador dicho mecanismo es excluible en la medida en que sigue conservando la posibilidad de dar por finalizada su relación con la empresa. Desde luego que el trabajador siempre conserva dicha facultad, lo que cambia en el contrato de alta dirección es la concepción misma del hecho subrogatorio, de las consecuencias de la transmisión de la titularidad de la empresa, en virtud de lo cual, el alto directivo puede ampararse en dicho cambio de titular para solicitar la resolución del contrato con las mismas consecuencias que si se tratara de una extinción basada en un incumplimiento empresarial y, consecuentemente, con el derecho a percibir la indemnización correspondiente -indemnización que coincide de forma significativa con la prevista para el supuesto de desistimiento del empresario-, efecto que no se produce en el caso del trabajador común⁶⁵.

La razón de esta modificación del régimen jurídico de la sucesión en la titularidad de la empresa no es otra que la especial vinculación de los altos directivos con los titulares de aquélla a través de la directa subordinación a los órganos de gobierno de la sociedad, lo que se desprende claramente de la propia literalidad del art.10,3º,d) RDAD, que habla de sucesión

⁶⁴MONTOYA MELGAR, A. "La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España", en Estudios de Derecho Individual del Trabajo. En homenaje al Profesor Mario L. Deveali, Buenos Aires, 1979, p.659.

⁶⁵Sobre esta cuestión, cfr. CAMPS RUIZ, L.M., "Problemas laborales de las fusiones de sociedades", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo...cit., p.628.

de la empresa o "cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores...". Y también es acorde con la menor virtualidad del principio aludido de estabilidad respecto de la relación especial del personal de alta dirección como pone de relieve la regulación sobre otros supuestos extintivos contenida en el RDAD⁶⁶.

Conviene precisar que en este caso, a pesar de la inclusión de esta causa entre las demás del art.10, coincidente en sustancia con el art.50 ET, no se da un comportamiento empresarial constitutivo de un incumplimiento de sus obligaciones respecto del trabajador directivo, ni se da perjuicio para la dignidad o formación profesional de éste⁶⁷. Se erige más bien como un supuesto, nuevamente conectado con la especial relación de confianza que el directivo mantiene con el titular de la empresa o los órganos de gobierno de la sociedad, y que trata de poner remedio a las posibles dificultades que ello pudiera implicar para la continuidad de los directivos en supuestos de cambio de las personas que ocupan dicha posición, probablemente por la vía del desistimiento.⁶⁸

El supuesto extintivo se puede basar en la concurrencia de dos circunstancias, la primera de carácter subjetivo, consistente en que el cambio en la titularidad repercuta de forma significativa en la composición del órgano de administración y

⁶⁶En relación con la legislación brasileña, vid JOSE JADIR DOS SANTOS, "Estabilidad en el empleo y Fondo de Garantía por tiempo de servicio", en Estudios ...cit., donde el autor recoge entre las excepciones a dicho principio, la que se refiere a "los trabajadores de confianza o sea aquellos que ocupan cargos en el directorio ; gerencia u otros de confianza inmediata al patrono" (p.676).

⁶⁷S.TS. de 30 de octubre de 1989 (R.7463), en la que, sin embargo, entiende que la dimisión de tres Consejeros y del Secretario del Consejo de Administración ante la venta de la empresa por el grupo propietario a otro grupo empresarial, no constituye un cambio en los órganos de administración y gobierno que permite acogerse al supuesto regulado por el art.10,3^o,d) R.D.

⁶⁸PENDAS DIAZ, B. Op.cit.,, pp.115 y 116.

gobierno de la sociedad titular de la empresa. La segunda, de carácter objetivo, que dicho cambio pueda suponer una alteración en la orientación de la actividad productiva. Ambas circunstancias es de suponer que pueden provocar un desajuste en las relaciones directas y especialmente intensas en lo personal entre el directivo y los órganos rectores de la sociedad de los que depende directamente.⁶⁹

En alguna ocasión se ha tratado de ver en este cambio de orientación una causa autónoma dentro de este apartado d) del art.10,3º RDAD, de forma que permitiese extinguir al trabajador su relación especial aun cuando no se operase el primero de los requisitos mencionados con anterioridad, esto es, el cambio en la titularidad o la alteración sustancial en la composición del órgano de gobierno de la sociedad.⁷⁰

Sin embargo, cabe pensar que en tales casos cargados de subjetivismo, para el trabajador jugará la posibilidad de valorar la entidad del nuevo giro que tome la empresa y, en su caso, los posibles desacuerdos que podrían producirse con quienes gobiernan la entidad, para extinguir unilateralmente el contrato. En cuanto al empresario, la figura más idónea en estos supuestos y la que mejor se adapta a los mismos es, precisamente, el desistimiento.

Por otro lado, adviértase ese paralelismo con el supuesto de extinción por desistimiento empresarial, evidenciado también en la propia remisión del art.10,3º RDAD a las indemnizaciones fijadas para aquel supuesto en caso de omisión de pacto expreso. Parece observarse en el RDAD, por todo lo dicho, una intención de asimilar este supuesto al de desistimiento empresarial, en lugar de hacerlo al de despido, como ocurre en su homólogo en la normativa reguladora de la relación laboral común. Ese

⁶⁹FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), aunque los autores hablan de requisito **objetivo** en relación con el primero de los enunciados (p.20).

⁷⁰**Ibidem**, con especial mención de las empresas **de tendencia** (p.21).

paralelismo con el desistimiento por pérdida de la confianza estaría muy claramente fundado en el supuesto del 10,3º,d), pero no lo está en los casos de verdadero incumplimiento contractual grave del empresario. El precepto ha sido poco riguroso, al asimilar las consecuencias de los distintos supuestos englobados en esta causa extintiva. No parece que pueda equipararse un incumplimiento del empresario que pueda suponer un trato vejatorio para el trabajador directivo, con grave transgresión de la buena fe por parte del empresario, con un cambio en la titularidad que implique un giro en el enfoque de la actividad empresarial o en su estrategia productiva, financiera, etc.

Una última cuestión que plantea este supuesto es la del plazo para el ejercicio de la acción resolutoria por el trabajador.

Parece que, aunque la doctrina ha aplicado en numerosas ocasiones la calificación de este supuesto de "despido provocado" o "despido indirecto", el plazo de caducidad específicamente contemplado en el art.59,3º ET lo es para el despido en sentido estricto, referido exclusivamente, por tanto, al despido disciplinario.

Ante esta solución caben dos opciones. La de entender aplicable el plazo de prescripción general de un año del art.59,1º ET⁷¹, o bien aplicar analógicamente el de un mes de la acción de rescisión del contrato contemplada en el art.41,3º ET, con el que el art.50 presenta una clara conexión, como se ha visto⁷². Quizás en la relación laboral especial de alta

⁷¹PENDAS DIAZ, B. Op.cit., p.48. En contra de lo argumentado por IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., que estima que hay que aplicar la legislación civil y, por tanto, el plazo de 15 años a que se refiere el art.1.964 C.C. (p.96); DURAN LOPEZ, F. "Resolución del contrato...loc.cit., p.18.

⁷²BORRAJO DACRUZ, E., "Reinterpretación jurisprudencial... loc.cit., aunque el autor propone la corrección del plazo mensual del art.41,3º con el contemplado en el 40,2º que se cuantifica en 30 días (pp. 41 y 42); MONTOYA MELGAR, A. Derecho del Trabajo, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, p.443.

dirección deba primar la solución primeramente apuntada, dada la remisión genérica que el art.15,3º RDAD hace al art.59 ET y la imposibilidad de aplicación a dicha relación del supuesto del art.41 ET, ya referida.

El supuesto del art.10,3º,d) RDAD contempla, no obstante, un plazo específico para el ejercicio de la acción solicitando la extinción de la relación de tres meses desde la producción de los cambios en la titularidad a que se refiere el supuesto.⁷³

En cuanto a los efectos indemnizatorios se tratarán en el apartado correpondiente.

VI.- OTROS SUPUESTOS DE EXTINCION DEL CONTRATO DE ALTA DIRECCION.

Hasta aquí se han examinado aquellas causas de extinción de la relación especial respecto de cuya regulación el RDAD incluía alguna particularidad. En este apartado final se intentará resolver el interrogante que se formuló al principio acerca de las consecuencias de la remisión en bloque a los demás supuestos extintivos del ET que se lleva a cabo en el art.12 RDAD y, por tanto, del repaso de la problemática aplicativa de los supuestos generales al contrato especial de alta dirección.

1.- Expiración del plazo pactado.

En otros apartados hemos comentado las cuestiones que hacen referencia a la duración del contrato del alto directivo y la posibilidad de dimisión del trabajador de alta dirección incluso en las relaciones que tuviesen fijado un término final⁷⁴. Corresponde al presente apartado el tratamiento de la problemática de la extinción del contrato de alta dirección por

⁷³FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), p.21; IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.96, que entiende que se trata de un plazo de caducidad.

