

Publicación conjunta de Eindhoven University of Technology & Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology (MERIT. University of Limburg). June.

– EIJNATTEN, F.M. van (1990). Classical socio-technical systems design: the socio-technical design paradigm of organizations. *Publicación conjunta de Eindhoven University of Technology & Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology (MERIT. University of Limburg).* March.

– FERRIS, G., FRINK, D. y GALANG, C. (1993). Diversity in the workplace: the human resource management challenges. *Human Resource Planning.* Vol. 16, Nº 1, págs. 41-51.

– HACKMAN, J.R. y OLDFHAM, G.R. (1980). *Work Redesign.* Addison-Wesley.

– KEITH DENTON, D. (194). The power of flexibility. *Business Horizons.* July-August. págs. 43-50.

– OSTERMAN, P. (1994). How common is workplace transformation and who adopts it? *Industrial and Labor Relations Review.* Vol. 47, Nº 2. January, págs. 173-188.

– PIGANIOL, C. (1988). Organisation et conditions de travail dans nouvel environnement technologique. En Weiss, D. *La fonction ressources humaines.* Les Editions D'Organisation, págs. 513-597.

– SHOSTAK, A. (1993). The nature of work in the twenty-first century: certain uncertainties. *Business Horizons.* November-December, págs. 30-34.

– SITTER, U. de and Hertog, F. den (1990). Simple organizations, complex jobs: The Dutch Sociotechnical Approach. *Paper presented at the annual conference of the American Academy of Management.* 12-15 August. San Francisco. Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology (MERIT. University of Limburg).

EL TRABAJO DE ALTA DIRECCIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y FUENTES DE REGULACIÓN *

Por CAROLINA MARTÍNEZ MORENO**

SUMARIO: I. Introducción.–II. La tradicional exclusión del personal de alta dirección del ámbito del Derecho del Trabajo.–III. El personal de alta dirección en la LCT de 1931 y normas complementarias.–IV. Los criterios de delimitación del personal de alta dirección en la LCT de 1944 y normas sectoriales.–V. Los primeros pasos en la «laboralización» de los altos directivos: de las normas de Seguridad Social a la Ley de Relaciones Laborales.–VI. La relación de trabajo especial de alta dirección y su regulación reglamentaria.–VII. Fuentes de regulación de la relación de trabajo de alta dirección: autonomía de la voluntad y normas de derecho necesario.–VIII. Otro problema relativo a las fuentes de regulación de la relación especial: la supletoriedad de normas.–IX. Personal de alta dirección y cargos de confianza en la normativa sectorial: directores de periódico y capitanes de buque.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el personal de alta dirección ha sido objeto de inclusión en el ámbito del Derecho del Trabajo recientemente. Sin embargo, resulta sin duda provechoso examinar las líneas maestras del tratamiento normativo que este ordenamiento ha otorgado a lo largo de su historia a la prestación de servicios de este concreto grupo de profesionales.

* El presente trabajo constituye el primer capítulo de la memoria de Tesis Doctoral que bajo el título de «La relación de trabajo especial de alta dirección» fue defendida en la Universidad de Oviedo en junio de 1993, por tanto, en un momento anterior a la reforma operada, sobre todo, a lo largo del año 1994 y también a la promulgación del RD Leg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y del RD Leg. 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, si bien para su publicación se ha procedido a la imprescindible actualización de las referencias normativas.

** Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Oviedo).

Se trata ante todo de buscar las pautas e hitos de mayor relevancia para la comprensión del régimen jurídico vigente y lograr a través de ese recorrido una perspectiva actual del problema de la posición que finalmente adopta la normativa laboral actual sobre la prestación de servicios del personal de alta dirección.

Para ello seguramente no se requiere un ajuste preciso a las etapas que la doctrina viene distinguiendo tradicionalmente, con más o menos variaciones, en la evolución de la conformación de esta disciplina. Esto significa que podrán omitirse referencias a algunas normas laborales que, desde otro punto de vista, han sido de enorme relevancia para la construcción y evolución de esta rama del ordenamiento jurídico y, por el contrario, se van a mencionar otras numerosas disposiciones que, para la finalidad que se persigue en las presentes páginas, cumplen un papel de mayor notoriedad.

II. LA TRADICIONAL EXCLUSIÓN DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN DEL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Las primeras normas laborales presentan como característica común la exclusión implícita del tipo de trabajadores que en la actualidad constituyen el personal de alta dirección, dado que en ese momento inicial el ordenamiento laboral se ocupa más bien de la regulación de ciertos aspectos del trabajo del obrero manual, desarrollado en el ámbito fabril, que se configura como el destinatario de una normativa caracterizada por el protagonismo de las normas de policía tendentes a paliar los efectos de las especialmente penosas condiciones en que se lleva a cabo la prestación de servicios.

Con el Código de Trabajo de 1926 se inicia una etapa en la que ya se formulan expresamente exclusiones del ámbito de aplicación de las disposiciones que constituyen su entorno normativo en relación con las personas que ocupan este tipo de cargos directivos. Este proceso se acentúa con las Leyes reguladoras del Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, cuyo punto en común es la exclusión expresa de las personas que realizan dentro de la empresa el tipo de trabajo que hoy constituye la actividad de los altos directivos comprendidos en el ámbito de aplicación del RD 1382/1985, de 1 de agosto (RDAD), que regula su relación especial. Es también de interés el examen de las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales, para completar el panorama de exclusiones de los altos cargos directivos de la normativa laboral.

Por fin, es la normativa de Seguridad Social la que inicialmente lleva a cabo una inclusión del personal de alta dirección en el ámbito de normas pertenecientes al ordenamiento social en sentido amplio. Este recorrido culminará con la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980, que suponen la definitiva incorporación al ámbito del Derecho del Trabajo del personal directivo, y que dan paso a la promulgación del mencionado RDAD.

Aún conviene hacer una observación de carácter preliminar. Aunque muy

tro campo de estudio debe ser ante todo la normativa laboral, no es posible llevar a cabo un análisis de los antecedentes normativos de esta relación especial sin hacer una referencia, siquiera breve, a los otros cuerpos normativos que en la etapa de nacimiento de la legislación laboral ya se ocupaban de algunas formas de trabajo por cuenta ajena.

Por esta razón, y también porque las normas y principios del Derecho Civil y Mercantil se van a aplicar supletoriamente para dotar de una regulación a aquellas cuestiones no contempladas expresamente en el RDAD o en el contrato, es conveniente detenerse por un momento en el examen de las previsiones contenidas en los Códigos Civil y de Comercio sobre determinado tipo de relaciones contractuales a través de las que se instrumenta la prestación de servicios por cuenta de otra persona, o bien sobre determinadas figuras que se erigen en precedente inmediato del alto directivo en el sentido del RDAD.

Como se sabe, en el primero de dichos cuerpos legales se recogen, junto con la figura del arrendamiento de servicios, otros tipos contractuales cuyo objeto puede consistir en la prestación de determinados servicios o la realización de ciertos encargos por cuenta de otra persona; en el segundo, por su parte, se incluyen diversos preceptos que, en su momento, conformaron el régimen jurídico de un colectivo al que globalmente se ha venido conociendo como «auxiliares dependientes del comerciante», esto es, a los factores, dependientes y mancebos de comercio (1).

Por de pronto hay que tener en cuenta que la normativa contenida en los Códigos Civiles sobre el contrato de arrendamiento de servicios iba destinada, al menos en su origen, al segmento de la población laboral ocupado en oficios que se caracterizaban por la manualidad, esto es, a los trabajos más «ordinarios o mecánicos» (2). Ello quiere decir que difícilmente pueden encontrarse en esos preceptos reglas útiles para comprender el trabajo de alta dirección.

Con todo, algún tipo contractual sí podría jugar ese papel, como ocurre con el mandato o apoderamiento, que se superpone al contrato mismo de prestación de servicios ampliando o modalizando el contenido de la prestación, por lo que su disciplina puede cubrir las lagunas de la normativa laboral.

Algo distinto es lo que sucede con la normativa de carácter mercantil, no sólo la que se contiene en el CCm, sino también en otras disposiciones y leyes especiales que, en no pocas ocasiones, van a tener repercusiones innegables en la regulación de ciertas instituciones laborales. Puede decirse que existen múl-

(1) Vid. BORRAJO DACRUZ, E. «Los auxiliares del comerciante en Derecho Español», en *R.D.M.* n.º 63 y 64, 1957, págs. 7-46 y 245-284; GARRIGUES, J., «Auxiliares del comerciante», *R.D.P.* n.º 199, 1930, págs. 97-110; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Auxiliares del empresario», *R.D.M.* n.º 72, 1959, págs. 269-305.
 (2) MARTÍN VALVERDE, A. «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1990, págs. 216-217.

tiples interconexiones entre ambos ordenamientos, circunstancia sobre la que ha llamado la atención la doctrina más autorizada al afirmar que «la regulación 'moderna' del contrato de trabajo, más enlaza con la contenida en el Código de Comercio sobre otras formas de mandato mercantil, factores, dependientes y mancebos, que con las del Código Civil» (3). En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina mercantilista, al establecer que, salvo por lo que se refiere al poder de representación, los preceptos del CCM han sido sustituidos, en relación con los auxiliares dependientes, por la legislación laboral (4).

Por un lado, las características de la actividad desarrollada por los auxiliares del comerciante son las propias del tipo contractual laboral, pues se trata de relaciones jurídicas de tracto sucesivo, dotadas por tanto de una continuidad o permanencia en el tiempo; y, por otro lado, el modo de llevarse a cabo la prestación de los servicios por cuenta ajena responde a las notas de personalidad y subordinación o dependencia. Finalmente, el trasvase definitivo de los moldes contractuales mercantiles al laboral se produce con la ampliación del objeto de éste al trabajo intelectual (5).

Además, hay que tener en cuenta que tanto en el Código de Comercio de 1829 (RD de 30 de mayo de 1829) como en el de 1885 (RD de 22 de agosto de 1885) se regulaban las figuras de los *factores mercantiles* o apoderados generales y de los *gerentes* de establecimientos de comercio o fabriles. El primero de ellos se configuraba como un apoderado de carácter general del empresario o comerciante, cuyas facultades, salvo recorte expreso, se iban a extender al *ámbito general* del giro o tráfico de la empresa. Por su parte, el gerente aparecía como un colaborador del empresario en régimen de ajenidad, cuyas funciones ya entonces quedaban delimitadas aunque de forma muy genérica, mediante la atribución de facultades que son las que, bien desde el plano normativo, bien a través de la interpretación jurisprudencial, se van a predicar a partir de ese momento del personal directivo: *administrar, contratar y dirigir* sobre las cosas concernientes al establecimiento. De esta regulación merece la pena destacar las reglas dedicadas al régimen extintivo del contrato (6).

(3) ALONSO OLEA, M., «Las raíces del contrato de trabajo», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número especial dedicado al 2º ciclo de conferencias del centenario del Código Civil, curso 1988-89, págs. 399 y ss.

(4) Vid. por todos, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3ª ed. Tomo I, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1991, págs. 252.

(5) GARRIGUES, J., «Auxiliares del comerciante», *loc. cit.*, págs. 97 y 98; BORRAJO DACRUZ, E., «Los auxiliares del comerciante en Derecho español» *loc. cit.* (nº 63), págs. 16-17.

(6) Sobre estas figuras vid. BORRAJO DACRUZ, E., «Los auxiliares del comerciante en Derecho Español», *loc. cit.*; el mismo autor, en «El personal de alta dirección en la empresa», *REDT*, nº 22, 1985, afirma que «...el Derecho del Trabajo ya mantenía una regulación para la situación del personal de alta dirección en la empresa. Tal régimen se integraba con normas mercantiles, en especial los arts. 299 a 302 del CCM, y, sobre todo, con el contrato de servicios celebrado ante el empleador y el

Por tanto, el interés de este ordenamiento se va a mantener en la medida en que una parcela de la regulación referida a los auxiliares del comerciante no queda del todo cubierta por la emergente normativa laboral. Y esa parcela es precisamente la que se refiere a las figuras del factor y del gerente (7).

Cabría añadir aquí, finalmente, la referencia a las personas que intervienen en el comercio marítimo —propietario del buque y naviero, capitán y patrón de buque, oficiales, tripulación y sobrecargos (arts. 586-651)—, de cuyo estudio también se ha ocupado el Derecho del Trabajo y una de las cuales —el capitán de buque— va a tener especial interés a los efectos de la conformación del concepto legal de personal de alta dirección.

Por lo que se refiere ya al ordenamiento laboral, en las primeras normas se omite toda referencia expresa a este tipo de trabajo, lo cual encuentra su explicación en un dato al que ya se ha hecho alusión y que se cifra en la delimitación del trabajo manual en el ámbito fabril como la parcela de la realidad social a cuya ordenación se va a dirigir dicha incipiente normativa. Pero además, los restantes criterios que se utilizan para la determinación de las personas excluidas del ámbito de estas primeras normas son siempre indirectos, como la cuantía de los salarios, la debilidad socio-económica y la consiguiente necesidad de tutela, o más concretamente, la posible asimilación de la posición que se ocupe en la empresa a la del patrono.

Como es de sobra conocido, una de las características comunes a las primeras normas específicamente laborales fue su finalidad filantrópica, humanitaria, moralizante y paternalista, debida tanto a los principios e ideales que están en la base de su elaboración, como a la presión creciente del movimiento obrero, que se presenta como un factor de signo diverso al anterior, pero de gran importancia en el impulso legislativo del momento, tendente a introducir paulatinamente las necesarias reformas que evitasen la proliferación de fenómenos de signo revolucionario que pudieran suponer un peligro para el mantenimiento de la paz y la estabilidad sociales (8).

alto cargo» (págs. 157 y ss). En general, sobre la incidencia de los Códigos del XIX como antecedentes de la regulación del contrato de trabajo, cfr. MONTALVO CORREA, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1975, págs. 73 y ss.

(7) GARRIGUES, J., *loc. ult. cit.*, dada la amplitud y generalidad del apoderamiento otorgado al mismo, lo que le convierte en un *alter ego* del empresario (págs. 103 y ss.); BORRAJO DACRUZ, E., «Los auxiliares del comerciante en Derecho Español», *loc. cit.* (nº 63), pág. 36.

(8) DE LA VILLA GIL, L.E. / PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid, IELSS, 1977, págs. 168-9; MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Madrid, Civitas, 1975, págs. 11 y 32 y ss. en relación con la normativa limitativa de la jornada laboral, aunque en relación con esta materia incidieron fuertemente también motivos religiosos; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo e Ideología*, 3ª ed. revisada, Madrid, 1987, págs. 67 y ss.

Siendo así, no podía extrañar que los destinatarios de dichas normas fuesen, fundamentalmente, las «medias fuerzas» y los económicamente débiles, esto es, el obrero *manual* que presta su esfuerzo laboral en establecimientos fabriles e industriales, y cuyas condiciones de vida y trabajo hacían necesarias medidas tendentes a mejorar su situación de pobreza, salud, seguridad, moralidad e instrucción (9).

Desde este punto de vista resulta lógico que estas primeras disposiciones, aunque sea de forma implícita, excluyan de su ámbito de aplicación a los trabajadores intelectuales, y, con mayor fundamento aún, al personal directivo.

Como ejemplo de este primer bloque que utiliza el criterio de la manualidad para delimitar el tipo de trabajo objeto de tratamiento normativo, cabe mencionar disposiciones como la Ley Dato de 30 de enero de 1900, de accidentes de trabajo (10), la Ley de 3 de marzo de 1904 de descanso dominical que, sin hacer referencia explícita al trabajador destinatario de la normativa de referencia, comienza estableciendo la prohibición en domingo del trabajo «material», y, en fin, se sigue esta pauta en las Leyes sobre Tribunales Industriales de 19 de mayo de 1908 y 22 de julio de 1912 (11).

El segundo de los criterios apuntados es el del nivel salarial que, indirectamente, puede ser un indicador de la elevada cualificación o de la distinta y especial naturaleza de las funciones ejercidas por ciertos colectivos profesionales. Buen ejemplo de ello fue la Ley de 10 de enero de 1922, de Accidentes de Trabajo, cuyo art. 1 consideraba operarios, a los efectos de dicha ley, a «los que, sin prestar el trabajo por sí mismos, preparan o vigilan el de otros, siempre que su salario no pase de 15 pesetas, o que, si excede, sólo se computen 15 pesetas...» (12).

(9) MONTOYA MELGAR, A., *op. ult. cit.* sobre el carácter manual del obrero que se define en las normas del período de referencia (págs. 73 y ss); ALMANSA PASTOR, J.M., «El concepto de trabajador», en *Estudios sobre Derecho individual del Trabajo. En homenaje al Profesor Mario L. Deveali*, Buenos Aires, 1979, pág. 252; y recientemente PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «El trabajo subordinado como tipo contractual», *D.L.* n.º 39, 1993, pág. 32.

(10) DE LA VILLA GIL, L.E. / PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *op. cit.*, págs. 234 y 235.

(11) Vid. MARTÍN VALVERDE, A., VALDÉS DAL-RÉ, F., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., CASAS BAAMONDE, M.E., PÉREZ ESPINOSA, F. y GARCÍA MURCIA, J., *La legislación social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987 (págs. 381 y ss).

(12) En iguales términos se expresan el art. 2.1º.b del RD de 29 de diciembre de 1992, que aprueba el Reglamento Provisional de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922 y el art. 3.3º.2 del posterior Decreto de 31 de enero de 1933, que aprueba el Reglamento de accidentes de trabajo en la industria, y completa la normativa constituida por la Ley de Bases de 4 de julio de 1932 y el texto refundido aprobado por el Decreto-ley de 8 de octubre del mismo año, que modificaron la legislación anterior sobre accidentes en la industria. En el Reglamento Provisional de 1922 también se incluía en la consideración de operario al «personal de oficinas o dependencias de fábricas o establecimientos industriales, con sueldo menor de 5.000 pesetas anuales...».

Con todo, también es cierto que se consideraban expresamente incluidos en el concepto de operario a los miembros de la dotación de los buques, tal y como se definía en el art. 648 del Código de Comercio; entre ellos se encontraba, dada su generalidad, también el capitán, cargo de cierta similitud con la alta dirección, como veremos (13).

Este mismo criterio se observa con especial claridad en la normativa sobre seguros y subsidios sociales, dado que su finalidad no es otra que la protección de los «económicamente débiles». No en vano se ha afirmado del Derecho social que no es sino «la socialización del derecho de contratación de servicios, entendiendo por socialización la protección jurídica de los que son económicamente débiles» (14), y ello aun cuando en dicha protección van a quedar comprendidos en ocasiones determinados grupos de trabajadores independientes (artesanos, aparceros, pequeños patronos...) (15).

En concreto, esta línea de regulación puede observarse en algunos de los primeros Convenios de la OIT (16). En todos ellos se contiene una cláusula que posibilita la existencia en los ordenamientos internos de exclusiones del ámbito de aplicación de las correspondientes normas que den cumplimiento a sus previsiones, y que vayan referidas a determinados trabajadores que superen una determinada cuantía de salarios o ingresos de acuerdo con la limitación que se fije en cada legislación nacional.

En cuanto al derecho interno, el primer seguro social con carácter obligatorio que se instaura en nuestro país en virtud del RD de 11 de marzo de 1919, que regula el Régimen de intensificación del Retiro Obrero y del RD de 21 de

(13) HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, M. *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1946, pág. 427.

(14) MARTÍN GRANIZO, L. / GONZÁLEZ ROTHVOSS, M., *Derecho social*, 3ª ed., Madrid, Reus, 1935, pág. 9; Vid. también ALMANSA PASTOR, J.M., «Los sujetos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en *Derecho Laboral*, n.º 124, 1981, pág. 716.

(15) GONZÁLEZ POSADA, C., *Los Seguros Sociales obligatorios en España*, 3ª ed. (corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín), Madrid, Edersa, s.f., págs. 21 y ss.

(16) Así, en el núm. 17 (1925) sobre indemnizaciones por accidente de trabajo; núm. 24 (1927) relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico; núm. 25 (1927) para los trabajadores agrícolas y núm. 44 (1934) por el que se garantizan indemnizaciones o subsidios a los desempleados involuntarios (cfr. *OIT. Convenios y Recomendaciones, 1919-1983*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984). Sin embargo en otros Convenios posteriores sobre estas materias, se observa un cambio de criterio y se tiende, en principio, a generalizar la protección, aunque la posibilidad de exceptuar a ciertas categorías de trabajadores se formula en función de la necesidad de proteger a un porcentaje determinado de la población asalariada de cada país, esto es, del mantenimiento de un determinado nivel de cobertura en relación con esas contingencias -Cv. OIT núm. 121 (1964) sobre prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional y núm. 128 (1967) relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes-.

enero de 1921, por el que se aprueba su Reglamento (17), delimita su ámbito de cobertura en función, entre otros factores, de la cuantía de ingresos anuales. Lo mismo puede decirse de la normativa sobre ascguramiento frente al paro forzoso (18).

El carácter obrero de estas primeras normas laborales seguramente hacía innecesario, o incluso inimaginable, una referencia expresa a la alta dirección. Pero con el desarrollo de la legislación laboral y la progresiva expansión de su ámbito de aplicación se hacía conveniente una toma de posición más directa. Por ello, en algunas normas ya aparecen alusiones expresas al personal directivo, con la finalidad de excluirlos de la aplicación de la normativa correspondiente. En este sentido destacan el Código de Trabajo de 1926 y las normas dedicadas a la regulación de la jornada laboral.

El RD-Ley de 23 de agosto de 1926 aprobó el texto del Código de Trabajo. De sus arts. 1º y 3º se podía inferir un concepto de trabajador en el que quedaban comprendidos exclusivamente los obreros manuales (19). Pero es en el art.427, párrafo 1º, a efectos de determinar la competencia de los Tribunales Industriales, y a diferencia de las precedentes Leyes de 1908 y 1912, donde se contenía un concepto de operario más amplio y no ceñido exclusivamente al obrero manual, del que, sin embargo, se exceptúan expresamente «*los Directores y Gerentes de Empresas y, en general, los Apoderados generales o factores mercantiles, con arreglo al Código de Comercio*» (20).

La exclusión apareció también en las normas sobre la jornada de trabajo, tanto de carácter internacional (21) como interno (22).

Por fin, merece la pena hacer referencia a un mecanismo de exclusión del

personal directivo que resulta especialmente significativo en este momento y que consiste en la equiparación que en algunas disposiciones se lleva a cabo entre la posición de este personal y la del patrono.

Se podría hacer referencia a una gran variedad de disposiciones sobre diversas materias pero cuyo denominador común es que ponen de manifiesto la especial y diferente posición jurídica que ostentan determinados cargos -Directores, Gerentes, «altos funcionarios» de las empresas- o personas que ejercitan su autoridad o mando, u ostentan una responsabilidad sobre el resto de los trabajadores de la empresa, en relación con éstos.

Esta singular posición es la que hace posible la aludida equiparación de este tipo de personal a la figura del empresario o titular de la empresa, bien exceptuando a quienes ocupen dichos cargos del cumplimiento de determinadas obligaciones que afectan al trabajador, o bien haciendo extensivas a los mismos ciertas prohibiciones o responsabilidades que alcanzan al empresario.

Este criterio es el que inspira la regulación contenida en el RD de 18 de julio de 1907, que establecía la prohibición del establecimiento de cantinas pertenecientes a los patronos o representantes suyos en las fábricas o explotaciones (23), así como la obligación del pago del salario en moneda de curso legal; o en el Reglamento de Policía Minera, aprobado por RD de 15 de julio de 1897 (24).

Por su parte el RD de 10 de octubre de 1919, por el que se aprobaba el

1932) -art. 3,c)-, núm. 51, relativo a la reducción de las horas de trabajo en las obras públicas -art. 1,3,b)-, núm. 61 en el ámbito de la industria textil -art. 2- y núm. 109 (14-5-58, ratificado por España en 1971) relativo a salarios, horas de trabajo a bordo y dotación, en el ámbito del trabajo en el mar, que en su art. 3,a) excluye al capitán (OIT. *Convenios y Recomendaciones, 1919-1983, cit.*; DE LA CUEVA, M., *Derecho mexicano del Trabajo, Tomo I, 6ª ed.*, México, 1961, págs. 424-5; también ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 86-87).

- (22) Reales Órdenes de 15 de enero de 1920, sobre excepciones a la jornada máxima legal y normas para la aplicación de la jornada máxima. La primera de ellas, cumpliendo con lo preceptuado en el art. 3 del RD de 3 de abril de 1919, regulador de la Jornada Máxima Legal en todos los trabajos, declaraba exceptuados del régimen de la jornada legal de ocho horas, «...el trabajo de los directores, gerentes y altos funcionarios de las Empresas que por la índole de sus tareas no pueden estar sujetos a una estricta limitación de la jornada» (art. 1.2º). En el mismo sentido se pronunciaba el art. 1.2º de la segunda Real Orden referida.
- (23) En el art. 1, se mencionan las personas o categorías de trabajadores a las que alcanza la prohibición, más concretamente se habla de «patronos, destajistas, capataces o representantes suyos, o personas que tengan, por razón del trabajo, alguna autoridad sobre los empleados en la industria respectiva».
- (24) Modificado por RD de 28 de enero de 1910, que contenía diversas previsiones sobre inspección, vigilancia y disciplina del personal, y regulaba las figuras del Director de Minas, Capataz Facultativo de Minas, personas con Certificado de capacidad y los Directores de Fábricas (arts. 164 y ss.), llamadas a ejercitar aquel tipo de funciones.

(17) MARTÍN GRANIZO, L. / GONZÁLEZ ROTHVOSS, M., *op. cit.*, pág. 425.

(18) RD de 31 de marzo de 1919, por el que aprueba el Reglamento para la Aplicación del seguro de paro forzoso, cuyo art. 23 fija un límite máximo de remuneraciones anuales para poder ser admitido como socio en las entidades inscritas o Asociaciones que aseguren dicho riesgo.

(19) Lo mismo ocurría en su art. 142, que definía al operario a efectos de la regulación contenida en el Libro III sobre accidentes de trabajo.

(20) Referencias al criterio de la calidad de la persona como criterio delimitador de la competencia de los Tribunales Industriales, en MONTERO AROCA, J., *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Valencia, 1976, pág. 67; PÉREZ AMORÓS, F., «El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo español. (Su concepto legal y su emplazamiento en el estudio del Derecho del Trabajo)», en *R.P.S.* nº 133, 1982, donde entiende que el juego de las inclusiones-exclusiones relacionadas en el art. 427 se construye en torno a la presencia-ausencia de la *dependencia* respectivamente (pág. 91).

(21) El Convenio OIT núm. 1 (de 28-11-1919) ratificado por España en 1931, por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, había exceptuado de la aplicación de las disposiciones contenidas en el mismo en su art. 2, a) «a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza...». Posteriormente se reitera esta exclusión en los Convenios OIT núm. 30, relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y las oficinas (28-6-30, ratificado por España en

Reglamento del trabajo a bordo en los buques de carga y descarga encomendó en su art. 1 al naviero, y por delegación al Capitán o Patrón, la organización de los servicios y trabajos a bordo, la fijación de las horas de jornada, la distribución de guardias y la duración de las mismas (25).

III. EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN EN LA LCT DE 1931 Y NORMAS COMPLEMENTARIAS

Tras estos primeros ejemplos, la LCT de 1931 constituye la primera ocasión en que, con carácter global, la normativa laboral contempla al personal directivo aunque sea para excluirlo de su órbita aplicativa.

La aprobación de la LCT fue precedida de numerosos proyectos que sirven como muestra de las líneas de regulación y principios que guían e inspiran la legislación de la época (26). En ellos aparecen algunas referencias al personal directivo, aunque son, desde luego, fragmentarias y heterogéneas, a pesar de lo cual merece la pena tenerlas en cuenta pues ponen de manifiesto que ya existía una preocupación en el legislador por delimitar la naturaleza de las funciones desarrolladas por dicho personal.

Otra razón por la que resulta de interés detenerse siquiera brevemente en el comentario de estos proyectos es que constituyen los precedentes inmediatos de la regulación del contrato de trabajo y en ellos se insinúan las pautas para el futuro tratamiento de las cuestiones relativas al ejercicio del poder de dirección y de la situación en la empresa del personal a quien se encomienda el mismo.

En este sentido, a través del examen de las concretas previsiones contenidas en estos textos pueden inducirse criterios como la exclusión de su ámbito

(25) Lo mismo hacía el RD de 31 de mayo de 1922, por el que se aprobó la Reglamentación del trabajo a bordo en los buques de carga y pasaje (que reproduce el art. 50 de la Ley de Jornada Máxima Legal de 1 de julio de 1931, cit.). Y finalmente el Orden de 18 de septiembre de 1935, sobre Reglamentación del trabajo a bordo.

(26) Se trata, en concreto, de los siguientes: Proyecto de ley sobre ejercicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección en la industria manufacturera presentado a las Cortes Constituyentes el 8 de octubre de 1855 (Proyecto Alonso Martínez); Proyecto de ley de contrato de trabajo presentado a las Cortes el 29 de mayo de 1908 (Proyecto de la Cierva); Proyecto de ley de contrato de trabajo presentado a las Cortes el 16 de julio de 1910 (Proyecto Merino); Proyecto de ley de contrato de trabajo presentado a las Cortes el 12 de junio de 1914 (Proyecto Sánchez Guerra); Proyecto de ley de contrato de trabajo presentado a las Cortes el 22 de mayo de 1916 (Proyecto Ruiz Jiménez); Proyecto de ley de contrato de trabajo presentado a las Cortes el 14 de noviembre de 1919 (Proyecto de Burgos y Mazo); Anteproyecto de ley de contrato de trabajo redactado conforme a los criterios del Instituto de Reformas Sociales el 16 de octubre de 1922. Todos ellos en MARTÍN VALVERDE, A., VALDÉS DAL-RÉ, F., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., CASAS BAAMONDE, M.ª E., PÉREZ ESPINOSA, F. y GARCÍA MURCIA, J., *La legislación social en la Historia de España...*, cit.

de aplicación o la no obligatoriedad de concertar el contrato de trabajo con las personas que ejerciten las facultades directivas; la posibilidad de ejercitar dichas facultades por delegación del empresario titular; la descripción de los cometidos y facultades que quedan comprendidos en la función directiva y las limitaciones en su ejercicio con asimilación del personal directivo al propio patrono; también, en fin, se hace referencia a la función que cumple el ejercicio del poder de dirección en la total y completa determinación del objeto del contrato de trabajo.

Por lo que se refiere a la LCT de 1931, en contra de lo que ocurría en la normativa anterior, extiende su regulación a todo tipo de trabajo asalariado incluido el intelectual y el trabajo doméstico, como se desprende de la definición legal de contrato de trabajo que se contiene en su art. 1.º, en el cual, por lo demás, se establece expresamente el requisito de la dependencia (27).

Por su parte, los arts. 6.º y 7.º proceden a la delimitación de la noción de trabajador, en sentido positivo mediante la enumeración de las personas a las que se considera incluidas en la misma, y en sentido negativo excluyendo expresamente del ámbito de aplicación de la ley a los «directores, gerentes y altos funcionarios de las empresas, que, por la representación que puedan ostentar de éstas, por su elevada capacidad técnica, importancia de sus emolumentos y por la índole de su labor, puedan ser considerados independientes en su trabajo» (28).

Se puede fácilmente advertir la utilización por este precepto de un sistema que conjuga la enumeración de una serie de notas que caracterizan la posición de quienes ocupan alguno de los cargos enumerados y que se van a considerar excluidos del concepto de trabajador, con el dato de su independencia respecto del empleador. Ya en ese momento se pone el acento en la singular posición funcional del directivo, en la naturaleza de la labor que desarrolla, así como en el grado de capacidad o cualificación que ello exige y en la elevada cuantía de los emolumentos que va a percibir, todo lo cual implica una lejanía respecto de la situación del trabajador asalariado. Pero lo que para el legislador entonces se considera determinante es que de la concurrencia de alguna o algunas de esas circunstancias se evidencie, precisamente, la ausencia de la nota de dependencia, que es el dato concluyente para la exclusión.

La importancia de esta nota quedaba, pues, explicitada en el inciso final del art. 7.º de la misma Ley en la que, como se ha indicado más arriba, se confi-

(27) Art. 1 LCT de 1931: «Se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquél por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra o prestar un servicio a uno o varios patronos, o a una persona jurídica con tal carácter, bajo la dependencia de éstos, por una remuneración, sea la que fuere la clase o forma de ella». Vid. MARTÍN GRANIZO, L. / GONZÁLEZ ROTHVOSS, M., *op. cit.*, pág. 240; PÉREZ AMORÓS, F., «El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo español...», *loc. cit.*, pág. 94.

(28) DE LA VILLA GIL, L.E. / PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *op. cit.*, pág. 361; MARTÍN GRANIZO, L. / GONZÁLEZ ROTHVOSS, M. *op. cit.*, pág. 241.

gura como elemento común a las distintas circunstancias que contribuyen a la delimitación del trabajo excluido de dicha regulación legal. Esto es, el trabajo de los altos cargos parece excluirse en atención a la ausencia de la nota de dependencia o subordinación, que se considera esencial e inherente a todo trabajo asalariado.

La aportación de la jurisprudencia en su intento de dar solución a los problemas interpretativos ocasionados por esta Ley se centró en el análisis de estos elementos que definen la actividad excluida, siguiendo para ello el esquema trazado por la propia Ley (29).

Una primera constatación que lleva a cabo la jurisprudencia en su interpretación de los arts. 1º, 6º y 7º LCT es la que hace referencia a la gran amplitud del concepto de trabajador contenido en el primero de dichos preceptos. En base a la misma, el TS lleva a cabo una interpretación progresiva y entiende que pueden quedar comprendidos en dicho concepto, no sólo los trabajadores intelectuales, sino también aquellos que ejerciten cierto tipo de funciones directivas, siempre que no se refieran directamente a la total dirección, gestión y administración de la empresa, y también los que tengan encomendadas facultades de vigilancia y control de la actividad de otros trabajadores (30).

(29) Algunas de las sentencias citadas se han extraído de las *Leyes Sociales de España*, Biblioteca MEDINA Y MARAÑÓN, Madrid, 1943, razón por la cual, en ocasiones, no se incluyen las referencias al número de orden del repertorio de jurisprudencia.

(30) En la relevante sentencia TS de 16 de noviembre de 1933 se argumenta de la siguiente manera: «Nada importa que se haya negado la condición de obreros, a los efectos de la competencia de los Tribunales Industriales, a las personas que realizan funciones técnicas o directivas, pues la jurisprudencia ha de ser progresiva y ha de recoger en cada momento las innovaciones del derecho legislado, y, en cuanto sea compatible con el respeto a los textos, las inspiraciones del medio social: por lo que esta Sala no cumpliría su misión si no reconociese y acogiese la avasalladora tendencia que arrastra hoy a sociólogos y legisladores a hacer extensivos a las llamadas clases medias, los beneficios del derecho laboral. «Es también importante la S. TS. de 22 de abril de 1936 (R. 894) en la que se analiza el supuesto de un «director de la sección de frigoríficos» de una empresa, cuyas funciones y facultades consistían en la organización y dirección de todo lo relacionado con la venta de tales aparatos en Madrid y su provincia, para la cual tenía la exclusiva, y con obligación de nombrar agentes. Llega el Tribunal Supremo a la conclusión de que el concepto de trabajador que se contiene en el art. 6 de la LCT es lo suficientemente amplio como para que las circunstancias antedichas no priven al demandante de la cualidad de trabajador, puesto que no ostentaba el carácter de Director respecto a los operarios de la Sociedad demandada, ni ejercía su cargo con completa independencia sino que estaba a las inmediatas órdenes de aquélla. Se apoya esta solución en otra sentencia anterior, recaída en un supuesto análogo, con fecha de 8 de marzo de 1934; S. TS de 11 de diciembre de 1939 (R. 398), que afirma el carácter de factor mercantil del actor, con el cargo de Subdirector de una sucursal de la empresa, amplios poderes otorgados, que dirigía el negocio de la empresa en una amplia zona geográfica y ejercitaba amplias facultades en representación de la misma.

Sin duda, el aspecto de mayor trascendencia sobre el que la jurisprudencia se pronuncia en este momento es el de la importancia de la nota de dependencia en la configuración del concepto de trabajador por cuenta ajena, lo que significa, enlazando con lo que se ha dicho en relación con las demás circunstancias mencionadas en el art. 7º LCT, que si se ejercitan funciones del carácter de las mencionadas pero ello se lleva a cabo con sumisión a la real dirección de la empresa, manifestada entre otras circunstancias en la necesidad de dar cuenta de las iniciativas o de las gestiones efectuadas, o recibir instrucciones en orden a la realización del trabajo, ello hace que no pueda entenderse comprendida la actividad desarrollada en alguna de las excluidas en virtud del citado art. 7º (31).

El dato de la dependencia o falta de autonomía en la ejecución del trabajo se erige prácticamente en definidor de la naturaleza asalariada o no del trabajo y, por tanto, decisivo a la hora de determinar la inclusión o no en el ámbito de la normativa sobre el contrato de trabajo de la época, hasta el punto de haberse calificado la independencia como «razón legal de la excepción del artículo séptimo de la Ley de 21 de noviembre de 1931» (32).

A los efectos que aquí interesan, es la independencia la nota esencial que caracteriza las funciones del personal directivo y, por tanto, la causante «de las eliminaciones o exclusiones de los beneficios de la ley, consignados en el art. 7º...» (33). De esta forma se hace girar el resto de las condiciones o circunstancias que se mencionan en el precepto comentado, alrededor de aquella especial cualidad. Como muestra de ello, merece la pena la cita *in extenso* de la sentencia del TS de 17 de agosto de 1939 (R.269) en la que se establece que «...el análisis del precitado art. 7º de la LCT de 1931 hace ver que las cualidades allí establecidas para determinar el concepto de dirigente o alto funcionario de Empresa, que queda fuera de la legislación de trabajo, hállanse todas o cada una subordinadas a la independencia en la misión, es decir, que esta independencia en su trabajo... es la que imprime carácter para la exclusión..., sin que a

(31) S. TS. de 22 de abril de 1936; S. TS. de 23 de agosto de 1939 (R. 272) en la que se dice de forma expresiva que «...será tenido como empleado de gestión quien se ocupe bajo la dependencia ajena, mediante sueldo o jornal y con este carácter, en actividades de tal clase...»; o la S. TS. de 30 de septiembre de 1939 (R. 311) que razona lo siguiente: «...el art. 7º de la LCT de 21 de noviembre de 1931... viene a resaltar aún más la nota de dependencia que como requisito esencial para la existencia del contrato de trabajo se contiene en la definición del art. 1º...» e insiste que en este caso la relación del Agente Comercial con la casa «...no puede reputarse como contrato de trabajo... por encontrarse comprendido en la excepción del art. 7º LCT, dada la representación que tenía en la entidad demandada, la índole de su labor y la libertad e independencia de que disfrutaba para su trabajo...»; en similares términos, la S. TS. de 11 de diciembre de 1939; de «importancia de la misión, independencia de funciones y carácter rectivo» habla la S. TS. de 29 de marzo de 1940 (R.228).

(32) S. TS. de 23 de octubre de 1940 (R. 950).

(33) S. TS. de 12 de mayo de 1934.

ello sea óbice su calificativo de orientador, impulsador y colaborador, pues esta colaboración pugna con la independencia, que tampoco la supone el impulso ni la orientación sin libertad de iniciativas; como no la admite ser los emolumentos además del jornal de 14 pesetas, el 6,25% anual de beneficios, cuantía no exagerada ni calificada de importante... máxime si en la propia Empresa se otorgaron otras mayores participaciones...».

Como consecuencia inevitable del acento que se pone en la independencia del trabajo directivo, las demás notas legales enumeradas por el art. 7º LCT van a ser reconducidas por la jurisprudencia a meros indicios de hecho de la existencia de una actividad excluida, seguramente también como síntomas o manifestaciones concretas de la independencia con que el directivo lleva a cabo sus tareas y ejercita sus funciones, circunstancia que, como se ha dicho, es el elemento esencial cuya concurrencia determina la exclusión. Así ocurre con elementos como la existencia de un apoderamiento general (34); la elevada cualificación, característica que en las primeras leyes laborales era excluyente de su ámbito de aplicación; o la propia naturaleza de las funciones (35).

Otro indicio, aunque no explicitado en el art. 7º LCT, es el de la sumisión estricta a un horario, por lo que se excluye a quienes no presten sus servicios conforme a dicha circunstancia (36).

Por último, aunque no por su menor importancia, se encuentra la cuestión relativa a las retribuciones, bien porque su cuantía exceda de la que ordinariamente se atribuye a los trabajadores asalariados, bien porque su modalidad pueda consistir en una elevada participación en los beneficios o ganancias de la empresa, aunque en ninguno de estos casos dichas circunstancias, por sí solas, se erigen en factor determinante de la posible exclusión (37).

(34) SS. TS. de 11 de diciembre de 1939 (R. 398); y de 18 de enero de 1940 (R. 33), que considera comprendido al actor en la excepción establecida en los arts. 427 y 7: de la Ley de 21 de noviembre de 1931, al evidenciarse su «condición jurídica de apoderado general... con amplísimas facultades de administración y disposición de los intereses sociales y total representación en cuantos asuntos pueden afectarle...»; S. TS. de 7 de junio de 1940 (R. 547) en la que también se determina que la existencia de apoderamiento priva al interesado del carácter de obrero.

(35) Se pone el acento en la «índole del trabajo más que en la denominación del cargo...» (S. TS. de 9 de marzo de 1933). Ya con anterioridad, en la enumeración y descripción de las distintas funciones y facultades de carácter técnico y directivo, cuyo ejercicio determina la exclusión de dicho concepto de las personas que las desempeñan, se incluían la admisión y el despido de los obreros, así como la realización de los pagos (S. TS. de 22 de septiembre de 1926).

(36) S. TS. de 10 de mayo de 1941.

(37) Este criterio ya se podía observar en la jurisprudencia anterior, y así, en la S. TS. de 22 de septiembre de 1926, se excluía de la consideración de obrero, por la forma de su remuneración, a quien cobra una gratificación como consejero y asesor. Sin embargo, la citada S. TS. de 22 de abril de 1936 calificaba de trabajador por cuenta ajena al demandante, «...aunque su remuneración, consistente en un determinado porcentaje del importe de las ventas, pudiera alcanzar cifras que exceden de la que

En fin, no faltan las soluciones jurisprudenciales en las que se engloban y sintetizan todos estos elementos a los que se refiere el art. 7º LCT (38).

En las normas comprendidas en el período que transcurre entre las LCT de 1931 y 1944, esta referencia expresa al personal de alta dirección o altos cargos directivos de las empresas se lleva a cabo en dos distintos sentidos. En unos casos, y de forma continuista con lo que viene siendo el criterio normativo predominante hasta el momento, la norma procede a excluir a los altos cargos de su ámbito de aplicación conforme a idénticos o parecidos parámetros (39).

En materia de accidentes de trabajo, la Ley de 4 de julio de 1932 y el Decreto de 8 de octubre de 1932, por el que se aprueba el texto refundido de Accidentes de Trabajo en la Industria, retoman la noción de trabajador manual, aunque luego el art. 3º del Reglamento de 31 de enero de 1933, amplía dicho concepto de forma que no quede circunscrito exclusivamente a aquél (40).

ordinariamente perciben los trabajadores asalariados...»; de cuantía «...muy superior a la normal...», habla la S. TS. de 4 de febrero de 1942; o el supuesto de «Ingenieros extranjeros con cargos de importancia extraordinaria en relación del nivel económico de los trabajadores españoles» al que se refiere la S. TS. de 9 de enero de 1936; la S. TS. de 11 de junio de 1932 se refiere a una elevada participación en los beneficios o ganancias de la empresa.

(38) La S. TS. de 27 de septiembre de 1940 reproduce casi literalmente el contenido del art. 7º y, por tanto, condensa todo lo dicho hasta ahora. Así, entiende que «no demostrado que el demandante tuviera conferida la representación de la entidad recurrente, ni se necesitase elevada capacidad técnica para su cargo, ni fueran importantes los emolumentos, ni que no tuviera que acomodarse a instrucciones, está incluido en el art. 6º de la LCT». Y en otros términos, pero también reuniendo todos los elementos del art. 7º LCT, la S. TS. de 28 de noviembre de 1940 (R. 1076), determina el «límite divisorio entre el trabajo regulado por la legislación especial y el extraño a ella... por las ideas de plenitud de facultades directivas, de representación, técnicas, superioridad económica o de libertad de trabajo...».