⁷⁴Vid.supra, cap.cuarto, ap.IV, y en el presente capítulo, ap.V,1., respectivamente.

la llegada del término final inicialmente pactado en el contrato del alto directivo.

Una cuestión que surge en relación con este supuesto extintivo es la de la necesaria denuncia previa a la extinción por finalización de la duración del contrato prevista. Sobre la necesidad de proceder, aun habiéndose fijado el término final de la relación, a la previa denuncia del mismo, cabe preguntarse si la remisión del art.12 a las causas y "procedimientos" enunciados en el art.49 ET comprende también estos aspectos.

Aunque inicialmente la respuesta pudiese ser afirmativa, sobre todo teniendo en cuenta que dicha obligación de denuncia se asocia a aquellos contratos en los cuales cobra una especial importancia la confianza entre las partes⁷⁵, sin embargo debe matizarse esta solución en el sentido del propio art.12 RDAD que condiciona dicha aplicabilidad del régimen común a lo que sea acorde con la propia naturaleza de la relación especial. Y debe tenerse en cuenta que se trata de una relación cuya regulación se inspira más en los principios de la legislación civil y mercantil de lo que lo hace en los propios y estrictamente laborales. De acuerdo con aquellos principios y en relación con la concreta institución de la denuncia debe precisarse que la misma se conecta con la extinción de los contratos que no tengan fijado un plazo extintivo, mientras que el ordenamiento laboral ha modificado el genuino sentido de la misma al exigirla no sólo para proceder a la extinción de los contratos que no tuviesen fijada una duración determinada, sino también a los contratos

⁷⁵FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit.(II), pp.16 y 17; ROMAN DE LA TORRE, M^a D. Op.cit., que pone de relieve cómo la denuncia tiene su "campo específico de aplicación ... muy concreto,... : la denuncia juega respecto de los contratos duraderos o de tracto sucesivo. Y, dentro de ellos, respecto a modalidades que suponen especiales relaciones de confianza o, sobre todo, obligaciones que carecen de plazo fijo de duración, es decir, contratos indeterminados." (p.32).

temporales, configurando un tipo de denuncia "impropia".⁷⁶

Según lo anterior, sólo debería entenderse exigible la previa denuncia para la extinción del contrato del alto directivo que no tuviera fijado término final, o para la extinción operada **ante tempus** por alguna de las partes en los contratos de duración determinada, siempre que no concurra causa justificada, tal y como queda especificado en el propio art.10,1º, inciso final del RDAD, y de lo que ya se ha tratado más arriba. Precisamente, es en los supuestos contemplados en los arts. 10,1º, en relación con la dimisión del trabajador, y 11,1º, respecto del desistimiento empresarial, donde el RDAD establece la obligatoriedad de proceder a preavisar a la otra parte.

Por todo lo dicho hasta aquí, puede concluirse sobre la no necesidad de aplicación de las previsiones estatutarias sobre el preaviso en los contratos de duración determinada, salvo que así se hubiere pactado expresamente en el contrato del alto directivo.

Sin embargo, debe ponerse de manifiesto nuevamente la tensión que parece latir en el régimen jurídico de esta relación laboral especial que, por un lado, lleva a la desviación respecto de la legislación laboral común sobre las cuestiones referidas a la duración y extinción del contrato de trabajo ordinario, pero por otro, se encuentra frente a la necesidad de modalizar las soluciones ofrecidas por la legislación civil en relación con estas materias, fundamentalmente sobre la base de la recíproca confianza que rige las relaciones entre las partes en este peculiar contrato y de la propia naturaleza y elevada cualificación de las funciones desempeñadas por el alto directivo en la empresa. En el caso concreto que nos ocupa, estas características específicas de la relación de alta dirección, se

⁷⁶ROMAN DE LA TORRE, M^a D. Op.cit., donde se recoge en relación con el contrato de arrendamiento que el art.1.565 C.C. establece la extinción automática llegado el término, sin que sea necesario proceder a requerimiento alguno para dicha extinción (pp.30 y ss.).

traducen en la mayor dificultad de sustitución del trabajador en caso de producirse su cese de manera anticipada e imprevista. Pero este inconveniente no se produce cuando el contrato ya tiene prefijado el momento de su extinción, en los supuestos de contratos a término, en los que, además, dicho término obedece no a una imposición externa fundada en la propia naturaleza de la relación, sino a la voluntad misma de las partes manifestada en el momento inicial de la misma.

Esta característica del término en el contrato especial de alta dirección, supone un argumento más a favor del mantenimiento del régimen civil sobre las cuestiones que se refieren a duración del contrato, término final, denuncia y prórroga o tácita reconducción del mismo. Por la misma razón, no deberían ser de aplicación, al no estar contempladas en el RDAD, ni existir una remisión expresa a la legislación común sobre contratación temporal, las consecuencias previstas en dicha legislación sobre conversión en indefinidos de los contratos temporales en los supuestos de omisión de determinadas formalidades como el carácter escrito, el alta en la Seguridad Social, la cumplimentación de los trámites de control público a verificar ante la correspondiente Oficina de Empleo -excluidos como ya se indicó en relación con este tipo especial de contratos- o la comentada denuncia previa a la extinción⁷⁷.

Además, la acreditación de la temporalidad del contrato del alto directivo que excluiría la efectividad de la presunción del carácter indefinido en todos esos supuestos o la conversión del mismo en indefinido como medida sancionatoria a los respectivos

⁷⁷En contra, ROMAN DE LA TORRE, M^a D. Op.cit., que entiende aplicable a todos los contratos laborales temporales, incluidos los contratos especiales (aunque luego no lleva a cabo ninguna especificación en relación con el de alta dirección) "...la denuncia del término final es requisito indispensable en orden a la extinción del contrato, que no se produce automáticamente. Su falta implica la reconducción del contrato a través de una prórroga tácita que lo transforma en indefinido, salvo que se acredite su temporalidad." (p.50).

incumplimientos, se llevaría a cabo por la mera prueba de la voluntad de las partes al pactarlo y, por tanto, con la mera invocación de la cláusula de temporalidad inserta en el contrato antedicho, puesto que, como hemos dicho, la duración determinada en este contrato no obedece a unas causas tasadas legalmente o inherentes a la naturaleza del tipo contractual.

2.- Otros supuestos causales de extinción.

Dejando al margen aquellos supuestos en los que no existen especialidades en relación con lo que ocurre respecto del contrato de trabajo común, esto es, los supuestos de muerte, jubilación o incapacidad de alguna de las partes, y con las especialidades ya comentadas en materia de subrogación empresarial, podría mencionarse aquí la problemática relativa a los expedientes de crisis y la extinción por causas objetivas, al margen de que una de las opciones que se han barajado es la posibilidad de que sobre estas cuestiones se haya entendido sustituida la aplicación de la normativa común por efecto de la remisión del art.12 RDAD al ET, por la regulación específica del art.11 del mismo texto reglamentario. También ha de tenerse presente en relación con estos dos concretos supuestos lo que ya se dijo al tratar de la conexión existente entre el desistimiento y otras causas extintivas y sobre la preferencia aplicativa del primero frente a las segundas⁷⁸.

Por tanto, además de alguna base jurisprudencial que sigue dando preeminencia al desistimiento sobre la extinción por causas económicas y tecnológicas y excluye la aplicabilidad a la extinción de la relación laboral especial de los altos cargos de los arts.51,2º y 49,9º ET al no haber remisión expresa en el RDAD a los mismos, como se ha visto más arriba, la doctrina también ha puesto de manifiesto la inadecuación de la inclusión de los puestos de alta dirección en la tramitación de los expedientes

⁷⁸Vid.supra, ap.III,3.

de regulación de empleo.⁷⁹

Quizá el argumento jurisprudencial no es del todo correcto, dado que, insistiendo en algo ya conocido, el art.12 RDAD cuando se refiere a **otras causas de extinción**, establece que a salvo de las especialidades en él mismo reguladas, se aplicarán las causas y los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores en relación con los demás supuestos extintivos. Otra cosa es que no se entienda ajustado a las especialidades de este colectivo de trabajadores la incorporación a los expedientes de crisis, y se funde dicha argumentación. Fundamento que podría encontrarse en la propia posición del directivo en la empresa y en la no adecuación de los mecanismo de carácter y afectación colectiva, sino más bien las soluciones adaptables a cada caso individualmente considerado y, sobre todo, las previsiones del contrato y las específicas del RDAD.

Finalmente, en relación con la extinción por causas objetivas, y partiendo de que causas y procedimientos son las materias en relación con las cuales se aplicaría por remisión la normativa estatutaria, quedando los efectos asimilados a los previstos en el RDAD para el despido disciplinario, precisamente el inconveniente surge de la difícil traslación de las causas previstas en el art.52 ET al contrato de alta dirección. Algo similar a lo que ocurría con las causas de despido, muy claramente por ejemplo respecto de las faltas de asistencia, por lo que caben los mismos argumentos que allí se utilizaron. Así ocurre también con la ineptitud, sobre la cual también se ha reflexionado, y que sería reconducible, con bastante exactitud en cuanto al fundamento, al desistimiento. La falta de adaptación a modificaciones técnicas no parece un supuesto pensado para el tipo de actividades que realiza un alto directivo, al que se contrata en atención a una elevada preparación académica, técnica o profesional y en cuyo puesto de trabajo no parece pensable la introducción de dichas innovaciones, sino más bien las de

⁷⁹ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M^a E. Op.cit., p.74.

carácter organizativo. Y, finalmente, respecto de la necesidad de amortizar un puesto de trabajo individualizado en empresas de menos de 50 trabajadores, la razón de la falta de adaptabilidad del supuesto puede encontrarse en que dicha amortización presupone la fungibilidad del puesto de trabajo de que se trata, esto es, la empresa puede seguir funcionando sin la realización de las funciones que llevaba a cabo el trabajador que lo ocupaba, mientras que las funciones del alto directivo son difícilmente sustituíbles por otras actividades que se lleven a cabo en la empresa por otros trabajadores. En cualquier caso, si se deja de necesitar los servicios de alta dirección -supuesto que esto pudiera llegar a ocurrir en la práctica- bastaría con que el empresario ejercitase su facultad de desistimiento.

A esta insistente constatación de un cierto vaciamiento de contenido de ciertas causas extintivas como consecuencia del empuje del desistimiento como supuesto de mayor adaptabilidad a la relación especial de alta dirección, cabría añadir en este caso particular del despido por causas objetivas otro argumento de carácter lógico. Si, como parece defendible, se aplican a este supuesto en caso de improcedencia o nulidad los efectos indemnizatorios previstos en el art.11,2º RDAD -veinte días de salario en metálico por año de servicio con el tope de doce mensualidades-, resultaría que, salvo que la actuación empresarial se ajustase escrupulosamente a los requisitos legales y así lo apreciase el juzgador a quien incumbiese la calificación de la decisión extintiva, las consecuencias indemnizatorias para el empresario resultarían, al igual que en otros supuestos ya aludidos, de mayor onerosidad que si se procede de manera simplificada a ejercitar la facultad de desistimiento con el abono de las cantidades establecidas en el art.11,1º -siete días de salario por año de servicio con el tope de seis mensualidades-. Todo ello, a salvo de los pactos a que hubieren llegado las partes al celebrar el contrato.

VII.- LA PROBLEMÁTICA DE LAS INDEMNIZACIONES EN LOS DISTINTOS SUPUESTOS EXTINTIVOS.

Se ha considerado que este es también un tema de gran trascendencia en la relación laboral de alta dirección, y una de las cuestiones que, como parte integrante del régimen jurídico de la extinción de dicho contrato, presenta asimismo importantes especialidades en relación con el régimen común. Además dicha problemática contiene distintos aspectos de suficiente entidad como para dedicarle un apartado específico y separado, aun cuando ya se han ido haciendo algunas referencias a la misma, en la medida en que ello se ha entendido necesario a efectos de delimitar los distintos supuestos extintivos. Ahora se trata de examinar los concretos problemas que se refieren estrictamente a las indemnizaciones fijadas para tales supuestos.

1.- Los distintos supuestos indemnizatorios.

Este es, sin duda, uno de los problemas que más litigios ha originado y, por este motivo, sobre los que ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia en un número mayor de ocasiones. También por esta razón se han ido clarificando y delimitando con mayor precisión los diferentes supuestos que contempla el RDAD, así como sus distintas consecuencias.

Para seguir un orden lógico en el planteamiento de las distintas cuestiones que conforman el problema de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral especial de alta dirección, la primera que conviene abordar es la que se refiere a la misma delimitación de los supuestos indemnizatorios que cabe diferenciar en el RDAD.

Por su claridad a efectos de sistemática resulta de gran utilidad traer a colación la S.TS. de 27 de marzo de 1990 (cit.) en la que se lleva a cabo una clasificación de los distintos supuestos extintivos y sus consecuencias indemnizatorias correspondientes. Así, se distinguen los siguientes casos:

1º) Desistimiento preavisado del empresario (art.11,1º párrafo inicial RDAD).

2º) Desistimiento del empresario sin preaviso (art.11,1º, párrafo final).

3º) Despido improcedente (art.11,2º).

4º) Despido nulo (art.11,3º).

5º) Resolución del trabajador (art.10,3º).

6º) Extinción de la relación especial en el caso de que subyaciera una relación común anterior (art.9,3º).

Dentro de este último supuesto se entiende que caben, a su vez, otras dos posibilidades, "insinuadas" en la redacción de la norma, a saber:

a) Aceptación por el trabajador de la reanudación de la relación común subyacente, que permanecía en suspenso.

b) Extinción por voluntad del trabajador, por razones justificadas, de toda relación con la empresa.

En relación con las indemnizaciones los cinco primeros supuestos no plantean mayor problema que el de determinación de la que proceda en caso de no existir pacto expreso en el contrato de alta dirección. En este caso, aplicando los criterios sobre las fuentes de la relación laboral especial incorporados al mismo RDAD, operarán las previstas en la propia norma.⁸⁰

Dada esta complejidad de supuestos distintos, será necesario que el pacto indemnizatorio se prevea de manera específica para cada uno de ellos, de forma que no cabe argumentar la

⁸⁰S.TS. de 27 de febrero de 1990 (R.1241); S.TS. de 2 de marzo de 1990 (R.1751); S.TS. de 18 de diciembre de 1989 (R.9038) en la que se aplica estrictamente lo pactado aun cuando se plantea la posible existencia de defectos en su celebración al faltar una autorización de una autoridad pública ; S.TS. de 17 de marzo de 1987 (R.1625);

aplicabilidad de un pacto indemnizatorio previsto para un supuesto concreto de extinción a otros supuestos diferentes, ni siquiera sobre la base de la prevalencia de la autonomía de la voluntad como fuente de los derechos y las obligaciones entre las partes de la relación especial y como elemento configurador de la misma.⁸¹

Sin embargo, se entiende aplicable la indemnización fijada en el pacto expreso en sustitución, íntegramente, de las indemnizaciones previstas en la normativa contenida en el RDAD, aún cuando aquella indemnización se hubiere insertado en un contrato celebrado entre las partes bajo otra denominación y no la específica de contrato de personal de alta dirección, incluso si la calificación que le otorgan aquéllas es de naturaleza civil o mercantil y no laboral. Concretamente si el contrato en el que se incluye la cláusula indemnizatoria se califica como un contrato civil de prestación de servicios.⁸²

Resulta conveniente también, en relación con el supuesto quinto que contempla la resolución del contrato a instancias del trabajador (art.10,3º RDAD), hacer una puntualización en materia indemnizatoria, puesto que el apartado c) de dicho precepto, que contiene una cláusula genérica que hace referencia a "cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por

⁸¹S.TS. de 30 de enero de 1991 (R.196) supuesto en el que se pretendía, en ausencia de pacto indemnizatorio para el desistimiento del trabajador aplicar el pacto, sí previsto en el contrato expresamente, sobre indemnización en caso de extinción por voluntad del empresario; en el mismo sentido S.TS. de 3 de abril de 1990 (R.3099);

⁸²S.TS. de 30 de enero de 1990 (R.233), en relación con un contrato civil celebrado al amparo del Decreto de 13 de abril de 1967 que aprobó el Estatuto de la Profesión Periodística, y que calificaba el contrato del director de periódico como contrato civil de prestación de servicios. Además excluye la posibilidad de adicionar a la indemnización prevista expresamente por las partes, la que el R.D. adiciona en el caso de desistimiento del empresario por omisión del preaviso, entendiendo que el pacto sustituye íntegra y globalmente a las previsiones legales.

parte del empresario...", excluye expresamente los supuestos de fuerza mayor, "en los que no procederá el abono de las indemnizaciones a las que se refiere este número."

Es claro que la fuerza mayor excluye el carácter de incumplimiento empresarial que es la base del reconocimiento legal al trabajador de la posibilidad de solicitar la resolución del contrato, como por lo demás ocurre con el resto de las obligaciones recíprocas ex art.1,124 C.C. Sin embargo, ni todos los supuestos contemplados en la norma del RDAD a la que se está haciendo referencia constituyen incumplimientos empresariales -no lo es el supuesto de sucesión de empresa comprendido en el apartado d)-, ni con carácter general se excluye la obligación de indemnizar al trabajador en supuestos de fuerza mayor.