(39) Art. 2.1º de la Ley de 1 de julio de 1931, sobre Jornada Máxima de Trabajo, procedía a la exclusión de su ámbito de aplicación de los *directores, gerentes y altos funcionarios*, también en atención a la «índole de sus tareas» (cfr. MARTÍN GRANIZO, L. / GONZÁLEZ ROTHVOSS, M., *op. cit.*, pág. 267). A pesar de que en opinión de algún autor, estos «altos funcionarios» de los que habla la Real Orden de 15 de enero de 1920, al igual que la Ley sobre Jornada Máxima, de 1 de julio de 1931, estarían comprendidos entre los «cuadros superiores», que el autor denomina directivos ordinarios junto con los cuadros bajos y medios y, por tanto, incluidos totalmente en el Derecho «común» del Trabajo (cfr. BORRAJO DACRUZ, E., «El personal de alta dirección en la empresa», *loc. cit.*, pág. 163). En relación con el trabajo del capitán, piloto y patrón del buque, se entiende aplicable la misma exclusión, en equiparación al personal directivo de las empresas al que la Ley de Jornada de 1931 se refiere en su art. 2º (ALMANSA PASTOR, J.M., *La relación de embarco del capitán de la Marina Mercante*. Oviedo, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, 1967, pág. 75).

(40) El concepto de trabajador protegido se amplía reglamentariamente, y quedan comprendidos «aprendices, capataces y vigilantes de trabajos u obras... obreros contratistas sin lucro especial, dotaciones de buques, personal obrero, artístico y admi-

Finalmente, en las normas que regulan los procedimientos de colocación, también se procede a esta exclusión (41).

En otros casos, excepcionalmente, ciertas disposiciones incorporan expresamente a personas que ostenten u ocupen cargos directivos, con mando o responsabilidad en las empresas, a efectos de someterlas a determinados controles públicos, bien comunes al resto de los trabajadores por cuenta ajena, bien específicos a dichos cargos (42), llegando incluso a la imposición de sanciones de inhabilitación o cese (43).

IV. LOS CRITERIOS DE DELIMITACIÓN DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN EN LA LCT DE 1944 Y NORMAS SECTORIALES

El texto de la LCT de 1944 (44) tiene carácter continuista respecto del republicano de 1931, aun con las necesarias adaptaciones para su depuración ideológica y acomodo a los principios inspiradores del nuevo Estado instaurado

nistrativo de teatros, personal de establecimientos mercantiles, de oficinas o dependencias de fábricas o establecimientos industriales, de hoteles, de establecimientos de beneficencia, agentes de la Autoridad, peones camineros, etc.» (GONZÁLEZ POSADA, C., *Los seguros sociales obligatorios en España*, 3ª ed., cit., págs. 110 y ss.). Una completa definición de obrero a estos efectos en MARTÍN GRANIZO, L. / GONZÁLEZ ROTHVOSS, M., *Derecho social*, 3ª ed. cit., pág. 402.

- (41) Decreto de 3 de mayo de 1940, que declara obligatoria la cartilla del trabajador (expedida por la Oficina de colocación de su domicilio), en su art. 2, apartado d) exceptúa de dicha obligación a «los Directores, Gerentes y altos funcionarios de las Empresas, cuando por sus emolumentos o índole de su labor se les considere independientes en su trabajo». Vid. también la Ley de Colocación de 10 de febrero de 1943, y el art. 53 del Reglamento de 9 de julio de 1959 (cfr. GARCÍA PÉREZ, F., *Nuevo Tratado de legislación laboral aplicada*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1964, pág. 18).
- (42) Decreto de 29 de agosto de 1935, sobre trabajo de extranjeros (arts. 2º y 4º); Decreto de 5 de enero de 1939, en materia de faltas laborales, en el que se tipifican como tales el abuso de autoridad, tanto por parte del empresario como de los «jefes o encargados, respecto de los trabajadores a sus órdenes», y «la conducta arbitraria del superior con infracción manifiesta de un precepto legal o reglamentario...» (cfr. ALONSO GARCÍA, M., *Curso de Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1975, págs. 557-8; GARCÍA PÉREZ, F., *op. cit.*, pág. 403; MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965, págs. 238-239).
- (43) Orden de 29 de marzo de 1946, modificada por la de 24 de enero de 1956 (cfr. MONTOYA MELGAR, A., *op. ult. cit.*, pág. 239). En el art. 47 del D-ley de 4 de julio de 1931 sobre Sociedades Cooperativas y en el art. 72 de su Reglamento (Decreto de 2 de octubre de 1931) se preveía la imposición de multas a las sociedades y a los dueños y directores de establecimientos y empresas por incumplimiento de la normativa sobre las mismas.
- (44) Decretos de 26 de enero y de 31 de marzo de 1944.

al término de la guerra civil, y que desde el punto de vista del trabajo productivo se proclamaban, como es sabido, en el Fuero del Trabajo de 1938 (45).

De acuerdo con dicho carácter, la LCT de 1944 en su art. 7º procede a la exclusión de las «personas que desempeñen en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno o alto Consejo, características de los siguientes cargos o de otros semejantes: Director General, Director o Gerente de la empresa, Subdirector General, Secretario General excluidos en las correspondientes Reglamentaciones de Trabajo.»

La novedad de este precepto está en la supresión de la referencia a la independencia del directivo y las notas a través de las que se manifiesta aquélla, y la sustitución de dicho criterio de exclusión por el *criterio funcional*.

Esta delimitación funcional del tipo de trabajador excluido va a influir decisivamente en la configuración actual del concepto legal de personal de alta dirección, lo que no deja de resultar paradójico, puesto que mediante una conceptualización de carácter funcional, en un caso la normativa excluía al personal directivo del ámbito laboral y en otro va a proceder a su inclusión como relación especial. Sin embargo en la consumación de este cambio de tratamiento pudo influir decisivamente la opinión de una parte importante de la doctrina que, ya al amparo de la normativa contenida en la LCT de 1944, se pronunció sobre la estricta laboralidad de la relación de servicio de los cargos directivos, a pesar de la exclusión de este tipo de trabajo de su ámbito de aplicación (46).

- (45) Vid., en especial, el estudio de SEMPERE NAVARRO, A.V., *Nacionalindustrialismo y relación de trabajo*, Madrid, Akal, 1982, en la que destaca, a los efectos que más interesan desde el punto de vista de la evolución del tratamiento del personal directivo de la empresa», respecto de la cual surge la duda acerca de la identificación o no con la figura del propio empresario, duda que se despeja en el sentido de afirmar que «la dualidad... no traspasa los límites de la terminología o de la dogmática doctrinal...» y en realidad, desde el punto de vista normativo se trata de dos figuras que se identifican (págs. 134-5); también sobre esta indefinición de la atribución personal de la cualidad de jefe de empresa vid BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1988, págs. 109 y ss.; cfr. también DE LA VILLA GIL, L.E. / PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *op. cit.*, donde recogen precisamente el contenido de dicha norma fundamental en cuya Declaración VIII, apartado 3 se contempla la figura del «jefe de empresa», respecto del cual se dice que «...asumirá la dirección de la misma, siendo responsable ante el Estado» (págs. 426 y 437-8); en general sobre la significación del Fuero del Trabajo vid. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, M., *op. cit.*, pág. 75 y ss.
- (46) ALONSO GARCÍA, M., *Curso... cit.*, págs. 638-640. Por la misma razón entiende el autor que la exclusión del personal directivo del ámbito de la jurisdicción de trabajo no se efectúa en base a la naturaleza no laboral de la materia, sino en base a la exclusión expresa operada en la norma «...aún teniendo la naturaleza de verdaderas pretensiones nacidas de prestaciones de servicios por cuenta y bajo dependencia ajenas». (pág. 731); ALONSO OLEA, M., «En torno al concepto de contrato de trabajo», en *A.D.C. I*, 1967 (pág. 133); CABRERA BAZÁN, J., «Límites materiales y formales al ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo», en *R.P.S.* nº 71, 1966, pág. 45; DEL PESO Y CALVO, C., «El ámbito de aplica-

El precepto aludido, como se ha visto, por un lado enumera las funciones cuya realización caracteriza a este personal y fundamenta la exclusión, y, por otro, cita «ad exemplum» una serie de cargos con la denominación habitual de los puestos de alta dirección, que se considerarán excluidos. A éstos deberán sumarse los mencionados en las Reglamentaciones de Trabajo, pero siempre que en ellos concurran las características funcionales de dirección y elevado asesoramiento (47).

Para la jurisprudencia en cambio, no resulta en exceso novedoso el carácter determinante que se otorga a este elemento funcional, puesto que ya en las soluciones anteriores, como hemos visto, se hacía referencia a la relevancia de la naturaleza de las funciones efectivamente desempeñadas a efectos de calificación de la relación. Pero sí puede afirmarse que es en este momento cuando adquiere mayor virtualidad, al enumerar la ley una serie de cargos bajo cuya denominación habitualmente se encuadra al trabajador de alta dirección. En este sentido, se incluyen en la excepción otros cargos similares a los enunciados en la propia norma, pero siempre que conlleven el desempeño de una función de responsabilidad y jefatura en cuanto a iniciativa dentro de las tareas de la empresa (48).

En todo caso, las funciones deberán referirse a la real dirección de la empresa o del negocio, no a la mera dirección técnica y deberán implicar, por tanto, el ejercicio de facultades dispositivas y de mando o rectoría, llevado a cabo con la suficiente libertad de criterio. Es unánime la posición que defiende la inclusión en el ámbito de la normativa laboral de los directivos técnicos que realicen una dirección especializada, y por tanto parcial, dentro del conjunto de la actividad empresarial (49).

ción personal de las normas del Derecho del Trabajo», en *R.P.S.* nº 71, 1966, pág. 113; MONTIYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario...*, *cit.*, pág. 206; el mismo autor en, «El ámbito personal del Derecho del Trabajo», en *R.P.S.* nº 71, 1966, pág. 92; PÉREZ LLINAS, M.I., MOLERO, C., SALA, T., VALDÉS, F., «Cargos directivos», en *R.P.S.* nº 96, 1972, pág. 8 y 9; SALA FRANCO, T., «Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo», *C.D.T.* nº 0, 1974, pág. 82; DE LA VILLA GIL, L.E., *El trabajo a domicilio*, Pamplona, Aranzadi, 1966, pág. 140.

(47) PÉREZ BOTIJA, E., *El contrato de trabajo. Comentarios a la Ley, doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1945, pág. 62.

(48) S. TS. de 4 de marzo de 1965.

(49) Esta diferenciación entre dirección de la empresa y dirección técnica es recogida, junto con otras directrices jurisprudenciales por ALONSO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 356; ALMANSA PASTOR, J.M. «La exclusión de los altos cargos del Derecho del Trabajo español», *R.P.S.* nº 71, 1966, pág. 31; ALONSO OLEA, M., «En torno al concepto de contrato de trabajo», *loc. cit.*, pág. 134; BAYÓN CHACÓN, G., «El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?», en *R.D.P.* VI, 1961, aunque el autor se refiere a la posterior corrección del criterio (págs. 459-460); el mismo autor, «El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo», en *R.P.S.* nº 71, 1966, págs. 5 y

Se ha tratado incluso de diferenciar entre la esfera técnico-social y la económico-financiera. Dentro de la primera se comprenderían funciones técnicas, productivas, de fabricación y personal, e incorporaría sólo a los cargos técnicos. La exclusión a que se refiere el art. 7º de la LCT de 1944 se circunscribiría a la esfera económico-financiera y a los altos cargos que asumen las funciones de decisión y dirección en la misma, cuya relación con la empresa pertenecería al ámbito del Derecho Civil o Mercantil, no al laboral (50).

Un caso particular se planteó en torno a la figura del capitán de barco, respecto del cual, a pesar de la normativa contenida en las respectivas Ordenanzas Laborales, se apreció que se trataba de un trabajo efectivamente muy cualificado e impregnado con el ejercicio de una autoridad pública, pero de

ss.; CABRERA BAZÁN, J., «Límites materiales y formales al ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo», *loc. cit.*, para quien dicha inclusión de los técnicos obedece a la intención de ir progresivamente incluyendo a los «cargos directivos» en el Derecho del Trabajo, puesto que reúnen las notas de dependencia y ajenidad (pág. 45); PÉREZ LLINAS, M.I., MOLERO, C., SALA, T., VALDÉS, F., «Cargos directivos», *loc. cit.*, pág. 16; VALDÉS DAL-RÉ, F., «Altos cargos», en *R.P.S.* nº 115, 1977, en torno a dos soluciones jurisprudenciales disparejas, la S. TS. de 9 de marzo de 1977 (R. 1825), que calificó como laboral la relación de un director-realizador con la productora cinematográfica, y la S. TS. de 2 de mayo de 1977 (R. 2569) que niega dicha condición a un director de hotel, solución criticada por el autor por basarse en un dato subjetivo como es la confianza en lugar de en el objetivo de la naturaleza de las funciones (págs. 212 y ss.); S. TS. de 30 de septiembre de 1965; S. TS. de 10 de noviembre de 1965, que entiende excluida la actividad de un Director general de la normativa laboral ya que se trata de un contrato de mandato, de naturaleza civil o mercantil (vid. el comentario a dicha sentencia en FERNÁNDEZ MARCOS, L., «Jurisprudencia en torno al concepto de altos cargos», en *R.P.S.* nº 86, 1970, págs. 177-185). Una sentencia que resulta clarificadora para delimitar los dos tipos de funciones directivas que, por su distinta amplitud o por el diferente ámbito en el que se desarrollan, dan lugar a la aplicación o no del art. 7º de la LCT, es la de 28 de diciembre de 1965, que se expresa en los siguientes términos: «Como ya tiene declarado la Sala en Sentencia de 21 de junio de 1965 (R. 4284), conviene distinguir las funciones de dirección, que pueden serlo bajo dos aspectos: simplemente Técnicas, en cuyos supuestos algunos de estos directores técnicos pueden reunir la cualidad de trabajadores técnicos pueden reunir la cualidad de trabajadores, y así lo tiene declarado la Sala (S. de 5 de marzo de 1951, R. 642); o de dirección de Empresa, es decir, cuando tiene facultades que a ésta sólo competen, de responsabilidad y gestión, en el triple marco jurídico, económico y social, normativas, disciplinarias y otras, en cuyo supuesto difícilmente puede admitirse que una misma persona pueda reunir la doble cualidad de obrero y empresario a la vez». Aparece claramente aquí la figura del directivo como «alter ego» del empresario.

(50) ALMANSA PASTOR, J.M., «La exclusión de los altos cargos...», *loc. cit.*, que con base en dicha diferenciación crítica al amplio sector doctrinal que mantiene que los altos cargos son trabajadores por cuenta ajena a los que, sin embargo, la propia ley excluye de su ámbito de aplicación (págs. 33 y ss.).

carácter estrictamente técnico, cuyo ejercicio no privaba al capitán del carácter de dependiente del naviero y, por tanto, no susceptible de inclusión en el art. 7º LCT (51). Como tendremos ocasión de comprobar más adelante, éste no es el criterio sustentado en la actualidad en relación con la figura del capitán de barco.

Directamente conectado con esta diferenciación se encuentra el problema del ámbito de las funciones directivas. En relación con el mismo la jurisprudencia ha mantenido que, al margen de concurrir el ejercicio de funciones sustancialmente directivas, éstas deben ir referidas a la total actividad de la empresa, a la dirección del negocio, y no a sectores parciales o especializados dentro de la misma, sea desde el punto de vista técnico o funcional o desde el punto de vista territorial o geográfico (52).

Incluso en alguna ocasión en la que concurría en el trabajador la denominación coincidente con alguno de los cargos mencionados en el art. 7º LCT, se consideró a pesar de ello su condición de trabajador común pues las actividades directivas hacían referencia a *facetas parciales* dentro de la actividad empresarial, con lo cual se insistía en el carácter determinante del tipo de funciones real y efectivamente desempeñadas y no tanto de la denominación del puesto o cargo ocupado (53).

A pesar de la relevancia otorgada al elemento funcional y de la omisión del dato de la independencia del trabajador, la jurisprudencia y parte de la doctrina siguieron otorgando carácter preeminente a la nota de dependencia y sus indicios como criterios definidores de la noción de trabajador, lo que seguramente venía motivado por la incorporación de dicha nota en la descripción del tipo contractual laboral contenida en el art. 1º de la Ley y en el propio concepto legal de trabajador formulado en el art. 6º según la redacción dada tras la modificación introducida por la Ley de 21 de julio de 1962 (54).

En efecto, la jurisprudencia se apartó del enfoque doctrinal a que se ha

(51) S. TS. de 22 de junio de 1966.

(52) Consiguientemente, no es alto cargo quien dirige el trabajo dentro de una determinada zona sometido a las directrices que marque la Casa Central, que es la única que contempla el total panorama mercantil del negocio (S. TS. de 4 de marzo de 1965). Vid. también SS. TS. de 30 de septiembre de 1965, de 5 de julio de 1969 y otras anteriores citadas por FERNÁNDEZ MARCOS, L., *loc. cit.*, págs. 177-185; y CLEOFÉ SÁNCHEZ, D., «Jurisprudencia en torno al concepto de alto cargo», en R.P.S. nº 87, 1970, que entiende que en la dirección del negocio se da una «asimilación funcional a la propiedad de la empresa» (págs. 168 y ss).

(53) S. TS. de 6 de julio de 1963.

(54) ALMANSA PASTOR, J.M., «La exclusión de los altos cargos del Derecho del Trabajo español», *loc. cit.*, pág. 31; ALONSO GARCÍA, M., *op. cit.*, págs. 355-6; PÉREZ BOTIJA, E., *El contrato de trabajo... cit.*, págs. 10 y 61; DE LA VILLA GIL, L.E., *El trabajo a domicilio, cit.*, la referencia expresa a la nota de dependencia en el concepto de trabajador contenido en el art. 6 LCT 1944 se introdujo en la modificación operada por la Ley de 21 de julio de 1962 (pág. 136).

hecho referencia con anterioridad sobre la auténtica naturaleza laboral del trabajo directivo que, no obstante, era excluido del ámbito de aplicación de la LCT de 1944 por su art. 7º. En contra de esta tesis, y prolongando el anterior criterio, los tribunales enjuiciaron la cuestión acerca de la naturaleza del contrato del alto directivo en función de si era subsumible o no en el tipo del contrato de trabajo en el que una de las características esenciales y determinantes seguía siendo la dependencia o subordinación o, más bien, la concurrencia de sus indicios. Así, se decía que el contrato de alta dirección no era un contrato de naturaleza laboral puesto que en el trabajo del directivo no aparecía la meritada nota (55).

También el dato de la subordinación o ausencia de ella se utiliza en otro sentido, y se pone en conexión con el desempeño de tareas meramente técnicas las cuales se entienden subordinadas a las instrucciones y directrices impartidas, precisamente, por las instancias directivas de la empresa, lo que implica su consideración como funciones estrictamente laborales, incluidas por tanto en la normativa de dicha naturaleza, como ya se ha indicado más arriba (56).

Sin embargo, en un segundo momento, las soluciones se presentan con un signo diverso del anterior, que llevaba al TS a entender que el otorgamiento de amplios poderes, la «relevante potestad rectora» o las «generales facultades de representación» conferidas a los altos cargos, lo son «frente a terceros», lo que no implica que dichas facultades sean «omnímodas y sin sujeción a la Empresa o Consejo de Administración o que estén en cualquier caso exentos de necesidad de consulta o refrendo...», dato que evidenciaba la presencia de la nota de subordinación (57). Como se sabe, este dato de la sujeción al titular de la empresa u órgano de administración de la sociedad se va a recoger en el concepto legal de alto directivo que se consagra finalmente en el RDAD.

En relación con la relevancia de otro tipo de datos de carácter formal, siguiendo con los criterios ya consolidados al hilo de la anterior LCT de 1931, se resta importancia a la existencia de un apoderamiento, circunstancia que se considera como algo puramente instrumental y que contribuye al mejor y más fácil y eficaz cumplimiento de una serie de funciones de carácter profesional, salvo que el otorgamiento de tal poder lo sea de carácter amplio y para la realización de actividades de naturaleza realmente directiva (58).

(55) ALONSO OLEA, M., «En torno al concepto de contrato de trabajo», *loc. cit.*, que lo expresa en los siguientes términos: «...los mismos criterios o indicios utilizados para determinar si existe relación de dependencia o no, (son) usados también para decir si el trabajo tiene o no naturaleza directiva...» (pág. 134).

(56) SS. de 8 de enero de 1960, de 4 de febrero del mismo año y de 29 de abril de 1961, con referencia a las anteriores de 30 de octubre de 1950 (R. 1580), de 9 de julio de 1955 (R. 2372) y de 17 de febrero de 1959 (R. 271).

(57) S. TS. de 8 de marzo de 1965.

(58) Es significativa a estos efectos la S. TS. de 7 de junio de 1965, en la que se argumenta que «los Apoderados Generales, nombrados notarialmente, que disfrutan de la mayor amplitud de facultades, pudiendo intervenir en el régimen y gobierno de

Por otro lado, y a pesar de que se le ha reconocido cierto valor indiciario, la voluntad de las partes expresada en el contrato y el *nomen iuris* que aquéllas le otorguen tampoco se consideran determinantes a estos efectos. Lo decisivo a efectos de la calificación jurídica de la relación será la concurrencia de los requisitos mencionados anteriormente, dado que la naturaleza del contrato viene determinada por lo que se desprenda de las prestaciones que constituyen su objeto o de los derechos y obligaciones que conforman su contenido (59).

Lo mismo puede decirse de la cuantía y modalidad retributiva, a diferencia de lo que ocurría en otros sectores normativos de la época, como ya se ha visto anteriormente (60), aunque también al amparo de la LCT 1931 la jurisprudencia había matizado la importancia de esta circunstancia a pesar de su mención expresa en el art. 7 de dicho texto legal. Tampoco se toma como elemento determinante la afiliación del trabajador a la Seguridad Social (61).

El último de los criterios jurisprudenciales que no puede ser omitido en este punto es la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva de la noción de alto directivo. La razón se encuentra en que se trata de una excepción a la regla general de la inclusión en el ámbito laboral de quienes llevan a cabo la prestación de unos servicios por cuenta de un empresario a cambio de una remuneración, y que además va a provocar la no aplicación de una normativa que atribuye al trabajador una serie de garantías frente al ejercicio de los poderes empresariales a los que se somete voluntariamente en virtud del contrato (62).

Seguramente, merece la pena hacer una extensa referencia literal a una sentencia que recoge los elementos hasta ahora examinados y algunos otros que van a incidir de manera significativa en la interpretación posterior y en la configuración actual del concepto de alto directivo. Así, la casi omnimoda libertad del directivo, y la especial vinculación y compromiso con los intereses

la fábrica, realizar toda clase de operaciones mercantiles y contratar y despedir obreros, deben ser estimados como Altos Cargos...»; en la S. TS. de 30 de junio de 1965 se establece que será alto cargo «quien temporalmente queda excedente en su específico cometido laboral y pasa a desempeñar funciones delegadas de Alta Dirección en virtud de escritura de apoderamiento otorgada por el Consejo de Administración...»; adviértase cómo ya se adelanta la solución al problema de la promoción del trabajador común a alto cargo. En la doctrina vid. ALMANSA PASTOR, J.M., *loc. cit.*, pág. 30; ALONSO OLEA, M., «En torno al concepto de contrato de trabajo», *loc. cit.*, pág. 134; BAYÓN CHACÓN, G. / PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, Vol. I. 12ª ed. (revisada y puesta al día por F. VALDÉS DAL-RÉ), Madrid, 1978-79, pág. 221.

(59) S. TS. de 17 de enero de 1966. Vid. por todos ALONSO OLEA, M., «En torno al concepto de contrato de trabajo», *loc. cit.*, pág. 129.

(60) S. TS. de 15 de marzo de 1962.

(61) Todos ellos son mencionados, entre otros, por ALMANSA PASTOR, J.M., *loc. cit.*, pág. ult. *cit.*, y ALONSO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 356.

(62) S. TS. de 15 de marzo de 1962, ALMANSA PASTOR, J.M., «La exclusión de los altos cargos...», *loc. cit.*, pág. 29; BAYÓN CHACÓN, G. / PÉREZ BOTIJA, E., *op. cit.*, pág. 221.

empresariales que van a originar una intensa relación de confianza entre éste y la empresa.

La sentencia aludida se expresa en los siguientes términos: «No es Alto Cargo quien, pese a la importancia de sus servicios, estuvo bajo la autoridad y las órdenes del Gerente, motivo suficiente para hacer imposible su inserción en el art. 7º de la LCT, el cual señala un claro camino de interpretación que irremediablemente conduce a incluir en la norma excepcional sólo aquellas funciones que suponen libre y superior iniciativa en la dirección del negocio, facultad de mando general en la organización y actividades de la Empresa, o plena libertad para la expresión o, en su caso, imposición del propio criterio en el Consejo o gobierno de la misma, sin otra sujeción que la obligación a las normas de la ética, a la debida lealtad y a los legítimos intereses de la entidad que confió esas funciones de rectoría superior...» (63).

Para terminar, quizá merezca la pena hacer una breve referencia al papel de las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales en orden a la delimitación del concepto de trabajador directivo. Como se recordará, la propia LCT de 1944 se remitía a ellas para completar la enumeración de los cargos excluidos en el art. 7º. Sin embargo, se ha observado que la manera en que se describe o delimita la exclusión del personal directivo en las referidas normas presenta una cierta homogeneidad, y que en la mayoría de los casos se inspira en la misma redacción del art. 7º de la LCT de 1944 (64).

(63) S. TS. de 28 de abril de 1966.

(64) Se han examinado las sucesivas Reglamentaciones de la Industria Siderometalúrgica aprobadas por las OO. de 28 de julio de 1945 (R. 1149) —que dejó sin efecto la O. de 16 de julio de 1942—, de 27 de julio de 1946 (R. 1220) y de 29 de julio de 1970 (D.A. 28175); Construcción y Obras Públicas, O. de 11 de abril de 1946 (R. 645); Minería, O. de 29 de enero de 1973 (D.A. 4234), también la O. de 26 de febrero de 1946 (R. 356) para las Minas de Carbón; excluyen a ciertas categorías por razón de la cuantías retributivas, las de Banca Privada, O. de 26 de septiembre de 1946 (R. 1462) y O. de 3 de marzo de 1950 (D.A. 3166); Radiodifusión, O. de 11 de junio de 1947 (R. 780); C.T.N.E., O. de 20 de junio de 1947 (R. 886) y O. de 10 de noviembre de 1958 (D.A. 6392), en este caso referida la exigencia de retribución superior a la máxima prevista en la Reglamentación específicamente a los cargos de Jefes y Subjefes de Departamentos (art. 2º, b); un tercer bloque estudiado agrupa las Reglamentaciones Nacionales de la Industria Químico-farmacéutica aprobadas por OO. de 6 de agosto de 1943 (R. 1154) y 26 de febrero de 1946 (R. 378); Construcción, Vidrio y Cerámica, O. de 28 de agosto de 1970 (D.A. 6930), modificada por O. de 27 de julio de 1973 (R. 1432); Comercio, O. de 10 de febrero de 1948 (R. 384 y 412); Hostelería, O. de 30 de mayo de 1944 (R. 859) y O. de 28 de febrero de 1974 (D.A. 15689); Banca Privada, O. de 28 de abril de 1942 (R. 1751); Marina Mercante, O. de 20 de mayo de 1969 (D.A. 19412); Empresas Navieras, O. de 9 de agosto de 1969 (D.A. 19414); Consignatarios de Buques, O. de 24 de julio de 1970 (D.A. 19418); Prensa, O. de 22 de diciembre de 1944 (R. 1791) y O. de 23 de marzo de 1971 (D.A. 24493); Radio Nacional de España, O. de 14 de julio de 1971 (D.A. 25539). Para un estudio más o menos detallado de las Reglamentaciones vid. PÉREZ LLINAS, M.I., MOLERO, C., SALA, T., VALDÉS, F., «Cargos directivos», *loc. cit.*, págs. 18 y ss.

Para completar este cuadro quizá sea necesario hacer referencia a aquellas otras normas sobre reglamentación de condiciones de trabajo en las que lo que se verifica es, contrariamente a lo que se acaba de ver, la inclusión expresa en su ámbito de aplicación de los trabajadores que, temporal o parcialmente, asuman funciones directivas.

Esto responde a una temprana preocupación de la normativa reglamentaria por el mantenimiento de las garantías y derechos de carácter laboral, sin que a ello se oponga la posibilidad que tiene el empresario de adscribir libremente al trabajador a puestos de naturaleza directiva, aun de forma parcial o transitoria, lo que constituye un precedente claro de la regulación del sistema especial de promoción contenida en el art.9 del RDAD (65).

Otras menciones expresas a cargos directivos a efectos de su inclusión en la normativa correspondiente se llevan a cabo frecuentemente en los sistemas de clasificación profesional contenidos en ciertas normas sectoriales, sobre todo del sector bancario (66). Sin embargo, esto no significa que todos esos cargos y puestos mencionados merezcan la calificación de «altos cargos», ni que la mención o aparición del cargo en la norma sectorial implique la automática consideración como trabajador común, sino que seguirá siendo necesario el análisis en torno a la verdadera naturaleza de las funciones desempeñadas por el trabajador para la determinación, en cada caso, del carácter de su vinculación con la empresa.

(65) El art. 3º de la O. de 28 de julio de 1945, por la que se aprueba la Reglamentación Nacional de Trabajo en la Siderometalurgia establece en su segundo párrafo: «El empleado técnico o administrativo que cumpla funciones pertenecientes a cualquiera de las categorías profesionales que en esta Reglamentación Nacional quedan definidas y que, con carácter temporal o sólo parcialmente, asuma misiones propias de la Dirección, no quedará excluido de la protección que estas normas otorgan a los productores encuadrados en las Empresas siderometalúrgicas». En idénticos o parecidos términos se expresan los arts. 3º, párrafo segundo y 4º, párrafo segundo —este último habla de «cargos de alto nivel y... confianza» y prevé la incorporación a la categoría máxima del grupo profesional correspondiente cuando el trabajador cese en dicho cargo— de las OO. de 27 de julio de 1946 y 29 de julio de 1970 respectivamente, que aprueban las sucesivas Ordenanzas en este sector; vid. también el art. 2º de la Reglamentación Nacional del Trabajo en industrias de captación, elevación, conducción y distribución de agua (O. de 28 de agosto de 1946, R. 1380); art. 305 del Reglamento del Banco de España (O. de 23 de marzo de 1948, D.A. 3041) en el que también se regulan los procedimientos y efectos de la promoción y separación de trabajadores del Banco para la ocupación de determinados cargos; art. 1 del Reglamento de Régimen Interior incorporado al IV convenio colectivo sindical de la C.T.N.E. (Res. de 30 de junio de 1970).

(66) Así, en el Capítulo III, Sección Primera de la Reglamentación Nacional del Trabajo en Banca Privada, aprobada por Orden de 28 de abril de 1942 y ya citada, al regular la clasificación del personal incluye una definición de empleados, a la que incorpora la de ciertos cargos directivos.

V. LOS PRIMEROS PASOS EN LA «LABORALIZACIÓN» DE LOS ALTOS DIRECTIVOS: DE LAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL A LA LEY DE RELACIONES LABORALES

En contra de lo que podría haberse deducido de algunas posturas doctrinales ya aludidas, que veían en la normativa contenida en el art.7º de la LCT de 1944 una exclusión legal del personal de alta dirección del que predicaban no obstante, haciendo abstracción de la nota de dependencia, su encaje en el concepto de trabajador asalariado, no fue la normativa laboral la que primero incorporó de manera expresa a los altos directivos o altos cargos de las empresas. Fueron inicialmente ciertas normas sobre seguros y subsidios sociales y, posteriormente y de forma más clara por su carácter general, la normativa que instauró el sistema de seguros sociales unificados y de Seguridad Social, la que procedió a dicha incorporación.

Al cabo de más de una década, finalmente, la normativa laboral acogerá al personal de alta dirección de las empresas, bien es cierto que como una relación laboral especial y con un sistema de fuentes muy particular. Con ello culmina el largo y azaroso proceso al que venimos refiriéndonos.

Ya con anterioridad a la aparición del sistema español de Seguridad Social las normas sobre seguros sociales se refirieron a los directivos de forma directa o indirecta y en diversos sentidos. A las disposiciones que regularon inicialmente esos seguros ya se ha hecho referencia y respecto de las que constituyen el precedente inmediato de dicho sistema cabe decir que adoptaron el criterio tradicional de la debilidad económica y procedieron a excluir de su ámbito de protección y cobertura a determinados trabajadores por razón de la cuantía de sus ingresos anuales, con la lógica variación derivada de la necesaria actualización de las correspondientes cuantías como consecuencia del transcurso del tiempo (67).

(67) En relación con la sustitución del régimen del retiro obligatorio por el seguro de vejez, el Decreto de 16 de octubre de 1931 da paso a la Ley de 1 de septiembre de 1939 y la Orden de 2 de febrero de 1940 (cfr. *Leyes sociales de España, cit.*, págs. 277 y ss.); el Decreto de 18 de abril de 1947 y la Orden de 18 de junio siguiente, convirtieron el subsidio de vejez en seguro de vejez e invalidez (GONZÁLEZ POSADA, C., *op. cit.*, pág. 246; HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, M., *op. cit.*, págs. 541 y ss.). En cuanto a la protección por enfermedad, el art. 3 de la Ley de 14 de diciembre de 1942, reguladora del seguro obligatorio correspondiente, también incluye el criterio de la debilidad económica, concretado cuantitativamente en el Reglamento aprobado por Decreto de 11 de noviembre de 1943 (vid. de nuevo HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, M., *op. cit.*, pág. 584). El Decreto de 29 de diciembre de 1948, en cumplimiento de la previsión contenido en el Fuero del Trabajo, unifica los seguros de vejez, invalidez y enfermedad (GONZÁLEZ POSADA, C., *op. cit.*, págs. 25, 247-8, 251 y 446 y ss.). En fin, en relación con el seguro de paro, los límites de ingresos se elevaron en el Decreto de 25 de mayo de 1931 sobre previsión social contra el paro forzoso y en el Decreto de 30 de septiembre del mismo

Con carácter sin duda excepcional aparece una mención expresa a los altos cargos en la Resolución de la Dirección General de Previsión de 14 de mayo de 1954, en la que se los excluye de la protección del seguro obligatorio de enfermedad, aun cuando su remuneración no excediera de los límites de ingresos señalados, y que el Reglamento aprobado por Decreto de 11 de noviembre de 1943 cuantificaba en nueve mil pesetas anuales (68).

Sin embargo, existe un supuesto en el que sí se contempla al personal directivo, pero no para declararlo excluido de su ámbito de protección, sino al contrario, para incorporarlo expresamente al mismo. Se trata del régimen de Subsidio Familiar establecido por la Ley de 18 de julio de 1938 y el Reglamento de 20 de octubre del mismo año (69).

Al margen de este supuesto aislado, la normativa que primeramente incluyó con carácter general a los altos cargos en su ámbito de aplicación fue la dedicada al Mutualismo Laboral (70). En efecto, los Decretos de 17 de noviembre de 1950 y 10 de agosto de 1954 y el Reglamento de 10 de septiembre de 1954, así lo establecieron, aunque se incorporaba un límite de cotización. También a partir de este momento se produce la definitiva separación, a estos efectos, entre los altos directivos incluidos en el ámbito de las Mutualidades Laborales, y los consejeros, que quedan excluidos del mismo, a diferencia de lo que venía ocurriendo en el Régimen de Subsidios Familiares (71).

año por el que se aprueba el Reglamento de la Caja Nacional contra el paro forzoso. Posteriormente, el Régimen de subsidio de paro se articuló a través de un sistema general, establecido por el Decreto-ley de 3 de agosto de 1945 y la Orden de 28 de septiembre siguiente, modificados por Orden de 26 de noviembre del mismo año y Decreto-ley de 4 de junio de 1948, al lado del cual se articularon unos sistemas especiales a través de Montepíos y Mutualidades, dirigidas al «personal obrero de carácter permanente en las empresas afectadas por el paro obrero circunstancial...» (MARTÍN GRANIZO, L. / GONZÁLEZ ROTHVOSS, M., *op. cit.*, pág. 445; GONZÁLEZ POSADA, C., *op. cit.*, págs. 471 y ss.).

(68) GARCÍA PÉREZ, F., *op. cit.*, pág. 76.

(69) DEL PESO Y CALVO, C., *loc. cit.*, pág. 111; GARCÍA PÉREZ, F., *op. cit.*, págs. 73-74; GONZÁLEZ POSADA, C., *op. cit.*, págs. 277 y ss.; HERNAINZ MÁRQUEZ, M., *op. cit.*, págs. 554 y ss.

(70) También se preveía la asociación como beneficiarios voluntarios al sistema de previsión social constituido a través de las Cajas de previsión laboral de empresas, cuyo Estatuto tipo se aprobó por la Orden de 23 de mayo de 1949, de las personas que ejercían cargos de gerencia, dirección o alto gobierno a las que se refería el art. 7 LCT—arts. 4 y 20 de la citada Orden—(Dicc. Ar. nº 3952).

(71) GARCÍA PÉREZ, F., *op. cit.*, también menciona la ampliación del ámbito del Seguro de Accidentes de Trabajo operada en el Decreto de 5 de junio de 1953 y mantenida en el nuevo Reglamento de 22 de junio de 1956 (págs. 76-77) y hace referencia a una Resolución de la Dirección General de Previsión de 20 de septiembre de 1960, en la que se estima que en los casos de retribución en forma de participación en beneficios y no a través de la percepción de una cantidad con carácter periódico independiente de los resultados económicos de la empresa o sociedad, no procederá la incorporación del alto cargo al Mutualismo (págs. 139-

Es sobre todo con el sistema que se instaure a partir de la Ley de Bases de 1963, cuando se consolida definitivamente la inclusión de los altos directivos y la diferenciación de tratamientos entre altos cargos de las empresas y consejeros y miembros de los órganos de gobierno societarios, a efectos de su incorporación a la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social español (72). La exclusión del campo de aplicación del sistema de este último colectivo tiene una salvedad, la del coetáneo desempeño de funciones dentro del organigrama de puestos de trabajo de la empresa, circunstancia que dará lugar al nacimiento de la obligación del aseguramiento (73).

La aplicación de estas previsiones se resuelve a través de dos Resoluciones, de la Dirección General de Previsión de 16 de febrero de 1968 y de la Dirección General de Seguridad Social de 11 de junio de 1970, respectivamente. En ellas se establece la obligación del aseguramiento de los socios que trabajen a cambio de una remuneración al servicio de la sociedad y de los gerentes y altos cargos de las Sociedades Anónimas, con independencia de que consten expresamente sus remuneraciones (74).

140); IGLESIAS CABERO, M., *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto)*, 1ª ed., Madrid, Cívitas, 1991, pág. 18; MARTÍN VALVERDE, A., «El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Individual del Trabajo y en Derecho de la Seguridad Social», en *R.P.S.* nº 71, 1966, pág. 76.

(72) La Base Segunda, apartado cinco, a) de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, y luego el art. 61.2.a) del Texto Articulado de dicha Ley, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1966, así como el art. 1º.3.a) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, sobre campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social, proceden a la expresa inclusión de los altos directivos en el Régimen General de la Seguridad Social. Vid. MARTÍN VALVERDE, A., «El concepto de trabajador...», *loc. cit.*, con fundamento en el reconocimiento del derecho de los altos cargos a la Seguridad Social y en el principio de solidaridad (págs. 84-5); también escuetamente, ALMANSA PASTOR, J.M., «La exclusión de los altos cargos...», *loc. cit.*, pág. 30; BAYÓN CHACÓN, G., «El ámbito de aplicación personal...», *loc. cit.*, pág. 19; GARCÍA PÉREZ, F., *op. cit.*, también cita una OM de 27 de junio de 1963 (B.O. de 29-6) en cuyo art. 7º se proroga la obligación de cotizar el Régimen de Subsidios Familiares de aquellas personas excluidas de la LCT pero que estuvieran incluidas en aquél (pág. 74).

(73) BORRAJO DACRUZ, E., «Conservación de la relación de trabajo cuando el trabajador ocupa también un puesto de alta dirección en la Empresa», *REDT* 1, 1980, afirma que «... la Ley de Seguridad Social, de 21 de abril de 1966, dividió el grupo (de los altos cargos de la empresa) en dos categorías, incluyendo al personal directivo y excluyendo tan sólo al simple consejero...» (pág. 12); el mismo autor, en *Altos cargos laborales*, Madrid, Edersa, 1984, págs. 52 y ss.; SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao, Deusto, 1990, pág. 97; SÁNCHEZ FIERRO, J., «Seguridad Social y directivos de empresa», en *R.L. 1986, I*, págs. 212 y ss.

(74) PÉREZ LLINAS, M.I., MOLERO, C., SALA, T., VALDÉS, F., «Cargos directivos», *loc. cit.*, pág. 30.

Posterior y definitivamente el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1974, reitera dicha inclusión (75).

Quizá sea éste uno de los primeros síntomas de la diferenciación progresiva que se va a producir entre el ámbito del Derecho del Trabajo y el campo de aplicación de las normas de Seguridad Social, que se manifiesta en la mayor amplitud que va cobrando este último al que van quedando incorporadas nuevas categorías de ciudadanos, traspasándose los límites estrictos del trabajo por cuenta ajena (76).

Por otro lado, a partir de este momento resulta necesario llevar a cabo una precisa labor de deslinde entre las figuras de los altos directivos y de los consejeros de las sociedades, tarea que no va a resultar en modo alguno sencilla. Al mismo tiempo se anticipan los problemas actuales que plantea el ejercicio simultáneo de funciones de distinta naturaleza, como consejero y como directivo.

La jurisprudencia va a tratar de contribuir a resolver los problemas a que se ha hecho alusión, intentando precisar el alcance de las normas de Seguridad Social fundamentalmente en tres sentidos: en primer término, abundando en la mayor amplitud del ámbito subjetivo de dicho ordenamiento respecto del de la legislación laboral; en segundo lugar, afirmando la concurrencia de la nota de ajenidad en quienes ocupen cargos de alta dirección en las empresas, aun cuando aquéllos se desempeñen por quienes simultáneamente ostenten la condición de accionista o consejero, y sobre la base de la diferenciación -dentro de la relación de servicio- entre la personalidad jurídica de la sociedad y la de sus partícipes o miembros de los órganos de administración o dirección, y, finalmente, intentando una precisa delimitación de las funciones estrictas de un consejero o administrador (77) frente a las funciones o facultades de gestión, administración y dirección sobreañadidas o acumuladas y cuyo desenvolvimiento dará lugar a la afiliación al Régimen General de la Seguridad Social, se

(75) Art. 61.2º.a). En la actualidad es el art. 97.2.a) del nuevo Texto refundido de la LGSS, aprobado por RD Leg. 1/1994, de 20 de junio, el que contiene dicha referencia.

(76) ALONSO GARCÍA, M., *op. cit.*, págs. 90 y 91; también BORRAJO DACRUZ, E., «Los auxiliares del comerciante en Derecho Español», *loc. cit.* (nº 64), tras hacer un extenso balance histórico de la incorporación de los auxiliares dependientes del comerciante al Derecho del Trabajo, baticina, en parte en base a la extensión del ámbito de la Seguridad Social, una incorporación a dicho ordenamiento también de los auxiliares independientes (pág. 284).

(77) Diferenciación sobre la que recientemente se ha vuelto a cernir la crítica, por cuanto resulta extraña a la delimitación de dichas figuras en el Derecho Mercantil, donde no se conoce la nomenclatura de «mero consejero» que utiliza la normativa laboral a partir de este momento (cfr. PEDRAJAS MORENO, A., «Consejeros delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad», *A.L.* nº 23, 1993, pág. 433).

trate de un miembro del órgano -al que se pasa a denominar «consejero activo»- o de un trabajador por cuenta ajena, extraño a dicho órgano (78).

De forma paralela a lo que ocurrió en relación con la inclusión del personal de alta dirección en el campo de aplicación de la normativa de Seguridad Social, la incorporación de forma genérica de este tipo de personal al ámbito de la normativa laboral tampoco se produjo de forma automática, sino que fue un proceso lento y que se fue consumando paulatinamente.

Por esta razón, antes de que las normas de carácter básico y general del ordenamiento laboral procedieran a la integración de este colectivo profesional en su ámbito de aplicación, algunas normas lo habían contemplado ya en aspectos concretos y puntuales. Este es el caso de la normativa que establece el pago de la Cuota Sindical y la de Formación Profesional (79).