En efecto, en la relación común, desde luego la fuerza mayor constituye una causa específica en relación con la cual la norma laboral prevé un procedimiento **ad hoc** para proceder a la suspensión o extinción de los contratos de trabajo afectados de dicha causa obstativa a la efectiva realización del trabajo. Y este procedimiento resulta de obligada tramitación, con preferencia a la invocación por el trabajador de un incumplimiento empresarial para la extinción de su contrato y el reconocimiento y percepción de la correspondiente indemnización. Esto es, en supuestos de fuerza mayor se procederá a la solicitud de la autorización administrativa prevista en el art.51,1º ET y el R.D.696/1980 para la extinción del contrato, lo que excluye el mecanismo extintivo previsto en el art.50 ET. Y sólo queda exonerado el empresario del pago de la indemnizaciones correspondientes en caso de que la propia autorización administrativa así lo contemple (art.51,10º ET).

Sin embargo, en la relación de los altos directivos se altera este régimen común y se establece por el RDAD la exoneración del empresario del pago de las indemnizaciones en los

supuestos de fuerza mayor.⁸³

Se podría añadir en relación con esta previsión que, aún considerándola legítima en relación exclusivamente con la materia indemnizatoria, pues no hay culpa en el empresario y se aplican los criterios civiles sobre responsabilidad⁸⁴, resulta un tanto perturbadora desde el punto de vista de la regulación de los supuestos extintivos de la relación laboral especial, dado que al mencionar la fuerza mayor entre los supuestos de extinción por voluntad del alto directivo parece que excluye la posibilidad de aplicar la normativa laboral común a la que se acaba de hacer referencia por remisión del art.12 RDAD a "otras causas de extinción". Esto apoya nuevamente la tesis apuntada más arriba sobre la inaplicabilidad a la relación directiva de ciertos supuestos extintivos tal y como son concebidos y regulados en la normativa laboral común, a pesar de la inicial remisión que, con carácter general, se efectúa en el citado art.12⁸⁵.

2.- La naturaleza de los pactos indemnizatorios.

En relación con la naturaleza de estos pactos indemnizatorios es de señalar que en algún caso la doctrina les ha otorgado la consideración de cláusulas penales y simultáneamente negado su carácter de condición más beneficiosa superadora de los mínimos legales, en contra de lo que ocurre en relación con los pactos indemnizatorios en los supuestos de extinción del contrato de trabajo común. Se ha entendido, en primer lugar que no puede tratarse de condiciones más beneficiosas dado que las cuantías a que hace referencia el RDAD no tienen la consideración de mínimos legales sino carácter dispositivo, y en segundo lugar, se considera que sustituyen a

⁸³IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.95.

⁸⁴Arts.1.101 y 1.105 C.C.

En tal sentido, FERNANDEZ LOPEZ/RODRIGUEZ PIÑERO, loc.cit. (II), p.21.

⁸⁵Vid.supra, ap.VI,2.

las indemnizaciones por daños y que el juzgador podrá ponderar el grado de incumplimiento en que haya incurrido la parte, para graduar la cuantía indemnizatoria.⁸⁶

Sin embargo, el mismo autor que sustenta la tesis anterior, posteriormente sienta las bases para su negación. Y la razón está en que en relación con cualquier decisión extintiva del empresario, asimilable al despido en sentido estricto, se admiten exclusivamente las calificaciones de procedencia, improcedencia y nulidad, "por lo que debe afirmarse que no cabe ponderación alguna. Y aunque afirme la posibilidad de atemperación -ex art.1154 CC- en otros supuestos extintivos como la extinción por voluntad del directivo basada en incumplimiento empresarial o el desistimiento sin causa de éste, pueden entenderse aplicables a su postura las mismas o similares objeciones. En relación con la extinción por incumplimiento empresarial, porque ya la jurisprudencia ha establecido unos criterios en cuanto a la gravedad y, en su caso, la culpabilidad exigibles para justificar la resolución a instancias del trabajador y, si concurre un incumplimiento de tales características, que pueda equipararse al despido improcedente, las consecuencias se entienden tasadas en la norma.⁸⁷ En relación con el desistimiento empresarial, como se dejó señalado más arriba, porque se basa en la concurrencia de una causa de apreciación interna por el propio empresario," la pérdida de la confianza en el directivo, en relación con la cual cabe un escaso margen a la ponderación judicial. Finalmente, por el propio sentido de la norma en cuanto a la cuantía indemnizatoria, su carácter dispositivo y no de mínimo legal es discutible, y en todo caso, lo que sí parece claro es su papel supletorio de la voluntad de las partes

⁸⁶ALVAREZ DE LA ROSA, M. Op.cit., pp.88 y 89.

⁸⁷BORRAJO DACRUZ, E. "Reinterpretación jurisprudencial del art.50 del Estatuto de los Trabajadores", loc.cit., pp.24 y ss.(en especial 34-38); con carácter general, referido a todas las indemnizaciones por extinción del contrato ALONSO OLEA, M./BARREIRO GONZALEZ, G. op.cit., pp.278 y 281; DURAN LOPEZ, F. "Resolución del contrato...loc.cit., p.17.

reflejada en el contrato individual de alta dirección.⁸⁸

Quizá para terminar con esta cuestión podría establecerse una comparación entre las obligaciones indemnizatorias previstas para los distintos supuestos de extinción del contrato, tanto común como especial de alta dirección, con otros supuestos de indemnizaciones en los que la normativa estatal adopta dispares criterios de regulación.

En un primer bloque de supuestos, tanto el ET como el RDAD lo que establecen son módulos cuantitativos tasados que el juzgador hace entrar en juego automáticamente, salvo pacto expreso cuando éste es admitido por la propia normativa⁸⁹, mientras que en otros supuestos la norma sólo establece la necesidad de indemnizar por los perjuicios causados, de forma que en caso de litigio será el juez el que deba valorar en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, la existencia de un incumplimiento por alguna de las partes, la gravedad del mismo y consecuentemente la entidad de los daños y, finalmente, cuantificar la indemnización correspondiente. Como paradigma de supuesto al que se aplicaría este mecanismo se podría mencionar el de los pactos típicos del contrato de trabajo (exclusividad, permanencia y no competencia -o concurrencia para el alto directivo- para después de extinguirse el contrato)⁹⁰.

3.- El problema de la cuantía indemnizatoria: cómputo del tiempo de servicios y salario computable.

Una de las cuestiones de mayor complejidad en la práctica

⁸⁸Ibidem, pp.93, 94 y 95.

⁸⁹MONTOYA MELGAR, A. "El despido improcedente y sus efectos", en Estudios sobre el despido disciplinario, cit., donde el autor estima que la indemnización tiene carácter tasado y rige un principio de "automatismo" para su fijación, habiendo quedado "desvinculada... de los daños causados por el despido improcedente...", lo que ha supuesto una "terminante reducción del arbitrio judicial" (pp.524-526).

⁹⁰Vid supra, Cap.VI,2.4.

en relación con el tema de las indemnizaciones del alto directivo, ha sido la referida al cómputo del tiempo de servicios en el supuesto sexto de los anteriormente enunciados, esto es, en caso de extinción de la relación especial si subyacía una relación común precedente, y tanto en el supuesto de que se retorne a la anterior relación común suspendida, como en el de que se extinga toda vinculación laboral con la empresa.

En torno a este tema las soluciones parecen ser unánimes, en el sentido de "no comunicabilidad" del tiempo transcurrido en cada una de las relaciones, la común y la especial, que se deduce del mismo art.9 RDAD. De esta forma, en caso de extinguirse la relación especial con retorno a la ordinaria de procedencia, la indemnización correspondiente se calculará computando exclusivamente el tiempo de servicios prestados como alto directivo y conforme a los salarios percibidos durante dicho período de tiempo. En el supuesto de que el trabajador opte de manera justificada por la no reanudación de dicha relación común suspendida, tendrá derecho a la indemnización correspondiente por la extinción de la relación especial calculada conforme a los criterios antedichos, y a una indemnización adicional por la ruptura del vínculo laboral común, calculada en función del tiempo de duración de dicha relación y de los salarios que se vinieran percibiendo con ocasión de la misma.⁹¹

⁹¹De idéntico tenor literal, vid S.TSJ. Andalucía, Málaga, de 3 de octubre de 1991 (A.L. nº 10, 1992, r.292); S.TS. de 31 de enero de 1991 (cit.); S.TS. de 26 de febrero de 1990 (cit.); S.TS. de 9 de octubre de 1989 (cit.); S.TS. de 20 de diciembre de 1989 (R.0254); S.TS. de 28 de septiembre de 1988 (R.7136), aunque no se entra en la calificación de la relación, se separa a efectos de cálculo de la indemnización por cese el tiempo que el actor desempeñó el cargo de Administrador del Comité Organizador del campeonato Mundo-Basket 86, del que ostentó la cualidad de Secretario General de la Federación Española de Baloncesto y del que había cesado ya con anterioridad al despido en aquél; S.TS. de 25 de mayo de 1987 (R.4820), a sensu contrario, pues entiende que no se variaron las funciones y, por tanto, hay una única relación de alta dirección a la que se aplican estrictamente los criterios del art.11,2º y 3º R.D.; S.TS. de 20 de marzo de 1985 (cit.), con referencia a la de 25 de febrero del mismo año (R.694); S.TS. de 6 de marzo de 1985 (R.1282);

Finalmente, sobre las partidas del salario computables a efectos de indemnización, el problema se plantea en torno a si el salario en especie se incluirá en el módulo de cálculo de dichas indemnizaciones o, de lo contrario, no se va a tener en cuenta. La trascendencia de esta cuestión está en la importante cuantía a que ascienden en muchas ocasiones estos conceptos.