(78) S. TS. (Sala 4ª), de 15 de octubre de 1981 (R. 4476) en la que se contiene la siguiente argumentación: «...quienes actúan como administradores, directores o gerentes de una Sociedad Anónima, aunque tengan la condición de socios de la misma, e incluso ésta carácter familiar, realizan una actividad que no se contrae a la propia de meros consejeros y que ha de entenderse prestada por cuenta ajena, en cuanto se cumple en favor de una personalidad jurídica distinta...»; con anterioridad otras resoluciones del TS habían ido conformando la mencionada doctrina, entre otras, S. TS. (Sala 4ª), de 29 de septiembre de 1971 (R. 4004) sobre un Presidente del Consejo de Administración que realiza también las funciones de Gerente; S. TS. (Sala 4ª), de 16 de diciembre de 1971 (R. 5047); S. TS. (Sala 4ª), de 3 de mayo de 1972 (R. 2921); S. TS. (Sala 4ª), de 1 de julio de 1974 (R. 3211), estas tres últimas sobre la consideración de las cantidades realmente percibidas por los consejeros a efectos de contización, y no por la base mínima de la tarifa 1ª; S. TS. (Sala 4ª), de 14 de mayo de 1974 (R. 2498); S. TS. (Sala 4ª), de 7 de marzo de 1975 (R. 1677); S. TS. (Sala 4ª), de 3 de mayo de 1975; S. TS. (Sala 4ª), de 3 de julio de 1975 (R. 3810) en un significativo supuesto en el que el Consejo de Administración de la sociedad anónima estaba constituido por los cuatro socios, que ostentaban respectivamente los cargos de Presidente, Vicepresidente, Secretario y Vicesecretario del mismo, y además la condición de Directores Gerentes; S. TS. (Sala 4ª), de 27 de febrero de 1976 (R. 1483) en la que distingue entre el concepto de directivo de empresa, en el que quedarán comprendidos el Consejo de Administración mismo, los Consejeros, los Delegados y los Directores Generales, y el de factor con funciones directivas en un establecimiento o sucursal, que no es alto cargo; S. TS. (Sala 4ª), de 25 de mayo de 1976 (R. 3021); S. TS. (Sala 4ª), de 4 de junio de 1976 (R. 3097); S. TS. (Sala 4ª), de 30 de junio de 1976 (R. 4427); S. TS. (Sala 4ª), de 30 de septiembre de 1976 (R. 4906); S. TS. (Sala 4ª), de 5 de octubre de 1976 (R. 4979); S. TS. (Sala 4ª), de 19 de octubre de 1976 (R. 5368); S. TS. (Sala 4ª), de 13 de noviembre de 1976 (R. 5883); S. TS. (Sala 4ª), de 20 de noviembre de 1976 (R. 5937); S. TS. (Sala 4ª), de 1 de febrero de 1977 (R. 2493); S. TS. (Sala 4ª), de 18 de enero de 1978 (R. 160), excluyendo la cualidad de altos cargos en los socios, administradores únicos de la S.L.; S. TS. (Sala 4ª), de 19 de enero de 1980 (R. 1978); S. TS. (Sala 4ª), de 26 de marzo de 1981 (R. 1362); S. TS. (Sala 4ª), de 4 de junio de 1980 (R. 3141); también las sentencias posteriores de 31 de diciembre de 1981 (R. 5115) y de 21 de enero de 1982 (R. 199).

(79) En el art. 1º del Decreto de 28 de noviembre de 1941 se establecía la obligatorie-

La culminación de este proceso se produce con la Ley de Relaciones Laborales, de 1976. Esta disposición adopta, en este punto, el criterio introducido por la normativa de Seguridad Social a la que se acaba de hacer referencia. Por otro lado, también colma las expectativas de quienes, a raíz de la LCT 1944, opinaron que la exclusión operada en el art. 7º de esta norma era una exclusión constitutiva puesto que el personal de alta dirección reunía las características necesarias para ser incluido en la normativa laboral, lo que, en atención a dicha corriente doctrinal, parecía el destino natural de este colectivo.

También pudo obedecer en su momento a la operatividad de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, que se convirtió en «rasgo de identificación» de este ordenamiento. Esta tendencia expansiva del ordenamiento laboral, en virtud de la cual se fueron incorporando -legal o jurisprudencialmente- al ámbito de aplicación del mismo nuevas relaciones jurídicas que se encontraban fuera de él se cierra desde el punto de vista legislativo con la incorporación en el art. 3.1.k) de la LRL de 1976 de trece tipos de relaciones laborales especiales. Entre ellas, quedaba comprendida la actividad de los altos cargos que, por primera vez, pasa a encuadrarse en el Derecho del Trabajo, si bien es cierto que dicha incorporación, como ya se ha adelantado, se efectúa bajo la calificación de la relación de servicios del personal de alta dirección o alta gestión en la empresa como relación laboral especial (80).

Lo anterior se completa con la delimitación que el propio art. 3.1.k) LRL lleva a cabo entre personal de «alta dirección o alta gestión de la empresa» y quienes se limitan «pura y simplemente al desempeño del cargo de consejero en las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad», estos últimos excluidos del ámbito del Derecho del Trabajo en el art. 2.c) como ya lo habían

dad en el pago de la primera de dichas cuotas para todas las empresas y productos que prestasen servicios por cuenta ajena, nacionales o extranjeros, mayores de 14 años, que desarrollasen dentro del territorio nacional actividades económicas de cualquier orden. Y, a su vez, en el Decreto de 9 de abril de 1949 se contenía el concepto de *productor* a los efectos anteriores, incluyéndose en el mismo a cualquier persona que de modo fijo percibiese de la empresa un sueldo, emolumento o gratificación, cualquiera que fuese su clase y cuantía, por la prestación de «servicios personales de naturaleza técnica, de gestión, dirección, asesoramiento o de simple consejo» (cfr. GARCÍA PÉREZ, F., *op. cit.*, págs. 74-5). En cuanto a la normativa sobre pago de la cuota de formación profesional, ésta fue establecida por Decreto de 8 de enero de 1958 y desarrollada en la Orden de 30 de enero siguiente.

(80) BAYÓN CHACÓN, G. / PÉREZ BOTIJA, E., *op. cit.*, págs. 183 y 184; DE LA VILLA GIL, L.E. / PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *op. cit.*, pág. 768; MARTÍN VALVERDE, A., «El discreto retorno...», *loc. cit.*, págs. 209-236. Este último autor afirma: «El ciclo de la laboralización del trabajo por cuenta ajena ha llegado, por último, en el Decreto 1382/1985, al propio trabajo de alta dirección, con lo que la contratación laboral ha avanzado posiciones no sólo en la frontera del arrendamiento de servicios sino también en la misma frontera del mandato, que ha resultado ser a fin de cuentas bastante más difícil de penetrar» (pág. 222).

sido anteriormente, salvo excepciones, de la normativa de Seguridad Social. Obsérvese que en la redacción de la LRL se suprime la referencia a las funciones de «alto gobierno o alto consejo» que se hacía en su predecesor, el art. 7º de la LCT de 1944, en consonancia con la recién introducida exclusión de los consejeros.

VI. LA RELACIÓN DE TRABAJO ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN Y SU REGULACIÓN REGLAMENTARIA

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, fue sustancialmente continuadora en este punto de la LRL. Con todo, se introdujeron algunas precisiones de carácter técnico en la delimitación de los cargos excluidos y se simplificó en cambio la referencia al personal directivo incluido como relación laboral especial.

Así, en el art. 1.3.c) ET se hace referencia a los «consejeros o miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad». Pero lo más importante es que el ET se hace eco de una matización que ya se había recogido en la normativa de Seguridad Social desde la Ley de 1966, consistente en que la exclusión afecta a aquéllos que sólo realicen las funciones inherentes a dicho cargo, admitiendo la dualidad de condiciones si realizan, de forma acumulada, otras actividades o prestan otro tipo de servicios por cuenta de la sociedad. Se plantea asimismo, a efectos jurídico-laborales estrictos, un problema de delimitación de supuestos de mayor complejidad.

Finalmente, en la enumeración de relaciones laborales de carácter especial que lleva a cabo el art. 2.1 ET, en el apartado a), se menciona al «personal de alta dirección no incluido en el art. 1.3.c)».

La LRL procedió, como se ha dicho, a la laboralización formal del personal de alta dirección pero no entró a regular las peculiaridades del régimen jurídico de su relación contractual. Para ello la disposición adicional cuarta de la LRL ordenó al Gobierno la aprobación de la regulación específica de las relaciones laborales especiales, concediéndole un plazo de dos años. Pero el plazo fue incumplido, lo que significó para los altos directivos que, en virtud del mandato contenido en la disposición transitoria primera de la LRL, continuase siendo de aplicación la disciplina contenida en las normas civiles o mercantiles, en su caso, y las previsiones estipuladas en el contrato individual de prestación de servicios correspondiente. Paralelamente, la competencia para conocer de los litigios ocasionados con motivo de dicha prestación de servicios quedaba atribuida a la jurisdicción civil.

Hubo de ser el Estatuto de los Trabajadores (1980) el que renovara tanto la declaración de la laboralidad, aún especial, de esta relación, como el encargo normativo al Gobierno efectuado en la disposición adicional segunda, otorgándole un plazo de dieciocho meses. Nuevamente el plazo fue traspasado, pero a diferencia de la LRL, el ET no contenía previsión expresa sobre la normativa que debía aplicarse mientras no se aprobasen los correspondientes estatutos

específicos de los trabajadores especiales (81). Sin embargo, siguió aplicándose la normativa civil sobre el arrendamiento de servicios y declarándose la competencia de esta misma jurisdicción (82).

Finalmente, la Ley 32/1984 de reforma parcial del Estatuto de los Trabajadores renovó el mandato, cuyo cumplimiento culminó con la aprobación del RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se dota a la relación laboral especial del personal de alta dirección, o altos cargos, como prefiere decir la propia norma, de su regulación específica.

Esta llamada al reglamento ha planteado algunos problemas, en algunos casos incluso referentes a su constitucionalidad. En concreto se va a hacer referencia a los que giran en torno a su naturaleza, al mecanismo utilizado en la Ley para encomendar al Gobierno la regulación de las relaciones laborales especiales y, en fin, a la propia creación de una normativa diferencial frente a la existente para la relación laboral común.

Ha sido intensa la polémica doctrinal acerca de la naturaleza del mecanismo de regulación incorporado por el Estatuto de los Trabajadores y, consecuentemente, sobre sus efectos y su misma constitucionalidad (83). En síntesis, han sido tres las posturas doctrinales sustentadas en torno a la técnica de delegación legislativa introducida por el ET para la regulación de las relaciones laborales especiales.

Conforme a la primera de ellas, el ET procede a una *deslegalización* de la materia, si bien los argumentos sobre los que se apoya esta afirmación son de dos tipos. Para la mayoría de los autores la deslegalización proviene directamente del entendimiento del art.35.2 CE como una reserva legal que afecta a la regulación de la situación jurídica del trabajador por cuenta ajena, entendida en sentido amplio y, por tanto, comprensiva tanto de la regulación de la relación

(81) CAMPS RUIZ, L.M., *El Estatuto de los Trabajadores y la normativa anterior sobre las relaciones laborales individuales*, Madrid, IES (Ministerio de Trabajo), 1980. Para este autor, esto significaba, en relación con el personal de alta dirección, que transitoriamente quedaba en vigor la exclusión del art. 7 LCT respecto de los altos cargos no incluidos en el art.1.3º.c) del propio ET, esto es, para quienes realizasen funciones de alta dirección, gobierno o gestión, no quienes la ejecutasen de alto consejo que quedarían incorporados a la exclusión del art. 1.3º.c) citado (págs. 30 y ss). El autor ya había mantenido esta tesis en relación con la incorporación como relación laboral especial del trabajo de los altos directivos operada en la LRL, *Vigencias y concordancias en la legislación laboral española*, Madrid, IES (Ministerio de Trabajo), 1980, pág. 51.

(82) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El desarrollo reglamentario del Estatuto de los Trabajadores (1980-1982)», en *R.P.S.* nº 137, 1983, pág. 16; Cfr. jurisprudencia citada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., «Relaciones especiales de trabajo y Estatuto de los Trabajadores», en *R.P.S.* nº 139, 1983, pág. 238, cita nº 19.

(83) Sobre este punto cfr. abundantemente LOPERA CASTILLEJO, M.ª J., *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, Madrid, 1990, págs. 73 y ss.; y HUERTAS BARTOLOMÉ, T., *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, Madrid, 1991, págs. 72 y ss.

laboral común como de las especiales (84). De acuerdo con esta tesis, la regulación reglamentaria resultaría inconstitucional al vulnerar dicha reserva de ley.

Una segunda interpretación sobre la forma de llevarse a cabo dicha deslegalización es la que se mantiene por parte de quienes entienden que la materia relativa a la relación individual de trabajo ha sido tradicionalmente una materia reservada formalmente a la ley, sin entrar en si la Constitución procede expresamente a formular una reserva legal y si ésta afecta a los aspectos básicos de la relación común o también a sus especialidades, a pesar de lo cual el ET habría procedido a abrir un espacio al reglamento, posibilitando la innovación de la regulación sobre dicha materia en virtud de la aprobación de la normativa reguladora de las relaciones laborales especiales (85).

La segunda postura es la que ve en la técnica de regulación empleada una *remisión normativa* efectuada por la Ley en forma de encargo al reglamento para proceder a la regulación de las especialidades de las relaciones laborales a que se refiere el art.2 ET, pero sin sustituir la normativa básica contenida en aquélla (86). Sin embargo, esta opinión quizás es la más problemática, aunque sólo sea por las impresiones que se pueden obtener de la mera observación del fenómeno, y sobre todo en el caso de la relación especial del personal de alta dirección, por cuanto que la distribución de roles entre la ley —el propio ET— y el reglamento —el RDAD— no responde precisamente a la fijación en aquélla de los derechos y deberes básicos y la especificación, desarrollo y ejecución en éste de los rasgos característicos peculiares de dicha relación, como más adelante se verá.

Finalmente, se ha entendido que se trata de una especie de *delegación recepticia atípica* que produce como resultado un producto normativo —«*conformación normativa atípica*» (87)— que se encuentra a caballo entre la norma

(84) Por todos, vid. BORRAJO DACRUZ, E., «La nueva regulación de la relación especial del personal de alta dirección», en *D.L.*, número monográfico, 1985, pág. 17; DE LA VILLA GIL, L.E., «La relación laboral de carácter especial del Servicio de Hogar familiar», en *D.L.*, número monográfico, 1985, pág. 199. Recientemente se ha referido a dicha polémica sobre la existencia o no de reserva de ley en el art. 35.2º CE, GARCÍA MURCIA, J., «Reserva de ley y potestad reglamentaria en materia social: un apunte de Jurisprudencia», en *R.L.* nº 9, 1993, págs. 29 y ss.

(85) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El desarrollo reglamentario del Estatuto de los Trabajadores (1980-1982)», *loc. cit.*, pág. 11; VALDÉS DAL-RÉ, F., «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990, pág. 383.

(86) DE LA VILLA GIL, L.E., «La relación laboral especial del Servicio de Hogar familiar», *loc. cit.*, pág. 199.

(87) ALONSO OLEA, M. / CASAS BAAMONDE, M.ª E., *Derecho del Trabajo*, 12ª ed. revisada, Madrid, 1991, utilizan la calificación de «conformaciones normativas atípicas» (págs. 709-710); de deslegalización atípica o especial habla VALDÉS DAL-RÉ, F., «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», *loc. cit.*, semejante a una delegación recepticia, pero sin que el resultado sea una norma con

con rango de ley y el reglamento y que en el caso concreto de las normas reguladoras de las relaciones laborales especiales se han considerado, si no abiertamente inconstitucionales, sí constitucionalmente anómalas, dado que se asemejan a la delegación legislativa y cumplen las exigencias establecidas en el texto fundamental en cuanto a que la delegación lo sea para la regulación de una materia concreta y por un determinado plazo transcurrido el cual aquélla decae —art.82.3^º CE—, pero no cumplen en cambio las que se refieren a la necesidad de respetar unas líneas de regulación básicas fijadas en la norma delegante —art.82.4^º— (88). Además, aun cuando se llegase a la conclusión de que el 35.2^º CE no encierra una reserva legal para la regulación de todos y cada uno de los aspectos relativos al régimen jurídico de la relación laboral común y especial, sí existen otros preceptos constitucionales en materia de derechos laborales que exigen un desarrollo por ley, sea ésta orgánica u ordinaria y que, inevitablemente, van a afectar también a las relaciones laborales especiales.

Sin embargo, a pesar de esta última objeción formulada, la contraposición de opiniones doctrinales se ha centrado en torno a si la regulación de las relaciones laborales, tanto comunes como especiales, constituye o no una materia sujeta a reserva de ley en virtud de que se entienda o no como tal el mandato contenido en el art. 35.2^º de la Constitución que encomendaba al legislador la aprobación de un Estatuto de los Trabajadores.

Según las distintas soluciones adoptadas frente a este interrogante, se ha negado o reconocido la constitucionalidad del resultado del ejercicio por el Gobierno de la autorización contenida en la disposición adicional 2^a ET (1980) (89), y ello, cualquiera que sea la solución que se adopte frente al interrogante acerca de la naturaleza de la modalidad de delegación legislativa bajo la que se encuadre —delegación recepticia, deslegalización o remisión normativa— (90).

rango legal, y tampoco surta el efecto típico de la deslegalización de rebajar el rango de una ley anterior (págs. 381 y ss.).

(88) ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, 2^a ed., Madrid, Cívitas, 1990, entiende que las normas autorizadas por la d. ad. 2^a ET «...no reposan sobre el ET..., y por tanto no especifican el ET y por ello mismo piden una regulación por Ley...» (pág. 97).

(89) Renovada en la disp. adic. 1^a de la Ley 32/1984 de modificación parcial del ET.

(90) A favor de la existencia de una reserva legal y, por tanto, de la existencia de un vicio de inconstitucionalidad en las normas aprobadas por el Gobierno, vid. por todos, BORRAJO DACRUZ, E., «El personal de alta dirección en la empresa», *loc. cit.*, págs. 160 y ss.; por contra, a favor de la constitucionalidad de la citada disposición, vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», *loc. cit.*, donde el autor reúne y analiza las distintas tesis sostenidas por la doctrina en torno a la naturaleza de la delegación legislativa operada por la d.ad.2^a ET (págs. 366 y ss.); y en general, sobre la constitucionalidad del tratamiento reglamentario diferencial si está previsto en la norma legal habilitante, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional», en *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis*

De todas las autorizadas opiniones mantenidas por la doctrina, parece que la más reciente es la que resulta también más acorde con la propia postura adoptada por los tribunales, que han entendido que el art.2.1.b) ET y su disposición adicional 2^a no vulneran los principios enunciados en el propio texto constitucional ni presentan tachas de ilegalidad, y han calificado el mecanismo utilizado como una deslegalización del régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales especiales (91).

Otro problema que finalmente cabría apuntar en este momento es el de la determinación de la vía requerida para proceder, en su caso, a la modificación del régimen jurídico de las relaciones laborales especiales. La pregunta que puede formularse es la de si una hipotética reforma del RDAD requeriría una ley, bien para efectuar de manera inmediata la innovación o bien bajo la modalidad de ley delegante que habilitase al Gobierno para proceder a dicha modificación normativa, o por el contrario cabría la intervención directa de aquél sin necesidad de previa autorización del legislador.

Parece que la solución que ha contado con mayores apoyos es la de que una vez decaído el plazo otorgado por la ley al Gobierno para la regulación de esta materia habría que entender precluida la posibilidad de intervención normativa por parte de aquél para introducir modificaciones en la regulación de las relaciones laborales especiales, para lo que, en todo caso, sería necesaria una ley sustantiva delegante que habilitase un nuevo plazo, ya que no se puede entender indefinidamente abierta la deslegalización (92). Posteriormente esta opinión se vió reforzada a raíz de la reforma del ET operada por la Ley 11/1994, que procedió de forma simultánea a la derogación de uno de los preceptos del RDAD y a la incorporación de ciertas remisiones al ET para la regula-

de diez años de jurisprudencia constitucional), Madrid, Marcial Pons, 1992, págs. 187 y ss.

(91) VALDÉS DAL-RÉ, F., «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», *loc. cit.*, que entiende que «la extensión horizontal de las reservas de ley en materia laboral afecta a una amplia zona de contenidos sistemáticos del Derecho del Trabajo, pero no comprende la totalidad de éstos... (por lo que) el Gobierno puede ejercer la potestad reglamentaria autónoma, siempre que no se hubiere producido una congelación del rango, y, de otro, el legislador puede recurrir a la técnica de la deslegalización, caso de haber entrado a regular materias constitucionalmente no reservadas a la ley» (págs. 371 y 382-3); IGLESIAS CABERO, M., *op. cit.*, pág. 26; y SALA FRANCO, T., *op. cit.*, pág. 23. En la doctrina del TC, la S. 26/1984, de 24 de febrero (f.jco.5^º); aunque con anterioridad se había calificado como delegación legislativa por la S. TC. 49/1983, de 1 de junio; en la jurisprudencia ordinaria, el TS (Sala 5^a) en SS. de 19 y 22 de octubre de 1987 ha confirmado la legalidad de algunos preceptos del RDAD.

(92) ALONSO OLEA, M. /CASAS BAAMONDE, M.^a E., *op. cit.*, pág. 170; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El desarrollo reglamentario del Estatuto de los Trabajadores...», *loc. cit.*, pág. 13; RODRÍGUEZ-PINERO, M., «Poder reglamentario y relaciones laborales», en *R.L. 1985 II*, pág. 51.

ción de las garantías del salario aplicables al personal de alta dirección, incluida la protección dispensada por el FOGASA (93).

Esta solución, sin embargo, no parece cerrar definitivamente la puerta a otras interpretaciones lo que se evidencia en la matización introducida por el propio TS en la sentencia de 25 de junio de 1985 (R.3452), con ocasión del enjuiciamiento de la legalidad de la modificación operada por el RD 1195/1982, de 14 de mayo en el art.5 del RD 2033/1981, sobre la indemnización por extinción de la relación especial de los representantes de comercio. En la resolución a que se está haciendo referencia el TS adaptó a las necesidades del caso la postura anteriormente mantenida por el TCT (94) que había entendido que, finalizado el plazo concedido al Gobierno, éste carecía de facultades para la regulación de las relaciones laborales de carácter especial. El TS no niega la existencia de una reserva de ley en el art.35.2º CE, ni acepta la perpetuación de la deslegalización para la regulación de las relaciones laborales especiales, pero entiende que el papel que el reglamento debe jugar en un sector del ordenamiento jurídico dotado de una diversidad y dinamismo como los que caracterizan al ordenamiento laboral es de mayor complejidad y riqueza, configurando al mismo como un importante e indispensable instrumento de colaboración normativa -cierto es que de carácter subordinado a la ley-, por lo que también resulta de mayor dificultad la determinación de la línea divisoria entre la materia reservada a la ley y la esfera propia de actuación del reglamento. Con estos razonamientos el TS, aunque parece otorgar de hecho una amplia posibilidad de intervención al reglamento en materia laboral, no mantiene una posición suficientemente clara y precisa en torno a la posible modificación por vía reglamentaria de los Decretos reguladores de las relaciones especiales una vez decaído el plazo de delegación, sin proceder a la renovación de la misma (95).