Parece clara la solución en cuanto a las indemnizaciones que tienen su causa en la extinción del contrato por voluntad del empresario, así como por voluntad del trabajador con base en incumplimientos del empresario, dado que el art.11,1º y 2º (también en su apartado 3º que se remite al 2º) en los supuestos de desistimiento y despido disciplinario improcedente o nulo, establece expresamente el cálculo de las indemnizaciones sobre el salario "en metálico", lo mismo que el art.10,3º que también se remite a las indemnizaciones previstas en el propio RDAD para el caso de desistimiento del empresario. Así lo ha venido manteniendo la jurisprudencia.⁹²

Sin embargo, la solución no resulta tan claramente aplicable a los demás supuestos extintivos a los que hace referencia el art.12 cuando, en relación con "otras causas de extinción", el RDAD se remite a las demás causas y procedimientos previstos en el ET. Y su aplicabilidad tan solo podría apoyarse en la tesis antes mantenida en torno a la aplicación del RDAD en relación con los efectos del despido disciplinario, respecto de los que no hay remisión expresa al ET.

Para terminar, no parece que plantee mayores problemas la cuestión en torno a los supuestos de indemnizaciones como consecuencia de la omisión del preaviso en virtud de los arts.10,2º y 11,1º, párrafo final, en los que no se circunscribe el módulo de cálculo a los salarios en metálico. Es importante

⁹²S.TS. de 13 de mayo de 1991 (R.3906) en la que también se determina la exclusión de la gratificación que percibe el trabajador en su condición de Consejero de la sociedad;

señalar que en el primero de esos casos se trata de indemnizaciones que deberá pagar el propio trabajador directivo, con lo que se introduce cierto elemento diferencial en el trato recibido por ambas partes, al reducirse la entidad cuantitativa de muchas de las indemnizaciones que el empresario se va a ver legalmente obligado a pagar. Y en torno, precisamente, a un supuesto de omisión de preaviso por el trabajador para proceder a la extinción de su contrato, el TS lleva a cabo una de sus argumentaciones más contradictorias. En un primer momento entiende que por aplicación de los criterios del RDAD sobre fuentes de la relación laboral especial, debe prevalecer la voluntad de las partes, y aplicarse el ET sólo en caso de remisión expresa. Desde ese punto de vista, se declaran aplicables las normas civiles sobre cláusula penal sustitutiva de las indemnizaciones por daños (art.1152 CC) y, no obstante, concluye que de la cuantía indemnizatoria no deben descontarse las cotizaciones a la Seguridad Social ni la cantidad a retener en concepto de IRPF, "al tratarse de aportaciones obligatorias del trabajador que debe satisfacer sobre el salario que percibe, de acuerdo con lo que dispone el art.26,3º ET de aplicación analógica al caso presente".⁹³

VIII.- LOS SALARIOS DE TRAMITACION EN LA EXTINCION DEL CONTRATO DE ALTA DIRECCION.

Problemática especial plantean en este contexto los salarios de tramitación. Y ello resulta acorde con la alteración del régimen ordinario de los efectos del despido disciplinario que se lleva a cabo en el RDAD. A continuación se va a tratar de dar respuesta al interrogante que dicha regulación suscita en torno a si se abonan estas cantidades en concepto de salarios de tramitación en los supuestos de despido del trabajador de alta dirección.

1.- La falta de remisión expresa a la normativa común.

⁹³S.TS. de 16 de diciembre de 1989 (R.9245).

Entre los primeros comentaristas del RDAD ya hubo quien se hiciera eco de lo que parecía constituir un olvido de los redactores de dicha norma, al remitirse en el art.11,2º en materia de despido disciplinario del alto directivo exclusivamente al art.55 del ET y no al 56, en el que se contiene la regulación sobre los efectos del despido improcedente. En ese momento, ante el silencio de la norma, se dejó la clarificación del problema en manos de la jurisprudencia.⁹⁴

Pues bien, los tribunales inicialmente reconocieron el derecho al percibo de dichos salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente del alto cargo, al entenderse que la falta de solución expresa sobre el particular no debía interpretarse como la negación de su abono, dada la remisión genérica que en el RDAD se efectúa a los efectos propios del despido improcedente⁹⁵.

Sin embargo, y a salvo de alguna opinión doctrinal aislada⁹⁶, la tendencia predominante en las soluciones adoptadas por el TS con posterioridad ha ido encaminada a negar el derecho del trabajador de alta dirección despedido improcedentemente a los salarios de tramitación, con base precisamente en la falta de remisión expresa del RDAD a la regulación estatutaria en la materia y en la aplicación estricta del sistema de fuentes reguladoras de la relación laboral especial previsto también en el propio RDAD. Esto último implica que en cuanto a indemnizaciones se refiere, se estará a lo pactado en el contrato y, en su defecto, se aplicarán las estrictamente previstas en la norma contenida en el art.11,2º y

⁹⁴SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "La extinción del contrato del trabajador directivo", loc.cit., pp.76 y 77.

⁹⁵S.TS. de 20 de junio de 1988 (R.5431); S.TS. de 12 de julio de 1988 (R.5799), aunque en este último caso en relación con un despido declarado nulo.

⁹⁶ALVAREZ DE LA ROSA, M. Op.cit., p.87, con cita de alguna resolución del T.S. en sentido afirmativo.

3º que no hace alusión a los salarios de tramitación.⁹⁷

Pero el Alto Tribunal ha tratado de buscar razones de fondo para explicar el por qué de la falta de previsión del RDAD al respecto, lo que lleva a la negación del derecho a los salarios de tramitación a los altos directivos. Para ello ha formulado una argumentación que resulta un tanto críptica. En primer lugar se entiende que respecto de una relación para la cual se prevé un supuesto extintivo como el simple desistimiento, que lleva anudadas consecuencias indemnizatorias de escasa entidad, no parece lógico ni natural que, por contra, en caso de despido improcedente se aumente desproporcionadamente la cuantía de las indemnizaciones, tanto pactadas como reglamentadas, incluyendo en ellas los salarios dejados de percibir que, para este específico colectivo del personal de alta dirección, suelen alcanzar cantidades elevadas. Hasta aquí, no existe razón alguna para mostrar desacuerdo con las apreciaciones del TS.

Pero, a continuación, se dice que, mientras que la valoración del trabajo ordinario es objetivable por el valor del producto en el mercado, de forma que permite una exacta correlación entre el salario dejado de percibir y la cuantía de la indemnización, el especial contenido del trabajo del personal de alta dirección "viene a confundirse con lo que puede denominarse alma de la empresa, es decir, con la productividad misma de ella y la eficacia de la competencia con otras concurrentes en el mercado, viniendo a ser un 'alter ego' de la misma, y no puede establecerse una distinción adecuada y objetivada entre lo que el trabajador dejó de prestar en la

⁹⁷S.TS. de 22 de enero de 1991 (R.70); S.TS. de 30 de enero de 1991 (R.195); S.TS. de 4 de febrero de 1991 (R.792); S.TS. de 16 de febrero de 1991 (R.1491); S.TS. de 6 de marzo de 1991 (R.1832) que habla de "inexistencia de un derecho legal a los mismos..."; S.TS. de 12 de febrero de 1990 (R.894); S.TS. de 26 de febrero de 1990 (R.1230); S.TS. de 15 de marzo de 1990 (R.2084); S.TS. de 20 de marzo de 1990 (R.2187); S.TS. de 5 de junio de 1990 (R.5019); S.TS. de 15 de marzo de 1989 (R.2414); S.TS. de 9 de octubre de 1989 (R.7137); S.TS. de 27 de noviembre de 1989 (R.8258).

empresa y el perjuicio sufrido, siendo por ello, plenamente coherente que se mantenga el mínimo legal que expresamente regula el art.11 RDAD... dejando a las partes completar ese mínimo con arreglo a los imponderables en cada supuesto y situación al margen que el alto cargo pueda hacer efectiva la indemnización de sus perjuicios, siempre que los acredite al amparo de la legislación civil o mercantil..." 98

Esta larga transcripción se justifica por lo complejo y discutible del argumento utilizado por el TS, del que se podría decir, en primer lugar, que resulta un tanto ingenuo en sus términos de comparación entre el valor del trabajo ordinario y el especial de naturaleza directiva, aunque es cierto, como ya se ha indicado en otro lugar, que no se utilizan los mismos módulos y criterios de valoración del trabajo para fijar las retribuciones de los altos directivos de los que sirven para cuantificar los salarios de los demás trabajadores. Pero, además, no resulta del todo convincente para justificar la omisión del RDAD. De alguna manera y conforme a algún módulo objetivable se tendrá que medir el valor del trabajo de alta dirección para determinar las importantes cuantías que habitualmente perciben como emolumentos por la prestación de sus servicios este tipo de trabajadores. Si acaso, dicha justificación puede estar en el papel de la autonomía de la voluntad para regular estos extremos, en el entendido de que el directivo pueda ostentar una posición de fuerza suficiente como para no dejar sin incorporar al clausulado de su contrato especial una indemnización cuya cuantía se corresponda con los perjuicios que le causa la pérdida de sus, generalmente elevadas, retribuciones. De hecho, en la práctica, de la que nos llega conocimiento a través de los casos que ha ido examinando la jurisprudencia, las cuantías de las indemnizaciones habitualmente pactadas para los distintos supuestos de extinción de los contratos de altos directivos son, precisamente, considerablemente elevadas, habiendo recibido por ello la

⁹⁸S.TS. de 15 de marzo de 1989 (cit.)

expresiva y gráfica denominación de "el paraguas de oro".⁹⁹

De todas formas, esta solución, que se ha extendido a otros supuestos en los que también faltaba remisión expresa y a los que hemos ido aludiendo a lo largo de este trabajo, no ha sido la tónica general y en algunos otros casos, en relación con materias diversas, se ha hecho aplicación analógica de la regulación contenida en la normativa laboral común.

2.- La naturaleza de los salarios de tramitación.

Independientemente del argumento de la falta de remisión expresa en el RDAD al art.56 del ET, en cuyo apartado 1,b) se conceptúan los salarios de tramitación, que ciertamente dificulta una solución afirmativa de este interrogante acerca del derecho del alto cargo en caso de despido improcedente a dichos salarios,¹⁰⁰ la solución de fondo podría haberse apoyado en la propia doctrina de los tribunales en cuanto a la naturaleza de dichas cantidades.

En efecto, la solución puede depender, en buena medida, de si se atribuye a los salarios de tramitación naturaleza indemnizatoria o estrictamente salarial. En el primer caso, la regulación contenida en el art.11,2º y 3º impediría el reconocimiento del derecho a su percepción, puesto que dichos preceptos contienen la regulación específica para la relación laboral especial de alta dirección en materia indemnizatoria en supuestos de despido disciplinario. Por el contrario, si se entiende que su naturaleza es salarial, al referirse dicha regulación a materia **indemnizatoria**, podría extenderse a los

⁹⁹IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., p.102.

¹⁰⁰El art.11,3º R.D., tanto en el caso de que el despido sea declarado improcedente como nulo, se remite en materia de indemnizaciones al apartado 2º del mismo precepto que, precisamente, es el que, a su vez, se remite exclusivamente al art.55 E.T. y no al 56 y al pacto entre las partes que, como se ha dicho, sustituye íntegramente a la regulación legal sobre consecuencias indemnizatorias del despido.

altos directivos el derecho a percibir dichos salarios de tramitación ya que quedarían de alguna manera fuera de la regulación específica sobre indemnizaciones contenida en el RDAD.¹⁰¹

Por otro lado, la respuesta al interrogante sobre la naturaleza indemnizatoria o verdaderamente salarial de los salarios de tramitación viene determinada, entre otras razones, por el reconocimiento o no de eficacia extintiva al despido decidido por el empresario, en el caso de que dicho despido sea declarado improcedente.

En torno a esta cuestión, y a pesar de la inicialmente categórica respuesta afirmativa¹⁰², sin embargo se ha seguido debatiendo tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Por un lado, se ha puesto de manifiesto la distinta solución que se ha dado a los supuestos de despido y de extinción del contrato por voluntad del trabajador basada en el incumplimiento del empresario, cuando el art.49,10^o y 11^o ET se expresa en los mismos términos. Por otro lado, se plantea lo discutible de mantener dicha eficacia extintiva en los supuestos de nulidad del despido.

Precisamente quienes con anterioridad han mantenido con más contundencia el carácter salarial de los salarios de tramitación lo han hecho sobre la base de dos premisas fundamentales, el carácter constitutivo de la extinción que tiene la sentencia recaída en procedimientos de despido y la **mora accipiendi** en la

¹⁰¹IGLESIAS CABERO, M. Op.cit., efectivamente entiende que en el despido nulo sí deberán abonarse los salarios desde el cese del directivo hasta que recaiga sentencia firme (p.102); RODRIGUEZ FERNANDEZ, M^a L. Los salarios de tramitación, Colección Jurisprudencia Práctica, Madrid, Tecnos, 1992, pp.14 y 15.

¹⁰²MONTOYA MELGAR, A. "El despido improcedente y sus efectos", en Estudios sobre el despido...cit, pp.515 y ss., donde critica el carácter equívoco de fórmulas como la del art.278,2,a) LPL que establece que el auto recaído en fase de ejecución "declarará extinguida la relación laboral..."(p.521).

que, consecuentemente, se coloca el empresario que es condenado a readmitir al trabajador.¹⁰³

Sin embargo, recientemente y a la luz de la vigente normativa sobre la calificación y los efectos del despido disciplinario, se han tratado de precisar las posibles soluciones a este problema en relación con esos distintos efectos que se producen en función de la calificación que se otorgue al despido y del sentido de la opción del empresario.

Así, en principio, y dado que el despido es una decisión empresarial que ha de fundarse en justa causa, sólo si la sentencia que se dicta en virtud de la posterior revisión judicial de dicha decisión la estima justificada se reconoce y atribuye efecto extintivo al despido.

Pero además, actualmente se mantiene también su virtualidad extintiva en los supuestos de despido improcedente cuando la opción del empresario se inclina por la indemnización del trabajador con lo que se evidencia su intención de prolongar dichos efectos extintivos. Por el contrario, en ocasiones se niega tal efecto extintivo en el supuesto de despido improcedente si la opción empresarial se inclina por la readmisión y la consecuente reanudación de la relación laboral.

Enlazando esos distintos efectos con la solución acerca de la naturaleza de los salarios de tramitación, ésta será estrictamente indemnizatoria para quienes mantienen en todo caso

¹⁰³LAVADO MOLINA, M. "El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido", en R.P.S., nº 115, donde el autor examina los distintos avatares de la naturaleza de dicha institución a lo largo de la historia normativa de la regulación del despido, y mantiene siempre su naturaleza de "puro débito salarial", criticando las posturas doctrinales que se la atribuyen indemnizatoria. Si bien es cierto y necesario resaltar que el autor se basa para ello en la normativa contenida en la LRL que obligaba a la readmisión del trabajador en todo caso, se declarase el despido nulo o improcedente, lo que, según el propio autor, refuerza la tesis de la sentencia constitutiva (pp.113 y ss.).

el carácter extintivo del despido. Pero además, a esta solución se llega con apoyo en la propia terminología legal, que al contemplar los efectos del despido improcedente se refiere al derecho del trabajador al "abono de una **cantidad igual** a los salarios dejados de percibir..." (art.56,1º,b), lo que no puede sino significar que la cuantía salarial es un mero módulo de cálculo, porque de lo contrario el ET se habría referido directamente al abono de los **salarios**... Y, finalmente, ante la posibilidad de que en caso de que el empresario demuestre que el trabajador durante el período de tramitación ha trabajado por cuenta de otro empresario percibiendo una remuneración por dicho trabajo, el importe de lo recibido sea descontado de la cuantía a que se refiere el citado 56,1º,b).¹⁰⁴

En cambio, para quienes admiten las posibles diferencias según la calificación que merezca el despido, será indemnizatoria, como indemnización complementaria, en el supuesto de despido improcedente indemnizado, y estrictamente salarial en el supuesto de despido improcedente con readmisión.