(93) La disposición derogatoria única de la ley 11/1994, en su último párrafo, procede a la derogación del art. 15.1 RDAD, mientras que la disposición adicional segunda declara aplicables a los altos directivos los arts. 27.2, 29, 32 y 33 ET. Procedimiento excesivamente complejo para la finalidad que persigue que es la de otorgar a los altos directivos la protección dispensada por el FOGASA. Cfr. BORRAJO DACRUZ, E., *A.L.* nº 4, 1994, r. 146, para quien la modificación de estas cuestiones reguladas en el RDAD por una ley formal es una prueba más de que la regulación de las relaciones laborales especiales constituye una «delegación legislativa», de modo que los Reales Decretos sólo pueden ser modificados una vez publicados formalmente en virtud de una norma con rango legal (pág. 270). En general sobre la azarosa cuestión de la inclusión de los altos directivos en el FOGASA cfr. MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Madrid, CES, 1994, págs. 315 y ss.

(94) SS. de 10 y 13 de julio de 1983 (R. 6234 y 6370).

(95) RODRÍGUEZ-PINERO, M., «Poder reglamentario y relaciones laborales», *loc. cit.*, comenta que en el caso concreto se entendió que no había concurrido una invasión de zonas reservadas a la ley, sino una legítima intervención reglamentaria de naturaleza interpretativa (págs. 5 y ss.); GARCÍA MURCIA, J., «Reserva de ley y potestad reglamentaria...», *loc. cit.*, para quien «el TS, pese a defender formal-

En otro orden de cosas, por lo que se refiere a la diversificación del régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales de carácter especial, la pregunta que inmediatamente ha surgido ha sido la de su adecuación al principio constitucional de igualdad. A su vez, este problema presentaba diversos aspectos e implicaciones, a saber, el distinto tratamiento de los altos cargos antes y después de la promulgación del ET; en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, la duplicidad de órdenes jurisdiccionales competentes para conocer de la materia en función de la inclusión o no en el ámbito laboral y de la existencia o no de la normativa reglamentaria de desarrollo del régimen específico previsto en el propio ET, y, finalmente, la disparidad misma de situaciones entre las relaciones laborales especiales que ya hubiesen sido dotadas de un régimen específico y aquéllas respecto de las cuales el Gobierno se hubiese demorado o hubiera incumplido el plazo para hacerlo, por lo que seguían estando reguladas por la normativa prestatutaria y atribuidas, en su caso, a la competencia de la jurisdicción civil, como se acaba de ver. En relación con este último problema, también se cuestionó la efectividad del derecho a la tutela judicial reconocido como derecho fundamental en el art.24 CE, en cuanto a la aludida competencia que residualmente ejercía el orden jurisdiccional civil respecto de ciertas relaciones laborales especiales, lo que pretendidamente privaba a quienes tenían que acudir ante este orden jurisdiccional de las garantías que proporciona el orden social, dado que el procedimiento laboral se inspira en principios que dotan de una más intensa tutela a la parte más necesitada de aquélla y que, también en la relación procesal, se considera que es el trabajador asalariado.

Sobre todas estas cuestiones y la francamente anómala situación de las relaciones especiales a las que se ha hecho referencia en último lugar tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional, para negar su pretendido carácter discriminatorio y contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, sobre la base de la diferencia real y objetiva que se produce en las relaciones laborales especiales frente a la ordinaria e incluso de aquéllas entre sí (96).

mente que el art. 32.2 CE impone reserva de ley en materia laboral, va a conceder tan amplio espacio de juego a la norma reglamentaria que de hecho le va a permitir asumir tareas teóricamente reservadas a la ley...», aunque para resolver el problema de la modificabilidad de los reglamentos ya aprobados, una vez transcurrido el plazo de delegación, el TS no ofrece «claves seguras» (págs. 32-33).

(96) En la sentencia 49/1983, de 1 de junio, el TC razona nuevamente en torno a la significación del principio de igualdad de la siguiente manera: «...lo que esa norma (el art. 14) impide es un tratamiento diferenciado en situaciones iguales, siendo precisamente la igualdad lo que está ausente en el caso presente, ya que la consideración de una relación de trabajo como especial implica, por propia definición, la diferencia no sólo frente a la relación ordinaria sino también frente a las restantes relaciones especiales...» (f.jco.5). Y en relación con la falta de desarrollo reglamentario por el Gobierno: «...que en méritos de la interpretación que los tribunales ordinarios han dado a la misma...»

El TC insiste en que, dadas las diferencias existentes entre las distintas relaciones laborales, comunes y especiales, y la consecuente necesidad de otorgarles un tratamiento normativo separado o diverso, ante el incumplimiento del plazo otorgado al Gobierno sólo puede producirse el decaimiento de la delegación, pero nunca la automática reconducción de la relación especial a la ordinaria, ni la aplicación analógica de normas o criterios dictados para otras relaciones, aun especiales (97).

Así pues, puede afirmarse sin duda que la significación de las relaciones laborales especiales se encuentra en la necesidad de dotar a las mismas de una regulación específica, en atención a las peculiaridades que aquéllas presentan en base a la concurrencia de elementos externos o secundarios a la propia relación jurídica de servicios, bien por las singulares condiciones que reúnen los sujetos, por las especiales circunstancias que concurren en cuanto al lugar en que se desenvuelve la prestación de servicios, generalmente fuera del ámbito empresarial —como es el caso del trabajo a domicilio, inicialmente calificado como relación especial—, o por la particular naturaleza de las funciones encomendadas al trabajador. A veces, incluso, las variaciones pueden afectar a alguno de los presupuestos sustantivos de la propia relación laboral, sobre todo por el debilitamiento —incluso la ausencia misma— de alguna de las notas que tradicionalmente se han considerado inherentes o consustanciales a la noción de trabajador asalariado y que también se entiende que deben concurrir en la de trabajador especial, tal y como ya se exigía expresamente en el art.3 de la LRL. Fundamentalmente ocurre a través de la flexibilización o graduación de la nota de dependencia o subordinación (98).

del Gobierno por falta de reglamentación específica, resulte excluida del ámbito del Derecho Laboral, no origina discriminación alguna frente a otros sujetos o colectivos incluidos en tal ámbito, ya que se trata de un supuesto objetivamente diferenciado comparable sólo con las situaciones en él incluidas y no con las que le son ajenas» (f. jco. 5).

(97) F. jco. 6 de la sentencia citada en nota anterior. Posteriormente, el TC vuelve a pronunciarse sobre estas cuestiones en las sentencias 79/1983, de 5 de octubre (f.jco.2º); 1/1984, de 16 de enero, 26/1984, de 24 de febrero (f.jco.3º) y 56/1988, de 24 de marzo (f.jco.2º), en esta última no específicamente sobre las relaciones laborales especiales, sino sobre la existencia de diversos Estatutos de personal aplicables a los trabajadores del sector sanitario. Concretamente sobre el carácter no discriminatorio del Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de 26 de abril de 1973. Cfr. DURÁN LÓPEZ, F., *Jurisprudencia Constitucional y Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, págs. 113 y ss.; GARCÍA MURCIA, J., *loc. cit.*, pág. 35; GONZÁLEZ DE LENA, F., «Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores», en R.L. nº 2, 1986, págs. 11 y ss.

(98) ALONSO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 332; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., «En torno a la significación de las relaciones laborales de carácter especial», en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, págs. 117 y ss., donde el

Sin embargo, también hay que decir que la distinción de estatutos jurídicos que se lleva a cabo con la declaración de la existencia de determinadas relaciones laborales de carácter especial a las que se dota de una normativa diferenciada no sólo no se ha considerado novedosa, sino que se ha asentado como uno de los rasgos tradicionales del propio Derecho del Trabajo, ordenamiento caracterizado desde siempre por su diversificación sectorial y profesional. Más aún, la creación de categorías distintas de la del trabajador común se ha considerado la forma más acertada de dotar a estos colectivos peculiares de la protección dispensada por el ordenamiento laboral, ante la imposibilidad de regulación de su actividad mediante normas destinadas a un tipo social de trabajador industrial que desarrolla su actividad dentro del círculo organizativo empresarial y en unas condiciones típicas que no concurren en las relaciones laborales especiales, como antes se indicó (99).

No han faltado, sin embargo, las opiniones críticas en torno al significado y consecuencias de este fenómeno de creación de estatutos jurídicos diferenciados, y no ha sido pacífica esta apreciación sobre la conveniencia de introducir un factor de diversificación normativa dentro del Derecho del Trabajo. Este fenómeno ha sido fruto del afán por incluir cada vez a más colectivos en el ámbito de este ordenamiento, lo que ha contribuido a difuminar en exceso sus límites, a confundir sobre el criterio unitario de inclusión de dichas categorías y a desdibujar la relación común introduciendo injustificadas discriminaciones (100).

autor hace referencia al art. 3.1º de la LRL que exige que las relaciones especiales reúnan las características del art. 1.1º, esto es, que se trate de actividades laborales retribuidas por cuenta y dependencia ajenas... (pág. 118); FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., «Relaciones especiales de trabajo y Estatuto de los Trabajadores», *loc. cit.*, crítica la falta de rigor en los criterios de diferenciación entre contrato común, relaciones laborales especiales y modalidades especiales de la prestación o relaciones comunes con peculiaridades (págs. 240 y ss.); HUERTAS BARTOLOMÉ, T., *op. cit.*, págs. 28 y ss.; OJEDA AVILÉS, A., «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria», en R.L. nº 6-7, 1990, págs. 69 y 70; PÉREZ AMORÓS, F., «El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo español», *loc. cit.*, pág. 105; DE FERRARI, F., *Derecho del Trabajo. Vol. II. De las relaciones individuales del Trabajo. Formación, suspensión y extinción de los contratos*, 2.ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1977, pág. 4.

(99) SUÁREZ GONZÁLEZ, F., *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, Madrid, 1980, pág. 113.

(100) Recientemente, RUIZ CASTILLO, M.ª M., «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo «parasubordinado», R.L. nº 15/16, 1991, pág. 37. Es posible que se haya iniciado el camino de retorno, sobre todo a raíz de la aprobación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del Contrato de Agencia, que refuerza la importancia de la nota de independencia del agente y parece que contribuye así a diferenciarlo del trabajador asalariado —dependiente, por tanto—, y también con la reciente Ley 11/1994, ya citada, en cuya disposición final séptima se procede a añadir una exclusión más al art. 1.3. ET, y que afecta a ciertas actividades de transporte. Sobre la incidencia de la primera

VII. FUENTES DE REGULACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO DE ALTA DIRECCIÓN: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y NORMAS DE DERECHO NECESARIO

De entre los criterios de regulación de la relación especial que introduce el RDAD es especialmente significativo, en primer lugar, el de la preferencia aplicativa, con carácter supletorio, de las normas y principios contenidos en la legislación civil y mercantil, lo que acarrea en última instancia la postergación de la legislación laboral común. Esta última cuestión plantea a su vez dos problemas, el de la virtualidad de la aplicación a la relación especial del personal de alta dirección de las normas laborales de derecho necesario, y más específicamente, el del reconocimiento de la posibilidad de renuncia de derechos por parte del alto directivo. Este último, en fin, conecta con el otro de los grandes pilares en que se apoya dicho sistema de fuentes, el protagonismo de la autonomía de la voluntad expresada en el contrato como fuente de derechos y obligaciones para las partes.

Quizá para comenzar no esté de más recordar que la limitación del libre juego de la autonomía de la voluntad, principio que se erigía en piedra de toque de los sistemas liberales de Derecho Privado contractual, está en la base misma del surgimiento del ordenamiento laboral, inicialmente a través de la intervención del Estado en la regulación de ciertos aspectos de las relaciones laborales y, en un momento posterior, mediante el reconocimiento de la autonomía colectiva y el poder normativo de los grupos sociales.

Aunque probablemente sea una simplificación contraponer sin ulteriores matizaciones el principio de la autonomía de la voluntad al intervencionismo y la heteronomía, por un lado, y a la autonomía colectiva, por otro, debe tenerse en cuenta que dicha contraposición viene a ser lo mismo que enfrentar el valor libertad -de signo individual- a los valores igualdad y justicia -de evidente significado colectivo o social-, cuya efectividad exige, en todo caso, la intervención garantista del Estado. Resulta por tanto útil plantearlo de esta forma un

cfr. PEDRAJAS MORENO, A., «Consejeros-delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad», *loc. cit.*, en especial sobre la importancia de la independencia del agente y también sobre las características de la protección otorgada al mismo que hacen que el autor, a pesar de lo que se acaba de decir, califique a dicha Ley como «*paralaboral*», vid. págs. 441 y ss.; sobre delimitación entre contrato de trabajo y de transporte vid. MARTÍN VALVERDE, A., «Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamientos de obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte», *Cuadernos de Derecho Judicial. Aspectos de la contratación laboral*, Madrid, CGPJ, 1992; LUJÁN ALCARAZ, J., *Repartidores y mensajeros: ¿contrato laboral o de transporte?*, Madrid, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, 1990 y PEDRAJAS MORENO, A. / VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo y contrato de transporte: ¿un giro en la Jurisprudencia?», en *D.L.* nº 19, 1986.

tanto simplista para que cobre sentido el por qué de la sustancial alteración y de la profunda quiebra que se introduce en el sistema de fuentes propio del ordenamiento laboral precisamente en relación con la prestación de servicios del personal de alta dirección, lo que bien podría responder al sentido que adquiere la «vuelta al contrato individual de trabajo alentada por nuevas formas de trabajo especialmente cualificadas, ricas o sobreprotegidas, que tienden a colocarse fuera de la uniformadora regulación del ordenamiento jurídico-laboral... y acogida por nuevos valores sociales, recuperadores del individualismo jurídico y exaltadores de la desigualdad y de la rivalidad, de la diferenciación de opciones, necesidades e intereses...» (101).

En el momento actual, estas alteraciones tienen una nueva manifestación que permite una reinterpretación de la especialidad introducida por el RDAD. Mientras que para el resto de las relaciones laborales se aboga por una sustitución parcial del garantismo y la tutela heterónomas de origen estatal en favor del avance de la negociación colectiva y, en especial, del convenio colectivo de carácter sectorial como instrumento de adaptación a las nuevas necesidades de regulación más flexible y versátil, el RDAD se inclina decididamente por la absoluta individualización en la fijación de las condiciones de servicio de este tipo de personal cuyas peculiaridades lo apartan sensiblemente del resto del personal de la empresa.

El sistema de fuentes que se instaura en el art.3 RDAD otorga un especial

(101) La larga pero expresiva cita pertenece a CASAS BAAMONDE, M.^a E., «La individualización de las relaciones laborales», en *R.L.* nº 20/21, *Número monográfico sobre Individualización de las relaciones laborales*, 1991, págs. 131-2, donde la autora también reafirma la «raigambre liberal de la figura del contrato, mientras que la limitación de la autonomía de la voluntad sirvió a los fines políticos de redistribución del Derecho del Trabajo» (pág. 128); RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido», *R.L.* nº 2, 1986, pág. 43; en general sobre el papel de la limitación de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo vid. ALONSO GARCÍA, M., *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Barcelona, Bosch, 1958, sobre todo por lo que se refiere a la limitación que supone el orden público como expresión del interés general o social y la necesidad de reequilibrar la inicial situación de desequilibrio y diferencia (págs. 69 y ss. y 96); más recientemente, cfr. D'ANTONA, M., «La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo», en *R.L.* nº 20/21, *Número monográfico... cit.*, págs. 8 y ss.; también DURÁN LÓPEZ, F. / SÁEZ LARA, M.^a C., «Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo», en *R.L.* nº 20/21...*cit.*, resaltan el papel de la autonomía de la voluntad como factor de diversificación de las condiciones de trabajo y adaptación a los intereses específicos del trabajador (pág. 114); sobre el cambio de punto de vista ideológico que se impone con la emergencia de este tipo de trabajadores vid. DUBIEL, H., *¿Qué es neoconservadurismo?*, Barcelona, Anthropos, 1993, págs. 112-114; sobre el contenido valorativo de los principios fundamentales y generales del Derecho del Trabajo en el derecho francés, cfr. JEAMMAUD, A., «Les principes dans le droit français du travail», en *Droit Social* nº 9-10, sep-oct 1982, págs. 626-627.

protagonismo a la autonomía de la voluntad como fuente de creación de derechos y obligaciones, incluso sobre las normas y principios de la legislación laboral general, que sólo van a resultar de aplicación en caso de remisión expresa por el propio RDAD o el contrato. También se margina el papel de la negociación colectiva, como se verá más adelante. Paralelamente se declara la supletoriedad del Derecho Civil y Mercantil. Así, el cuadro de fuentes de la relación especial quedaría diseñado de la siguiente forma: en el lugar preeminente, el contrato individual con sujeción, en su caso, a la normativa del RDAD; a continuación, para lo no previsto expresamente por las partes, las normas contenidas en el RDAD y, con carácter supletorio, el Derecho Civil y Mercantil, y, finalmente, sólo en caso de remisión expresa en el contrato o en el propio RDAD, el ordenamiento laboral (102).

El RDAD ha optado a la postre por una de las alternativas con las que se había de enfrentar el Gobierno en el momento de regular los peculiares regímenes jurídicos de las relaciones laborales especiales. A este respecto, se presentaban dos opciones. La primera consistía en hacer una remisión a la normativa laboral general previo desarrollo detallado y pormenorizado de dichas peculiaridades en la correspondiente norma reglamentaria. Esta opción, a su vez, habría evitado en alguna medida las dudas que se suscitaron en torno a la legalidad del procedimiento utilizado por el ET para la regulación de las relaciones laborales especiales, problemática a la que ya se ha hecho referencia más arriba, pues los derechos y deberes de carácter básico habrían sido los regulados en el propio ET que tiene rango legal. La segunda opción era dar preeminencia a la autonomía de la voluntad como fuente de los derechos y obligaciones de las partes en la respectiva relación especial y declarar la supletoriedad de la normativa común a la que tradicionalmente había estado sometida la regulación de las relaciones de este tipo de personal, predominantemente la civil (103).

(102) Cfr. BORRAJO DACRUZ, E., «El personal de alta dirección en la empresa», en *Comentarios a las leyes laborales, Tomo II, vol. 1º*, Madrid, Edersa, 1986, que propone otro esquema diferente en el que sitúa en primer lugar las normas laborales de derecho necesario, que excluyan el acuerdo entre las partes, aunque a continuación reconoce la preeminencia del contrato dado que las reglas del RDAD «muy pocas veces son de derecho necesario...» (págs. 11 y 12); también IGLESIAS CABERO, M., «El despido del personal de alta dirección y la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de la sentencia», *A.L.* nº 30, 1993, altera el esquema de fuentes propuesto y reconoce en primer lugar los derechos básicos reconocidos en la Constitución y las demás disposiciones legales de derecho necesario e indisponible (pág. 543).

(103) Esta última solución, por la que finalmente se inclinó el Gobierno, ya contaba con un precedente concreto constituido por el Decreto 2412/1962, de 20 de septiembre, regulador de la situación laboral de los trabajadores dedicados a la compraventa de mercancías que habrían sido incluidos en el ámbito de la LCT 1994 en virtud de la Ley 21/1962 que dio nueva redacción al art. 6 de la misma (cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., «En torno a la significación de las relaciones laborales de carácter especial», *loc. cit.*, págs. 117 y 118).

Posteriormente la doctrina y la jurisprudencia han acogido de manera constante el esquema normativo que se deriva del art. 3 RDAD y han afirmado el valor de la autonomía de la voluntad como la fuente por excelencia de los derechos y obligaciones de las partes en la relación especial de alta dirección (104). Pero, con carácter específico, la mayor disponibilidad y capacidad de autorregulación que se otorga a las partes en este contrato va a estar conectada con la forma y duración del mismo, así como con la fijación de su contenido —retribución, ordenación del tiempo de trabajo, cuantía de las indemnizaciones, duración del período de prueba, incluso régimen disciplinario aplicable al alto directivo...—, materias respecto de las cuales son muy escasas las previsiones contenidas en el RDAD. A continuación, estarían las cuestiones que hacen referencia a las vicisitudes por las que puede atravesar la relación contractual, dado que el RDAD desarrolla con cierto detalle algunas cuestiones relacionadas con la suspensión —aunque el sistema de promoción regulado en el art. 9 contempla una causa suspensiva referida específicamente a la relación laboral común anterior a la designación para ocupar un puesto de alta dirección—, y puesto que en relación con los supuestos específicamente suspensivos de la relación especial se formula una de las escasas remisiones al E.T. También existe una enormemente relevante regulación específica, con ciertas y problemáticas remisiones al régimen laboral común, en materia de extinción del contrato (105).

Es verdaderamente escasa la virtualidad de las normas de *ius cogens* en esta relación contractual, como se verá a continuación. Quizá en este momento pueda señalarse como una de las cuestiones que quedan decididamente fuera del alcance de las facultades de disposición de los contratantes la que hace referencia a los requisitos de capacidad de los mismos o a los elementos esenciales del contrato (106).

A pesar de la claridad con la que se expresa la norma reglamentaria en su art. 3 y de la práctica unanimidad que existe entre los autores y en las soluciones adoptadas por los tribunales en torno al peculiar sistema de fuentes de la relación laboral especial del personal de alta dirección, se siguen suscitando serias y profundas dudas en torno al resto de las cuestiones apuntadas inicialmente, en concreto respecto de las siguientes: el grado de aplicabilidad de la normativa laboral común y la existencia o no de un *corpus* de derecho neces-

(104) Vid. por todos FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. / RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el R.D. 1382/1985 (I)», *R.L.* nº 5, 1988, págs. 23 y 24; IGLESIAS CABERO, M., *Relación laboral de carácter especial...*, *cit.*, págs. 63 y 64. En la jurisprudencia, vid. por todas las SS. TS. de 20 de marzo de 1991 (R. 1881) y de 25 de mayo de 1990 (R. 4501).

(105) Sobre el particular, más extensamente, cfr. MARTÍNEZ MORENO, C., *La extinción del contrato de alta dirección*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

(106) En un sentido análogo ALONSO GARCÍA, M., *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, *cit.*, al referirse a la ley, la moral y el orden público como

rio aplicable en todo caso a las condiciones de trabajo de los altos directivos, y, en fin, como manifestación específica de lo anterior, la vigencia o no del principio de irrenunciabilidad de derechos respecto de este personal.

Por lo que se refiere a la primera de estas cuestiones, resulta de una cierta dificultad determinar en qué medida puede predicarse de este personal la aplicabilidad a su relación contractual del bloque de normatividad que se considera derecho necesario -absoluto o relativo-. Incluso se ha defendido la posibilidad de reducir el mismo a la mínima expresión (107).