Toda la construcción y el debate a los que se ha hecho referencia hasta el momento se ha referido a los efectos del despido improcedente del trabajador de alta dirección, teniendo en cuenta que la problemática de los salarios de tramitación se ha hecho girar predominantemente sobre el despido así calificado. Pero cabría preguntarse a continuación acerca de los efectos del despido nulo del alto directivo y la solución que en este caso habría que dar al problema de los salarios de tramitación.

Por un lado, se debería partir de la distinta configuración legal de dichos salarios en el caso del despido improcedente y en el nulo. En efecto, mientras que el art.56,1º,b) se refiere al derecho a percibir una "cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia de la jurisdicción competente o hasta

¹⁰⁴Vid por todos MONTOYA MELGAR, A. "El despido improcedente...loc.cit., p.532.

que haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a dicha sentencia, y se pruebe por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación"¹⁰⁵, en el art.55,4º ET se establece como efecto del despido nulo, el derecho al abono de los "salarios dejados de percibir"¹⁰⁶.

De la literalidad de los anteriores preceptos podría extraerse como primera consecuencia la distinta naturaleza que la ley atribuye a los salarios de tramitación en uno y otro caso. Mientras que en el caso del despido improcedente podría mantenerse su naturaleza indemnizatoria, o al menos se plantea la duda en torno a la misma, en el caso del despido nulo la ley habla estrictamente de "salarios".

Habría que sumar, por tanto, a las anteriores tesis expuestas sobre la naturaleza de los salarios de tramitación en los distintos supuestos de despido declarado improcedente según sea la opción del empresario, una tercera solución diferenciadora para los supuestos de despido improcedente y nulo, apoyada en la literalidad de los arts.55,4º y 56,1º,b) ET, en virtud de la cual se atribuye naturaleza indemnizatoria a los salarios de tramitación en el despido improcedente y salarial en el caso del despido nulo.¹⁰⁷

¹⁰⁵Vid también arts.110 LPL y 116-119, así como el R.D:924/1982, de 17 de abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido, que por cierto también es una característica específica de los salarios de tramitación en el despido improcedente.

¹⁰⁶Art.113,1º LPL.

¹⁰⁷Así, para autores como MONTOYA MELGAR,A. "El despido improcedente...loc.cit., los salarios de tramitación son una indemnización por el **lucrum cesans**, acorde con el art.1.106 C.C.; de la otra opinión es DURAN LOPEZ,F. "Sobre la eficacia extintiva del acto de despido...loc.cit., supuestos a los que el autor añade el de extinción en virtud del auto de ejecución de sentencia previsto en el art.278,2º LPL, en que los salarios de tramitación también tendrían naturaleza salarial y no indemnizatoria (pp. 47 y ss.); DE LA VILLA GIL,L.E. "Los efectos del despido nulo", Estudios...cit., entiende que tienen naturaleza indemnizatoria en el caso del despido improcedente ex art.56,1,b) y salarial en el caso del nulo ex arts.55,4º E.T. y

3.- La problemática especial en el contrato de alta dirección.

Pero en el supuesto de despido nulo del trabajador de alta dirección, se agravan si cabe los problemas interpretativos por el juego de la doble remisión contenida en el art.11 RDAD que, por un lado, se remite en materia de forma y **efectos** del despido disciplinario al art.55 ET y, por otro, en su párrafo 3º se remite a su vez en cuanto a los efectos del despido nulo a las indemnizaciones a que se refiere el párrafo 2º del propio art.11, al establecer las indemnizaciones a que tendrá derecho el trabajador de alta dirección en el supuesto de despido improcedente. Esto puede significar dos cosas: la primera, que el párrafo 2º del art.11 RDAD al hablar de indemnizaciones, lo hace como efecto específicamente económico del despido disciplinario, con lo que sustituye a la normativa contenida en el art.55 en esa materia. Esto es, la previsión específica del RDAD en materia indemnizatoria excluye la aplicación estatutaria, vaciando de parte del contenido de la misma en su posible aplicación al alto cargo. La segunda, que la remisión que hace el párrafo 3º del art.11 a **"las indemnizaciones económicas previstas en el párrafo dos de este artículo"** -y lo hace en plural- se refiere tanto a la indemnización correspondiente al despido disciplinario improcedente como a los salarios de tramitación previstos en relación con el despido nulo en el art.55,4º ET, esto es, que la referencia lo es acumulativamente a la previsión específica contenida en el RDAD y a la normativa estatutaria a la que expresamente se remite el mismo.

A esta falta de rigor sistemático y coherencia del RDAD, hay que sumar el mismo defecto del ET que, al regular los efectos del despido disciplinario, se refiere, parece que genéricamente a

113,1ºLPL, por lo que critica la solución adoptada en la S.TS. de 13 de mayo de 1991 que entendió la procedencia del descuento de las cantidades percibidas por la realización de trabajo por cuenta ajena durante la sustanciación del procedimiento por despido (p.588).

ellos, en el art.55, pero desglosa los específicos del despido improcedente que quedan regulados en el art.56, precepto este último al que el RDAD no se remite, mientras que sí lo hace al 55.

Para tratar de clarificar el problema de los efectos que cabría atribuir al despido disciplinario del alto directivo, según sea su calificación de improcedencia o nulidad, y en relación con la materia específica sobre el abono de los salarios de tramitación, se deben distinguir los siguientes supuestos:

a) Despido disciplinario declarado improcedente:

1º) Si se ha producido el pacto entre las partes en el sentido de reanudar la relación laboral, se podría reconocer el derecho a percibir una cantidad en concepto de salarios de tramitación, pero sólo si se mantiene la opinión contraria en este caso al reconocimiento de la virtualidad extintiva del acto de despido, y ello porque dicha solución avala la naturaleza estrictamente salarial de dicha percepción. Aunque el RDAD sólo prevé específicamente los efectos indemnizatorios del despido improcedente, supone una gran dificultad al mantenimiento de esta solución la falta de remisión expresa del RDAD al art.56 ET.

2º) Si se ha producido el pacto entre las partes en el sentido de mantener la relación laboral extinguida y abonar las correspondientes indemnizaciones al directivo, en este supuesto el RDAD prevé específicamente los efectos indemnizatorios y, en ausencia de pacto expreso entre las partes, se abonará una cantidad equivalente a veinte días de salario en metálico por año de servicios y hasta un máximo de doce mensualidades, ex art.11,2º RDAD. En este caso, al configurarse los salarios de tramitación como una indemnización adicional, tanto el pacto expreso como la específica previsión sobre la materia contenida en el RDAD y la falta de remisión, nuevamente, al 56 ET, impiden claramente el reconocimiento del derecho a percibir la cantidad adicional equivalente a la cuantía de los salarios dejados de

percibir.

b) Despido disciplinario declarado nulo.

En este caso la duda no se plantea tanto por la naturaleza indemnizatoria o salarial que se atribuya a los salarios de tramitación en función respectivamente del reconocimiento o no de virtualidad extintiva al acto de despido cuando éste sea declarado nulo, cuanto por el referido juego de las remisiones contenido en el art.11 RDAD que sí se remite al art.55 ET, precepto que en su párrafo 4º reconoce el derecho del trabajador a percibir los salarios de tramitación, aunque al mismo tiempo parece prever específicamente las consecuencias indemnizatorias del despido nulo por remisión a las que atribuye al despido improcedente.

A pesar de lo anterior, y en relación con la primera de las cuestiones, la referida a la naturaleza de los salarios de tramitación en relación con la virtualidad extintiva del acto de despido, la jurisprudencia y la doctrina parecen haber mantenido con mayor claridad la negativa al reconocimiento de dicha eficacia extintiva, como ya se ha dicho. Ello quizá venga avalado por la condena al empresario a la necesaria readmisión, sin posibilidad de sustitución de dicha obligación por la indemnización. Desde luego, este argumento se debilita respecto de los efectos del despido disciplinario nulo en la relación laboral especial del personal de alta dirección, en la que, en defecto de pacto, se equiparan despido improcedente y nulo, y se da preferencia por el abono de las indemnizaciones, ante la dificultad de recomponer una relación basada en la existencia de una intensa recíproca confianza.

Lo anterior significa que puede entenderse que, bien el despido mantiene su efecto extintivo, o bien la extinción se produce en el momento en que, dictada la sentencia que califica el despido como nulo, el empresario y el trabajador de alta dirección deciden que se produzca el abono de las indemnizaciones

previstas en el art.11,2º RDAD en lugar de la readmisión. Parece que apoya la virtualidad extintiva el hecho de que el art.11,3º dé preferencia, en caso de no producirse acuerdo, a la extinción del contrato con el abono de las correspondientes indemnizaciones, y sólo en caso de acuerdo expreso se reanude la relación.

Con independencia de la postura que se adopte en relación con este problema y para tratar de precisar algo más el alcance de las posibles interpretaciones del art.11 en sus párrafos 2º y 3º RDAD es necesario distinguir también entre los siguientes supuestos:

1º) Si se ha producido acuerdo expreso entre las partes sobre la situación del contrato -extinción o reanudación- y sobre los efectos económicos que correspondan, y que comprenda tanto lo referido a la indemnización por la extinción de la relación -si tal es la opción- como a los salarios dejados de percibir. La previsión expresamente pactada en torno a estas diversas cuestiones exime de la necesidad de llevar a cabo una interpretación sobre el sentido y alcance del precepto problemático.

2º) Si se ha producido acuerdo sobre la situación del contrato y en relación con los efectos económicos, sólo se ha hecho referencia expresa a la indemnización que proceda en caso de extinción del mismo, pero no a los salarios dejados de percibir, las soluciones posibles son dos. La primera que se entienda aplicable el art.55,4º ET y, en virtud del mismo, se reconozca el derecho a la percepción de dichos salarios. La segunda, que se entienda que la previsión expresa sobre efectos indemnizatorios sustituye o desplaza a dicho art.55,4º, aunque esta interpretación, a su vez, implica el mantenimiento de la naturaleza indemnizatoria de dichas percepciones también en el caso de nulidad del despido, sobre la base del reconocimiento, en todo caso, de la virtualidad extintiva del acto de despido, según las opiniones a que se ha hecho referencia más arriba.

3º) Si sólo se ha producido acuerdo sobre la situación del contrato pero no sobre los efectos económicos del despido, se aplicarán las previsiones del RDAD sobre abono de una indemnización cuantificada en veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, a la que se añadirá el abono de los salarios dejados de percibir siempre que se entiendan aplicables acumulativamente la previsión expresa en materia indemnizatoria y el art.55,4º ET.

4º) A falta de acuerdo expreso sobre la situación del contrato, se entiende que las partes optan por el abono de las percepciones económicas, reconduciéndose el supuesto a alguno de los tres anteriores en materia indemnizatoria.

CONCLUSIONES

El personal de alta dirección ha sido definitivamente incluido en el ámbito del Derecho del Trabajo ex art.2,1º,a) ET, y se le ha dotado de una específica regulación constituída por el RD 1382/1985, de 1 de agosto.

Sin embargo, esto no ha significado sino la declaración formal de su laboralidad, puesto que desde el punto de vista material, el régimen jurídico que se le ha otorgado implica más bien la aplicabilidad de algunos preceptos o instituciones concretos del ordenamiento laboral, lo que se pone de manifiesto con especial claridad en el sistema de fuentes descrito en el art.3 RDAD, en el que prima la voluntad de las partes expresada en el contrato de alta dirección como instrumento para dotar de una disciplina concreta e individualizada a las relaciones entre la empresa y el alto directivo. Pero además, por la postergación de la normativa laboral común, que sólo resulta de aplicación si lo prevén las propias partes en dicho contrato o en la medida en que el RD lo establezca mediante la remisión expresa a determinados preceptos, lo cual se lleva a cabo en contadas ocasiones.

El elemento conceptual de la autonomía y plena responsabilidad del alto directivo es una de las claves del estudio realizado. El análisis de la problemática que gira en torno a este peculiar rasgo del personal de alta dirección permite replantearse la dogmática misma del contrato de trabajo a través de uno de sus elementos esenciales, el de la prestación de los servicios en régimen de subordinación o dependencia. Y finalmente, lleva a la conclusión acerca del carácter constitutivo de la inclusión de este tipo de personal en el ámbito laboral.

Estos dos datos normativos a que se hace referencia en el RDAD, el sistemas de fuentes con primacía de la voluntad de las partes y del Derecho Civil y Mercantil sobre la normativa laboral

de carácter legal y convencional, y, por otro lado, la autonomía del directivo, habían permitido acogerse, con probabilidad, a la vía prevista en la disposición final primera del ET que prevé la aplicabilidad del régimen laboral a aspectos puntuales del trabajo autónomo.

Con ocasión de esta reflexión recobra vitalidad el debate en torno a la naturaleza y finalidad mismas del ordenamiento laboral, como ordenamiento que se destina específicamente a las actividades de prestación de servicios que respondan a unas determinadas características técnico-jurídicas; como ordenamiento que da cobertura a una necesidades socio-económicas de tutela; o como ordenamiento regulador de toda expresión de actividad prestada para otro, sean cuales sean sus características y circunstancias.

Una tarea importante y de especial dificultad ha sido la delimitación del alto directivo respecto de los administradores de las sociedades, sobre todo de los cargos delegados del consejo de administración en las sociedades anónimas, con el que presenta puntos en común, no sólo desde el punto de vista sociológico y económico, sino también de su posición funcional en la empresa social y las consecuencias que ello conlleva en el régimen jurídico de sus relaciones contractuales con la misma. Este fenómeno se puede observar a través de su tratamiento jurídico-laboral desde una perspectiva histórica que ha sido común hasta época relativamente reciente y cuya diferenciación, que inicialmente se opera a efectos de Seguridad Social, quizá no se justifique en la fase actual de reconstrucción de la dogmática del contrato de trabajo.

Más que el elemento funcional, se ha demostrado que lo determinante para diferenciar estos dos colectivos sigue siendo la distinta naturaleza del vínculo jurídico que les une con la empresa o sociedad, laboral en el caso del alto directivo y mercantil en el del administrador y consejero delegado -tanto si se adopta la teoría orgánica, como si se acogen las tesis contractualistas-.

El estudio y sistematización del tipo de funciones que realiza el alto directivo ha servido para precisar su posición en la empresa y explicar el por qué de algunas características de la disciplina aplicable a su relación especial. Justifica no sólo la exclusión de la participación en los órganos de representación unitaria del resto de la plantilla, sino las intensas modulaciones que se introducen respecto del resto de los derechos e instrumentos de significación colectiva, así como otras muchas especialidades y derogaciones introducidas respecto de la disciplina del contrato de trabajo ordinario.

Se evidencia, finalmente, en relación con el tipo de funciones que se encomiendan al directivo, una flexibilización en la exigencia de la extensión general del ejercicio de las mismas que es sustituido por el del carácter vital del área o sector en que se desenvuelvan las tareas directivas y de la intensidad de los poderes atribuidos y efectivamente ejercitados por el trabajador de alta dirección.

El estudio de algunas actividades específicas se ha llevado a cabo con la exclusiva finalidad de aportar alguna luz al estudio acerca de alguno de los elementos del concepto legal de alto directivo.

A los elementos esenciales de la noción de alto directivo ya referidos se suma, con carácter de característica fundamentadora de las especialidades de la relación de servicios del alto directivo, la nota de confianza. Esta nota tiene una enorme repercusión en la configuración de alguna de las instituciones más características de esta relación especial, desde la promoción al desistimiento, pasando por la exclusividad de la prestación de servicios del alto directivo.

Por tanto, funciones, autonomía y confianza completan el cuadro de factores o rasgos determinantes de la peculiar régimen jurídico en que se ha traducido la laboralización de la actividad de alta dirección, del que para terminar se puede decir que ha obviado la inclusión de algunas de las instituciones típicamente laborales, y ha excluido la aplicación de numerosos preceptos y

normas del ordenamiento laboral.

Con ello se han visto afectados incluso los propios principios que han caracterizado tradicionalmente esta disciplina. La estabilidad en el empleo, instrumentada a través de la preferencia por la duración indefinida del contrato o de la causalidad del despido, pierde sus contornos precisos. El mismo poder de dirección del empresario, que se complementa con la articulación de un régimen disciplinario y se traduce en la responsabilidad del empresario por los actos del trabajador subordinado a su servicio, se desdibuja. O, en fin, el propio principio de irrenunciabilidad de derechos, o de autonomía colectiva, se debilitan o sencillamente pierden su sentido en esta concreta relación contractual, que en cambio se liberaliza e individualiza al máximo.

Todas las cuestiones sobre las que se ha reflexionado hacen dudar de la existencia de un verdadero contrato de trabajo y de la inclusión en el ámbito laboral de una actividad de prestación de servicios por cuenta ajena, de tan especiales características que la aplicación de la mayor parte del ordenamiento laboral resulta inadecuada para resolver los problemas reales que en la práctica empresarial plantea este tipo de personal. Ello provoca que se produzcan algunos síntomas de escapismo de la aplicación de la normativa laboral a través de contrataciones al margen del RDAD -en supuestos de altos ejecutivos muy cualificados cuyo estatus privilegiado los ha convertido en una nueva clase social o grupo sociológico- y, al mismo tiempo, el fenómeno contrario, la falta de operatividad de esta norma para dar solución a la problemática de los altos directivos en empresas pequeñas o del trabajador directivo que escapa a la posible calificación como tal, por no encajar en el molde conceptual del art.1,2º RDAD.