El necesario reconocimiento de la existencia de un *orden público laboral* integrado por la normativa de derecho necesario indisponible y la normativa de mínimos, se ha conectado con la originaria desigualdad real de las partes en el contrato de trabajo y con la situación de subordinación jurídica en que el trabajador se coloca como consecuencia de la celebración del mismo, circunstancias que dan lugar a la existencia de un interés superior de carácter público o social en orden a la tutela de los derechos del trabajador. Dicho interés general se entiende que es prevalente frente al interés de naturaleza privada que tiene su trasunto en el principio de autonomía de la voluntad, respecto del cual el principio de indisponibilidad de derechos opera como excepción. A su vez, este interés social o general se recoge en la normativa de carácter legal -constitucional y ordinaria- de forma que se puede afirmar que «la norma imperativa establece en cada momento histórico cuál es el interés general, regulándolo de manera inderogable, y relegando la autonomía de los particulares a las áreas que, por exclusión, quedan disponibles» (108).

(107) Cfr. ALONSO OLEA, M. / CASAS BAAMONDE, M.^a E., *op. cit.*, pág. 73; BORRAJO DACRUZ, E., «El personal de alta dirección en la empresa», *Comentarios a las leyes laborales... cit.*, pág. 12; el mismo autor en *Altos cargos laborales*, *cit.*, págs. 82 y ss.; y también en «El personal de alta dirección en la empresa», en *REDT* n.º 22, 1985, págs. 159 y 160.

(108) OJEDA AVILÉS, A., *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid, 1971, págs. 24 y 25; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, Madrid, ACARL, 1991, pág. 26; BAYÓN CHACÓN, G. / PÉREZ BOTIJA, E., *op. cit.*, págs. 160-1; CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Autonomía individual: alternativa de desarrollo», en *R.L.* n.º 20/21, *cit.*, en el Derecho del Trabajo ha tenido carácter predominante el derecho necesario absoluto y relativo consistente en mínimos mejorables por la autonomía de la voluntad (pág.81); DE LA VILLA GIL, L.E. / PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *op. cit.*, pág. 611; sobre la idea de «orden público social» identificado con la normativa de mínimos y como cualidad que en mayor medida diferencia el Derecho del Trabajo frente al Derecho civil o económico, vid. LYON-CAEN, G., «Rapports entre Droit Civil et Droit du Travail», en *Rev. trim. Dr. civ.*, 1974, págs. 244-5; PELISSIER, J., «Droit civil et contrat individuel de travail», en *Droit Social* n.º 5, mai 1988, pág. 391; KROTOSCHIN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1972, pág. 8; TISSEMBAUM, M.R., «La constitucionalización del Derecho del Trabajo, su codificación, fuentes e interpretación» en *Tratado de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., (dir. MARIO L. DEVEALI), Libro Segundo, Buenos Aires, 1971 (pág. 517).

Seguramente, esta función de la norma imperativa inderogable no es trasladable en términos absolutos o de forma completa al caso particular de los empleados de alta dirección, cuya situación socio-económica provoca, como ya se ha dicho, una necesidad de tutela menos intensa que la del trabajador común, y cuya posición dentro de la empresa, hace difícilmente aplicables la mayoría de los preceptos e instituciones del ordenamiento laboral (109).

El adecuado nivel de protección legal de los intereses del personal de alta dirección podría venir articulado por dos vías: la inclusión en su normativa especial de normas inderogables o indisponibles o la aplicación de las normas imperativas comunes. Como ya se ha dicho, ninguna de estas dos vías parece haber tenido acogida en la regulación vigente. De un lado, el RDAD no parece constituir un suelo normativo para el contrato individual, ya que la mayor parte de la normativa incluida en aquél se ha calificado como derecho dispositivo y, en su caso, de aplicación supletoria, pero no como mínimo legal, sin perjuicio de algunas excepciones muy puntuales (110).

En relación con la segunda vía, la aplicación del derecho necesario general, la respuesta puede ser algo más problemática. Ya hemos hecho referencia a la prevalencia que se otorga a la voluntad de las partes expresada en el contrato individual, que sólo se encuentra sujeta a algunas de las normas del RDAD y «a las demás que sean de aplicación» (art.3.1 RDAD).

Es éste, ciertamente, el elemento que ocasiona mayores dudas para concretar inicialmente el contenido y los límites de ese derecho necesario de aplicación al personal de alta dirección. Sin embargo, las dudas se despejan en el momento en que se descubre que las normas laborales que van a resultar de aplicación a la relación especial que se examina serán sólo y exclusivamente aquéllas a las que las partes o el propio RDAD se remitan. En relación con esta cuestión, algún autor ha negado la posibilidad de que el contrato extienda la

(109) ELVIRA MARTÍNEZ, P.L., *La empresa y sus directivos*, Madrid, Colex, 1990, págs. 33-34; VIDAL CARUANA, G., «El alto Directivo y su Relación Laboral», *El cambio laboral en la década de los 90*, (Dir. VIDAL CARUANA), Madrid, Espasa-Calpe, 1991, que habla de «aspectos laboralizantes claramente incompatibles con quien ostenta tan amplia titularidad» (pág. 242).

(110) Algunas materias que reciben una regulación de carácter no meramente dispositivo, serían las relativas a la duración máxima del período de prueba si el contrato es indefinido; la duración máxima del pacto de no competencia futura (cfr. IGLASIAS CABERO, M., *Relación Laboral de carácter especial del personal de alta dirección... cit.*, pág. 86); las garantías del salario contenidas en los arts. 27.2º, 29, 32 y 33 ET; o los límites que impongan los usos profesionales a la ordenación del tiempo de trabajo. Obsérvese que la mayoría de las materias citadas coinciden con lo que algún autor ha denominado «orden público laboral concreto» (SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *op. cit.*, pág. 28). SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos... cit.*, añade el plazo máximo de seis meses de preaviso para la extinción del contrato por el alto directivo en los supuestos de duración superior a cinco años (art. 10, 1º RDAD) (pág. 39).

aplicación de las normas de orden público que no estén expresamente enunciadas en el RDAD (111). Sin embargo parece que dada la prevalencia de la voluntad individual, aunque no sea ese el sentido más habitual con que es utilizado el contrato individual, debería admitirse dicha remisión.

Cabe plantearse también si existe o no incompatibilidad o contradicción entre esta ordenación de fuentes a la que hace referencia el RDAD y la exigencia contenida en el art.2.2º ET sobre el respeto a los derechos básicos de carácter constitucional. En qué medida se aplican esos derechos y cómo se proyectan sobre la regulación especial es el núcleo central del problema, y su solución no parece fácil. Hasta tal punto es un problema discutido, que la doctrina y los tribunales vienen negando y afirmando indistintamente, la aplicación analógica de ciertos preceptos del ET a la regulación de instituciones afines en la relación de alta dirección, aun cuando no exista remisión expresa ni en el contrato, ni en el RDAD, ante la posible conexión con dichos principios o valores. No es posible, pues, extraer un criterio uniforme de las soluciones propuestas (112).

Desde luego, conforme a lo dicho hasta aquí, sí debe afirmarse el reconocimiento a los altos directivos, al menos formalmente dada su condición legal de trabajadores, de los preceptos constitucionales que consagran derechos y libertades de contenido laboral tal y como viene exigido por el mencionado art.2.2º ET. Aunque también es cierto que se acepta la necesidad de modular y, en su caso, de limitar su alcance en atención a las especiales características y naturaleza de la relación de alta dirección. Podría aventurarse una enumeración de los derechos y principios constitucionales que, en todo caso, tendrían reconocidos los altos directivos, de acuerdo con una clasificación de los mismos que atiende a los distintos intereses protegidos.

(111) Cfr. BORRAJO DACRUZ, E., «El personal de alta dirección en la empresa», en REDT nº 22, 1985, que afirma con rotundidad que «las normas laborales de orden público que no estén mencionadas expresamente en el RDAD, no pueden extender su ámbito aplicativo por acuerdo entre las partes...» (págs. 159-160); GONZÁLEZ ESCRIBANO, J.I., «El directivo. La alta Dirección y los Factores de Contratación», *El cambio laboral en la década de los 90*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, pág. 296.

(112) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., «Relaciones especiales de trabajo y Estatuto de los Trabajadores», *loc. cit.*, ya se había manifestado en el sentido de declarar la supletoriedad del derecho laboral común, en tanto careciesen de regulación las relaciones especiales, y sobre la posible dudosa legitimidad de las normas que negasen al trabajador derecho contenidos en el propio ET, «norma común según la propia Constitución, del régimen jurídico del trabajo por cuenta ajena...», aunque la propia autora había dejado fuera de estas consideraciones a los altos cargos y el servicio de hogar familiar que entonces no habían sido desarrolladas reglamentariamente y por considerarlas verdaderas innovaciones en el ámbito del Derecho del Trabajo (págs. 232 y ss. y 244-5). Sin embargo, de los argumentos esgrimidos se derivarían seguramente las mismas consecuencias para estas dos relaciones especiales.

En primer lugar resultarán de aplicación aquellos preceptos en los que se consagran libertades y derechos que se atribuyen a toda persona. A su vez, dentro de éstos, cabe distinguir entre los que tienen un marcado acento personal y los que son de contenido estrictamente profesional. Dentro de los primeros están comprendidos la dignidad, el respeto a la esfera privada y las libertades de expresión, opinión, reunión o pensamiento. Entre los segundos, la libertad de elección de profesión u oficio -interesante en relación con los deberes contractuales de dedicación exclusiva o no competencia futura, que se intensifican en relación con el alto directivo-, y el derecho a la promoción profesional.

Un segundo e importante bloque vendría constituido por el derecho a la igualdad y a la no discriminación, tanto en su dimensión general, como específicamente en materia salarial y con base en razones de sexo, según se desprende de los arts.14 y 35.1º CE. No se oculta, sin embargo, la escasa trascendencia práctica de estas cuestiones y la dificultad de articular su protección, sobre todo en la medida en que va a resultar difícil determinar el parámetro de referencia para medir las pretendidas discriminaciones, esto es, fijar un elemento de comparación que permita establecer si el tratamiento es injusto por falta de razonabilidad en el criterio de diferenciación (113).

Por otro lado, no parece que desde el punto de vista sociológico el trabajo directivo sea un terreno propicio para las discriminaciones salariales por razón de sexo ante la exigua presencia femenina dentro de este colectivo. Si acaso la reflexión puede venir motivada con ocasión del reconocimiento de la igualdad en la promoción si se intuye que la práctica inexistencia de mujeres entre los altos directivos de las empresas puede tener su origen en comportamientos discriminatorios por parte de aquéllas en la selección de su personal directivo. Pero no es éste el momento para detenerse en estas consideraciones.

En fin, una concreta dificultad para la protección frente a los ataques al principio de igualdad y no discriminación que puedan provenir de las decisiones empresariales, se observa con claridad en los supuestos de extinción del contrato y se traduce en la problemática traslación de la categoría del despido nulo al despido del alto directivo. Y ello ante la existencia de una causa autónoma como el desistimiento, supuesto en el que no se requiere la alegación de la razón de fondo de la adopción de la decisión extintiva por parte del empresario.

En tercer lugar, se reconocen también el derecho a la protección de la salud y de la integridad física, el derecho al descanso necesario, a la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social y a la seguridad e higiene en el trabajo.

(113) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. / RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el RD 1382/85 (II), R.L. nº 6, 1988, pág. 8; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido», *loc. cit.*, pág. 61; SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos... cit.*, que propone una comparación en sentido diacrónico entre los salarios de anteriores y posteriores directivos (pág. 52).

No en vano, la tutela de estos derechos e intereses se articula habitualmente y de forma predominante a través de disposiciones de orden público y de normas de carácter administrativo, por lo que, en condición de tales, habrán de respetarse no pudiendo disponer las partes sobre su aplicación a la relación contractual del alto directivo. Así pues, constituyen claros límites para la ordenación del contenido de la relación mediante el ejercicio de la autonomía individual por el empresario y el alto directivo (114).

Sin duda, el problema de mayor entidad lo plantea el grado de reconocimiento y el nivel de tutela del ejercicio de los derechos laborales de carácter o significado colectivo consagrados en la Constitución. En relación con los derechos de sindicación, negociación colectiva, huelga y conflictos colectivos han sido necesarias muchas más matizaciones que respecto de los derechos y libertades anteriormente aludidos.

Aunque no es el propósito de este trabajo llevar a cabo un análisis de cierta profundidad acerca de esta problemática (115), baste constatar aquí que la razón objetiva por la que se ha limitado el ejercicio de estos derechos, limitación que necesariamente habrá de llevarse a cabo teniendo en cuenta su naturaleza instrumental y finalista, es la cercanía que, desde el punto de vista sociológico y funcional, presenta este personal en relación con el titular de la empresa, lo que hace que sus relaciones con éste no sean de confrontación de intereses, al menos en el plano socio-laboral (116).

Existen precedentes normativos en los que, desde el punto de vista del reconocimiento a los trabajadores de la posibilidad de estar representados o participar o colaborar en alguna medida en la empresa, se sitúa al alto directivo del lado de la titularidad de la misma, esto es, del empresario. Así ocurría en los jurados de empresa, cuya presidencia era ostentada por el propietario de la empresa, el gerente, o las personas pertenecientes a la misma en quienes se delegara dicha facultad, y con anterioridad en los comités de seguridad e higiene constituidos a partir de 1941 (117).

(114) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. / RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., loc. cit. (I), pág. 24, (y II), pág. 9; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., loc. ult. cit., sobre el reconocimiento del derecho al descanso (pág. 61).

(115) Puede consultarse MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo especial de alta dirección*, cit., y bibliografía allí citada (págs. 134 y ss).

(116) Vid. por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. / RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. loc. cit. (II), entienden que no hay base jurídica para negar estos derechos, aunque sí la hay sociológica (págs. 30-31).

(117) Art. 11 del Reglamento de los Jurados de Empresa, aprobado por Decreto de 11 de septiembre de 1953. Al respecto, cfr. RIVERO LAMAS, J., *Estructura de la empresa y participación obrera. Estudio sobre el jurado de empresa*, Barcelona, Ariel, 1969, págs. 123 y 182 y ss.; y MARTÍN VALVERDE, A., «El proyecto de ley de intervención obrera de la Segunda República Española», en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Rovón Chacón*, Madrid,

El propio proyecto de ley del ET, previó la exclusión de los altos directivos de la aplicación del contenido de los Títulos III y IV, sobre negociación colectiva y conflictos (118), lo que finalmente quedó reflejado en el art.16 RDAD, que excluye al alto directivo de la participación en los procesos de elección de los representantes de los trabajadores en la empresa, «sin perjuicio de otras formas de representación» (119). Esta exclusión motivó una impugnación del RDAD por vulneración de los arts.28.1 y 9.3 del texto constitucional que fue resuelta por el TS en sentido favorable a la validez del precepto discutido (120).

Otra de las cuestiones planteadas inicialmente sobre la que todavía no hay un criterio uniforme es la que gira en torno a la validez de la renuncia de derechos por parte del alto directivo, aunque antes quizás merezca la pena recordar siquiera brevemente las características generales del principio de irrenunciabilidad de derechos.

Desde el punto de vista jurídico positivo, el art.3.5^o ET establece la prohibición de disponer —término más amplio que el de renunciar— válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que las disposiciones legales de derecho necesario reconozcan al trabajador, así como de los derechos que se le reconozcan con el carácter de indisponibles en convenio colectivo. Dejando al margen la polémica fórmula utilizada por el ET en relación con los derechos derivados de la negociación colectiva por su falta de repercusiones en la determinación del régimen jurídico aplicable al contrato de alta dirección, hay que comenzar por decir que la formulación del ET, por lo demás, recoge la tradi-

representaciones de los trabajadores en la empresa (págs. 280 y ss.); sobre los comités de seguridad e higiene, vid. MONTOYA MELGAR, A., «La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y los antecedentes del régimen de jurados», en *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Madrid, 1967, págs. 38-9.

(118) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El desarrollo reglamentario del Estatuto de los Trabajadores (1980-1982)», loc. cit., págs. 14 y 15.

(119) ALONSO OLEA, M. / CASAS BAAMONDE, M.^a E., op. cit., págs. 75 y 174; ALBIOL MONTESINOS, I., *Comités de Empresa y Delegados de Personal*, Bilbao, Deusto, 1992, pág. 47. También en la doctrina alemana, cfr. BIRK, R., «Der leitende Angestellte—Einige rechtsvergleichende Bemerkungen», RDA, 1988, pág. 216, 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, al banco empresarial, un empleado directivo; BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, cit., pág. 125; MONTOYA MELGAR, A., «El ámbito personal del Derecho del Trabajo», loc. cit., pág. 92; VALDÉS DAL-RÉ, F., «Negociación colectiva y representación del personal directivo», R.L. n^o 2, 1986, págs. 71 y 72.

(120) S. TS., Sala 5^a (cont.-adm.) de 22 de octubre de 1987 (R. 6902). Cfr. GARCÍA MURCIA, J., «Reserva de ley y potestad reglamentaria en materia social: un apunte

ción legislativa española desde las primeras normas sobre accidentes de trabajo hasta los precedentes inmediatos que serían el art.36 LCT y el art.5.1º LRL, aunque hable de «disposición» y no de «renuncia» (121).

La existencia de esta norma prohibitiva reduce la importancia de la distinción entre la inderogabilidad de la norma imperativa o prohibitiva que contempla la atribución del derecho, y que opera, por tanto, antes de que el derecho entre en la esfera de dominio del individuo y la disponibilidad del derecho ya adquirido como consecuencia de la realización del supuesto de hecho contemplado en la norma que lo atribuía. Si bien la primera de las acepciones en que ha sido formulado este principio explica más claramente la conexión entre las diversas cuestiones que aquí se analizan, la existencia en el ordenamiento laboral de un bloque de normatividad con el carácter de orden público inderogable, al que se viene denominando derecho necesario -absoluto y relativo- y la limitación de la operatividad del principio de autonomía de la voluntad (122).

En cuanto al sentido y alcance de este principio respecto del personal de alta dirección, dos son las necesarias matizaciones que deben hacerse. La primera que no existe un precepto expreso de naturaleza análoga al precepto estatutario, ni se formula una remisión expresa al mismo en el RDAD, por lo que, en principio, debe concluirse el absoluto imperio de la autonomía de la voluntad y, por tanto, la válida disposición de los derechos del directivo, en todo caso.

La segunda, que no obstante la afirmación que se acaba de hacer, el principio de irrenunciabilidad de derechos está indudablemente conectado con el carácter de derecho necesario que es predicable de parte del ordenamiento laboral, y al estar conectada la existencia de aquella norma prohibitiva con el orden público laboral, al que dota de una mayor eficacia en la consecución de sus fines de tutela de los intereses del trabajador, esto significa que no todos los derechos reconocidos en la legislación laboral a favor del trabajador van a tener el carácter de irrenunciables. La solución dependerá en cada caso de la naturaleza del derecho y del sentido de la norma que lo reconoce y tutela, de su

(121) OJEDA AVILÉS, A., *La renuncia de derechos...*, cit., págs. 90 y ss.; PRADOS DE REYES, F., «Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores», en *R.P.S.* nº 127, 1980, insiste en que el ET amplía los supuestos contemplados en normas anteriores (pág. 61).

(122) OJEDA AVILÉS, A., *op. cit.*, págs. 66 y ss.; PRADOS DE REYES, F., *loc. cit.*, pág. 60; también CONDE MARTÍN DE HJAS, V., «Autonomía individual: alternativa de desarrollo», *loc. cit.*, que anuda la eficacia de la norma de derecho necesario a la ineficacia del negocio dispositivo o «acto negocial de renuncia» (pág. 83); para una posición matizada cfr. D'ANTONA, M., «La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo», en *loc. cit.*, que admite la «disposición voluntaria de los derechos del trabajador que derivan de verificarse... la situación abstractamente prevista en la norma inderogable...» puesto que únicamente se pone en juego el patrimonio del trabajador -y no el orden público, lo que se produciría de admitirse la derogabilidad de las normas- (págs. 20-21).

conexión con el interés general y del daño a tercero que pueda irrogarse con su renuncia (123).

Respecto del trabajador de alta dirección, la respuesta a este interrogante va a venir mediatizada, por tanto, por la posición que se haya adoptado en torno a la virtualidad del derecho necesario en esta especial relación. En la medida en que se haya aceptado la existencia de un núcleo de normas cuyos principios y regulación concreta no puedan ser ignorados por las partes en el ejercicio de su autonomía negocial, deberá negarse la posibilidad de la válida disposición de los derechos y garantías que en él se atribuyan al alto directivo. Si se ha llegado a la solución de negar o reducir al máximo la virtualidad de las normas de derecho necesario en relación con el trabajo de alta dirección, mayor será la capacidad de disposición de sus derechos del alto directivo.

De acuerdo con la clasificación insinuada con anterioridad, debe afirmarse, sin duda, la indisponibilidad de los derechos de la personalidad, también en su vertiente laboral o profesional (124). Así, alcanzaría al alto directivo la protección dispensada por la normativa de seguridad e higiene, tanto porque se trata de normas de policía, como por su clara conexión con la protección de bienes jurídicos esenciales de la persona como la vida, la salud o la integridad física. El mismo razonamiento podría hacerse en relación con otros derechos ya aludidos, como la igualdad y la no discriminación, la dignidad o los derechos profesionales, la protección del salario, el derecho al descanso o la promoción a través del trabajo.

Por otro lado, en estrecha conexión con la existencia del derecho necesario se encuentra la propia revalorización del papel regulador del contrato individual tan ampliamente reconocido en el RDAD. En la misma medida en que se reconoce la capacidad de las partes para dotar de contenido en derechos y obligaciones al contrato individual, debe reconocerse la que tienen para modificar o alterar dicho contenido y disponer válidamente de los derechos a él incorporados (125).

Como se ha indicado, las soluciones jurisprudenciales son contradictorias y en unos casos el TS estima innecesario consagrar el principio de irrenunciabilidad de derechos respecto de una relación jurídica en la que existe una mayor tendencia a la igualdad en las respectivas posiciones de las partes, mientras que en otros rechaza la posibilidad de renuncia de derechos. Es cierto que esta segunda postura se adoptó en relación con la renuncia al salario y debe

(123) OJEDA AVILÉS, A., *op. cit.*, con base en el art. 4.2º CC, hoy 6.2º (pág. 150); NICOLIELLO, N., «La renuncia de los derechos del trabajador», en *Estudios de Derecho Individual del Trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deveali*, cit., pág. 362.

(124) OJEDA AVILÉS, A., *op. cit.*, pág. 59.

(125) PRADOS DE REYES, F., *loc. cit.*, recuerda que «los derechos o beneficios que tengan su origen en el acuerdo de voluntades... (se rigen por el principio de la autonomía individual)... (y) nada obsta a que el trabajador disponga de ellos...» (pág. 73).

tenerse en cuenta que la relación de servicios del alto directivo tiene su origen en un contrato oneroso, se entienda o no que su naturaleza es laboral en sentido estricto, lo que sigue implicando el carácter esencial de la retribución (126).

Lo anterior significa que casi resulta inevitable resolver las cuestiones que se suscitan en torno a estos temas de manera casuística, determinando en cada ocasión la naturaleza, el origen o fuente y el sentido de los derechos, y, consecuentemente, su carácter irrenunciable o inderogable por la autonomía individual que, en este caso permite mayor disponibilidad que en el contrato común (127).

A ello, cabe añadir, quizá como conclusión general que, en relación con el papel que pueda desempeñar la existencia de una normativa de derecho necesario respecto del contrato de alta dirección, se observa una clara diferencia frente a lo que ocurre en la relación común. Es posible afirmar que en el tratamiento normativo dispensado a este personal, y sin desconocer lo que se establece en el art. 2.2º ET, se ha pretendido, no tanto atribuir derechos indisponibles y garantías concretas al alto directivo, cuanto limitar o excluir la posibilidad de su disposición abusiva, frente a lo cual siempre cabe el recurso a la anulación de las cláusulas contractuales que se consideren abiertamente abusivas (128).

(126) En la S. TS. de 16 de mayo de 1990 y en relación con unas normas contenidas en el convenio colectivo de la Banca Privada vigente para 1984, se afirma la aplicabilidad a los trabajadores de alta dirección de las normas integrantes del régimen de Seguridad Social complementaria. Sin embargo, tras afirmar que dichas normas no configuran un actual derecho, sino más bien una expectativa jurídica condicionada a la pervivencia del vínculo jurídico laboral en el momento de producirse los hechos que van a dar lugar al aseguramiento complementario, admite la renuncia a los mismos dado que la relación especial «no se halla... sujeta, ineludiblemente, al principio de irrenunciabilidad establecido con carácter imperativo y general dentro del ámbito del normal contrato de trabajo y de la consiguiente y derivada relación de seguridad social del mismo proveniente. La mayor reciprocidad advertible en la libertad de negociación característica del contrato laboral de alta dirección, hace que no resulten aplicables al mismo los parámetros jurídicos exigibles en la normal contratación de trabajo y que, consecuentemente, no resulten de adecuada aplicación principios que, como el invocado de irrenunciabilidad de derechos, son de estricta aplicación en el ámbito del normal contrato de trabajo». En cambio, poco tiempo después, en la sentencia de 5 de junio de 1990 (R. 5019), el mismo Tribunal niega la posibilidad de la renuncia de derechos, en este caso en materia salarial, declarando la nulidad de dicha renuncia con fundamento en los arts. 6.3º y 1.255 del CC, y por atribuir al salario carácter de elementos esencial del contrato laboral que origina también la relación especial de alta dirección.

(127) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. / RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *loc. cit.* (II), hasta el punto de afirmar que sólo se estará en presencia de un derecho indisponible cuando su atribución al alto directivo se verifique en una «norma inderogable, así establecida por el propio RDAD...» (pág. 35).

(128) D'ANTONA, M., «La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Traba-

VIII. OTRO PROBLEMA RELATIVO A LAS FUENTES DE REGULACIÓN DE LA RELACIÓN ESPECIAL: LA SUPLETORIEDAD DE LAS NORMAS

Sobre la declaración de la supletoriedad del Derecho Civil y Mercantil la única posible particularidad —aunque desde luego de gran relevancia teórica y práctica— que cabría advertir, en comparación con lo que ocurre en el contrato de trabajo común, es su configuración como fuente supletoria de primer grado, esto es, la preferencia aplicativa que se le otorga respecto de la normativa laboral común, y no tanto la supletoriedad en sí misma. Y esto es así, dado su carácter de tronco común, en un caso, y de antecedente inmediato de la regulación de este tipo de actividades, en otro. Estas dos características se dan de forma inmediata y directa en el caso de la relación contractual de los altos directivos, puesto que es relativamente reciente su incorporación al ámbito del Derecho del Trabajo y el abandono de los moldes contractuales civiles y mercantiles, como es patente.

Pero además, se trata de una supletoriedad *directa* (129), puesto que el RDAD se remite expresamente a dichos cuerpos normativos, lo que evidencia la mayor proximidad de la relación de servicio del alto directivo a los principios que inspiran estas ramas del ordenamiento jurídico que a los propios del Derecho del Trabajo, como ya se puso de manifiesto al tratar el papel de la autonomía de la voluntad. También pone de relieve el acercamiento de la disciplina de este contrato a la teoría general de los contratos de carácter civil frente a la regulación específica del contrato de trabajo (130).

No resulta sencillo determinar las concretas normas, preceptos y principios de dichos ordenamientos que resultan de aplicación supletoria a la relación de servicio del alto directivo. En principio la solución está en la remisión al bloque normativo del derecho de obligaciones civil, más particularmente, a las normas sobre el arrendamiento de servicios y otros contratos de actividad, a las reglas comunes a todos los contratos de arrendamiento y a las normas generales sobre obligaciones y contratos (131). Por otro lado, en relación con la

(129) Cfr. MOLERO MANGLANO, C., *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pág. 38.

(130) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. / RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *loc. cit.*, también resaltan el igualitarismo e individualismo en que se basa la regulación de la relación especial, lo que excluye el principio de favor del trabajador, así como la visión liberal contenida en el RDAD (I, pág. 24 y II, pág. 29); LYON-CAEN, G., «Rapports entre Droit Civil et Droit du Travail», *loc. cit.*, resalta la dialéctica entre los principios del Derecho Civil y del Derecho del Trabajo, así como el divorcio entre el contrato de trabajo y la teoría general de los contratos (págs. 232 y ss.).

(131) Sobre la necesidad de tener en cuenta el Derecho Civil de obligaciones para construir la Dogmática del contrato de trabajo, vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., «Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia», en *Cuec-*

supletoriedad del Derecho Mercantil, ésta iría referida a la normativa reguladora de los concretos tipos contractuales o figuras mercantiles a que se ha hecho referencia al comienzo de este trabajo. Desde este punto de vista, podría acudir para completar la regulación contenida en el RDAD, sobre todo a la disciplina jurídica del contrato de mandato o la comisión, a las previsiones en torno a las figuras del factor o apoderado general y de los cargos con mando del buque, a algunos aspectos de la normativa sobre derecho de sociedades -fundamentalmente las que hacen referencia a los órganos de administración, y en relación con materias como la representación, la delegación de facultades o la responsabilidad de los administradores- y, probablemente, también a las disposiciones referidas a las obligaciones del comerciante (132).

Pero tras este intento de clarificación y concreción, es necesario llamar la atención acerca de la insuficiencia y falta de total adecuación de estos moldes jurídicos, que incluso en ocasiones contienen previsiones contradictorias (133), para explicar y dar solución a las cuestiones que se refieren al régimen jurídico de la relación que surge entre la empresa y el alto directivo con ocasión de la prestación de sus servicios por este último, dada la complejidad de la posición que ocupa en la misma y la riqueza de la problemática que de ella se deriva. Ésta ha sido tradicionalmente la razón de la incorporación progresiva al molde del contrato de trabajo de diversos y numerosos supuestos de prestación de servicios profesionales retribuidos, como figura dotada de una disciplina más desarrollada y madura (134).

aciones actuales de Derecho del Trabajo, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1990, pág. 659; en el Code du Travail francés, se hace una remisión expresa en el primer capítulo, en la que se remite directamente al derecho común de los contratos; así el art. L.121-1, establece que «le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun» (cfr. PÉLISSIER, J., «Droit civil et contrat individuel e travail», *loc. cit.*, pág. 388).

(132) MOLERO MANGLANO, C., *La supletoriedad...*, *cit.*, propone una escala de supletoriedad del Derecho Civil similar a la referida y también al resto de las disposiciones del CC sobre diversas materias, aunque en muchos de esos casos, ya no se tratará de una aplicación del Derecho Civil supletoria, sino de la regulación de materias que le son propias, por ejemplo en materia de nacionalidad o de adquisición y pérdida de la personalidad jurídica o de la capacidad de obrar, así como sus causas modificativas, filiación, etc. (págs. 40-42 y 62-3); el mismo autor, en *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo (Tomo III) Contratos especiales*, Madrid, ICAI, 1990, pág. 37.

(133) Por poner algún ejemplo se puede citar la onerosidad del arrendamiento de servicios frente a la posible gratuidad del mandato, o la libre revocabilidad de éste.

(134) Un argumento semejante se ha esgrimido recientemente por la mayoría de la doctrina mercantilista en relación con la complejidad de la relación existente entre los administradores y la sociedad, recogido por POLO, E., Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (arts. 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas), en *Comentario al régimen legal de las sociedades mer-*

Como balance general en torno a los criterios de regulación adoptados por el RDAD puede afirmarse, en primer lugar, que en contadas ocasiones se remite expresamente a la normativa laboral común, más concretamente, al ET y cuando lo hace no suele ser riguroso en exceso, como a continuación se verá. Al margen de la referencia a la presunción de laboralidad contenida en el art.8.1 ET, que no supone exactamente una remisión a criterio de regulación alguno, se efectúan invocaciones a la normativa estatutaria en relación con las siguientes materias:

a) *Condiciones de trabajo:*

a.1.) Salario:

Al ser ésta una de las materias más claramente afectadas por la virtualidad que adquiere la autonomía contractual en la creación de derechos y obligaciones para las partes de la relación laboral especial, es lógico que la regulación contenida en el RDAD sea exigua. Sin embargo, se declaran aplicables al alto directivo las garantías del salario enunciadas en los arts. 27.2, 29, 32 y 33 ET, esto es, inembargabilidad de la cuantía equivalente al SMI, lugar, tiempo y forma de la liquidación y pago del salario, privilegios del crédito salarial y protección por el FOGASA (135).

a.2.) Tiempo de trabajo:

Esta materia, junto con la materia salarial e indemnizatoria, sin duda forma parte del contenido típico del contrato de alta dirección. Sin embargo el RDAD no se remite en este caso al ET o la normativa contenida en el RD 2001/1983 para completar la regulación de aquellos aspectos no previstos expresamente por las partes al redactar las condiciones concretas del contrato, sino que lo hace a los usos profesionales. Con ello constituye el único ejemplo de remisión a este tipo de norma que, por lo demás, operará en este caso como límite infranqueable para la autonomía de la voluntad.

b) *Suspensión del contrato:*

El art.15.2 RDAD se remite a las causas de suspensión enumeradas en el art.45 ET y a los efectos allí descritos, sin llevar a cabo matización alguna en relación con los distintos y variados supuestos que en el precepto se mencionan. Obsérvese, sin embargo, que no hay remisión al art.46 ET, precepto en el que se incorporan la excedencia voluntaria y la excedencia para el cuidado de un hijo menor de tres años, y que no aparecen en el citado art.45.

Esta omisión, sin embargo, no debe interpretarse como una limitación de

cantiles, Tomo VI (dir. Rodrigo (URIA, Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA), Madrid, Civitas, 1992, págs. 50-52.

(135) Introducida esta última, como ya se ha dicho, por la disposición adicional segunda de la Ley 11/1994 (*vid. supra*, nota nº 94), y contenida hoy en la disposición adicional quinta del RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

la posibilidad de trasladar dichas figuras o supuestos a la relación especial de alta dirección, lo que podrá verificarse a través del mero pacto entre las partes, con aplicación por remisión del régimen jurídico estatutario o del que, en defecto de dicha remisión a la normativa común, hayan previsto aquéllas.

c) *Extinción del contrato:*

La materia fundamental y sobre la que más extensamente se pronuncia el RDAD es la que se refiere a la extinción del contrato. Y es aquí, sobre todo, donde se observa esa aludida falta de rigor y de coordinación entre la regulación directa de las especialidades propias de la relación de alta dirección y las remisiones a la legislación laboral común. Así, el art.11.2 RDAD se remite al art.55 ET en cuanto a la *forma y efectos* del despido disciplinario. Sin embargo, en relación con el sentido de la opción entre indemnización o readmisión y en cuanto a los criterios de cuantificación de las indemnizaciones el RDAD se separa de la regulación común. Esto significa que no todos ni los mismos efectos del despido disciplinario común se van a trasladar a la relación especial que nos ocupa, a pesar de que ello pudiera deducirse inicialmente del tenor literal en el que se formula la remisión al ET.

Pero no acaban aquí los problemas de articulación entre la regulación reglamentaria y la normativa común en materia de extinción del contrato, porque en el art.12 RDAD se contiene una cláusula general de remisión al ET en relación con las demás causas extintivas que no reciben un tratamiento específico en el reglamento. Y con una total falta de uniformidad en las soluciones, en esta ocasión se formula la remisión en relación con las *causas y procedimientos*, mientras que nada se dice respecto de los *efectos*. Esto hace que se plantee la duda en torno a la atribución a las demás causas extintivas de los efectos específicamente regulados en el RDAD o, alternativamente, la inaplicación de esas otras causas extintivas como consecuencia de su colisión con las causas específicas de extinción del contrato de alta dirección, en especial, con el desistimiento (136).

d) *Prescripción de acciones:*

A las acciones derivadas del contrato especial se les aplicará el mismo plazo de prescripción, y al despido el de caducidad, previstos en el art.59 ET, por mandato expreso del art.15.3 RDAD.

La duda surgirá cuando en relación con determinadas materias la legislación laboral o la jurisprudencia en los supuestos problemáticos establezcan plazos distintos del genérico contenido en el precepto estatutario de referencia y versará en torno a la aplicación a la relación especial de los mismos o distintos criterios que los mantenidos en relación con el trabajador común.

(136) Pero sobre estas cuestiones, más extensamente, puede consultarse MARTÍNEZ MORENO, C., *La extinción del contrato de alta dirección*, cit.

e) *Infracciones laborales de los empresarios:*

El RDAD se remite en el art.13.2º al art.57 ET, lo que hay que interpretar en el sentido de que, derogado el precepto estatutario por la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, la remisión se lleva a cabo a dicha Ley (137), por lo que serán de aplicación las sanciones previstas en la misma en relación con el incumplimiento de la normativa laboral aplicable con ocasión de la vigencia de la relación especial de alta dirección, a salvo, claro está, del incumplimiento de las cláusulas incluidas en el contrato.

f) *Jurisdicción competente:*

En el art.14 RDAD se declara la competencia de la jurisdicción social para la resolución de los conflictos que se originen entre el personal de alta dirección y las empresas como consecuencia de la aplicación de la normativa específica.

La doctrina inicialmente fue unánime al resaltar la importancia de esta declaración, hasta el punto de llegar a decirse que era en este punto donde verdaderamente estaba la trascendencia de la laboralización de los altos cargos (138). Esto era lógico pues como se recordará, hasta la entrada en vigor del RDAD el 1 de enero de 1986 los tribunales habían declarado tajantemente la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de las cuestiones suscitadas en relación con este tipo de personal al que seguía siendo de aplicación la exclusión contenida en el art.7º LCT de 1944. Es decir que para la completa laboralización de esta relación fue necesario no solamente la inclusión expresa de este personal en el ámbito de la LRL y del ET, sino también la promulgación de la normativa reglamentaria específica, como ya ha quedado dicho. Sin embargo, a partir de ese momento era innecesario que se formulara dicha declaración expresa sobre la competencia de la jurisdicción social, por cuanto la misma vendría determinada por la aplicación de la normativa procesal como normativa de orden público, y por tanto de los arts.9.5 y 25 LOPJ (139) y posteriormente, de los arts.1º, 2º y 3º de la LPL (140), preceptos en los que se establece la competencia de la jurisdicción social para el conocimiento de las «pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho en conflictos tanto individuales como colectivos», y dentro de los primeros, específicamente, los que se produzcan «entre trabajadores y empresarios como consecuencia del

(137) Téngase en cuenta que los arts.6, 7 y 8 de la Ley 8/1988 han sido derogados formalmente al haberse incorporado la regulación correspondiente al Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Vid. arts.93-97 y disposición derogatoria única, d) del RDLeg. 1/1995, ya citado en ocasiones anteriores).

(138) Vid. por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F. / RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *loc.cit.(II)*, pág.33.

(139) LO 6/1985, de 1 de julio.

(140) El Texto refundido actualmente en vigor es el aprobado por RD Leg. 2/1995, de 7 de abril.

contrato de trabajo». Y, formalmente, la actividad de alta dirección se había incorporado al ámbito del ordenamiento laboral, pasando a considerarse que el origen de la relación obligatoria también se encuentra en un contrato de trabajo.

Una vez resuelto definitivamente el problema competencial de la jurisdicción con carácter general, no obstante debe señalarse que se mantiene un cierto solapamiento de órdenes jurisdiccionales en la medida en que de las cuestiones que se refieren a la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, esto es, en materia de cotizaciones por la prestación de servicios de este personal, conocerá la jurisdicción contencioso-administrativa (art.3º.b) LPL). Esta duplicidad, como es sabido, puede provocar en ocasiones ciertas contradicciones de las que queda constancia a lo largo del presente estudio (141).

IX. PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN Y CARGOS DE CONFIANZA EN LA NORMATIVA SECTORIAL: DIRECTORES DE PERIÓDICO Y CAPITANES DE BUQUE

Como ya se ha comentado más arriba, era frecuente que las Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo hicieran referencia al personal de alta dirección, en general con la finalidad de proceder a su exclusión del ámbito de aplicación de la regulación de condiciones de trabajo en ellas contenida. Hasta el momento no se había planteado, en relación con esta materia concreta, la necesidad de articular la normativa laboral instaurada a raíz del ET y las precedentes y todavía en vigor normas sectoriales, pero en el momento de la promulgación del RDAD aparece el problema de la determinación de su alcance e incluso de la virtualidad de las mismas. A estas cuestiones, a las que se suma el papel del convenio colectivo en la regulación de la relación laboral especial del personal de alta dirección, se van a dedicar las próximas líneas.

En principio es clara la solución que el RDAD dio a esta cuestión en su disposición adicional, al establecer que «el personal excluido del ámbito subjetivo de las Ordenanzas Laborales actualmente en vigor, o de alguno de sus preceptos, que reúna las características y requisitos contenidos en el art.1 de este Real Decreto, se regirá por él».

Con este tenor literal el RDAD, de forma acorde con el retroceso que su-

(141) *Vid. supra*, apartado 1, acerca de la incorporación de los altos cargos al ámbito de la Seguridad Social, momento en que se inicia en la jurisprudencia de la sala de lo contencioso-administrativo del TS la delimitación de las figuras del mero y simple consejero -excluido-, el consejero activo y el trabajador de alta dirección -incluidos-. Debe tenerse también en cuenta que hasta hace poco tiempo, esta doctrina se venía manteniendo incluso en contradicción con la de la sala de lo social del propio TS, precisamente como consecuencia de esa duplicidad de órdenes

fren las Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo a partir de la promulgación del ET, suprime la virtualidad de la precedente normativa sectorial para proceder a la declaración de la especialidad de una relación laboral o a la delimitación conceptual del trabajador especial. Esto supone, para el caso concreto que nos ocupa, la falta de operatividad de dichas normas sectoriales para la configuración de exclusiones constitutivas de la condición de personal de alta dirección. Pero además, el RDAD al proceder de esta manera pone el acento nuevamente en el carácter determinante de la verdadera naturaleza de las funciones efectivamente ejercitadas por el trabajador directivo a la hora de calificar la naturaleza de su relación (142).

La razón de ser de esta supresión está, por un lado, en la existencia de una regulación de carácter general que resulta de aplicación a todos los trabajadores que reúnan los rasgos esenciales que el propio RDAD eleva a elementos del concepto legal de alto directivo, sea cual sea el ámbito funcional, el sector o la empresa en los que presten sus servicios, suprimiendo con ello posibles tratamientos normativos diferenciales carentes de justificación objetiva y por ello discriminatorios. Y, por otro lado, se apoyaría también en el papel decadente de las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales para la regulación de las relaciones laborales con carácter sectorial, criterio que ya se reflejaba claramente en el ET y posteriormente toma fuerza a partir de la reforma introducida por la Ley 11/1994 (143).

A pesar de lo anterior, han tenido que ser los tribunales ordinarios y, hasta en ocasiones el propio Tribunal Constitucional, quienes, en relación con determinados colectivos que han resultado especialmente problemáticos, introdujesen un criterio definitivo en orden a la clarificación de los distintos sectores normativos que regulaban con anterioridad al ET y al RDAD dichas actividades.

En general, ya se ha indicado que el TC consideró perfectamente ajustado a los principios de igualdad y tutela judicial efectiva el hecho de la existencia de normativas sectoriales diferenciales, así como la aplicación transitoria de

(142) GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F., «Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores», *loc.cit.*, pág.122.

(143) Téngase en cuenta la nueva redacción de la disp. transitoria segunda ET, dada por Ley 11/1994, que declara la vigencia de las Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo sólo hasta 31 de diciembre de 1994, a salvo de lo que se disponga en un acuerdo de los aludidos en los arts.83.2 y 3 de la propia Ley o de la posible prórroga por un año más por decisión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Por cierto que esta última posibilidad se ha llevado a efecto por Orden de 28 de diciembre de 1994 (BOE 29 dic.) que dispone la prórroga hasta 31 de diciembre de 1995, de determinadas Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo. En fin, en la actualidad la posibilidad contemplada anteriormente en la disp.trans.segunda ET, se incorpora a la disp.transitoria sexta del RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, ya citado, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

las disposiciones anteriormente vigentes en el supuesto de falta de desarrollo reglamentario de la nueva normativa sobre relaciones laborales especiales ordenada por el Estatuto de los Trabajadores.

Ha sido la jurisprudencia ordinaria la que recientemente ha iniciado una tendencia interpretativa distinta, en el sentido de entender derogadas algunas normas sectoriales anteriores por efecto de la propia normativa específica sobre la relación especial del personal de alta dirección.

Así, en relación con el director de periódico, el panorama normativo era el siguiente: la Ordenanza Laboral de Prensa de 9 de diciembre de 1976 (144) que derogó la Reglamentación Nacional de 1971 no establecía ninguna exclusión referida a altos cargos, salvo la de los meros consejeros. Sin embargo, la normativa sobre la profesión periodística, constituida por la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966 y el Estatuto de la Profesión Periodística de 13 de abril de 1967, calificaba el contrato que vinculaba al director de periódico con la empresa editorial como un contrato civil de prestación de servicios.

El TS en la sentencia de 30 de enero de 1990 (R.233) cambió de criterio y declaró la existencia de una relación laboral especial de alta dirección, entendiendo derogada la normativa que con anterioridad regulaba la Profesión Periodística, más concretamente los arts.40.2º de la Ley de Prensa y 34, primer párrafo del Estatuto antedicho (145).

En relación con la normativa sectorial del sector pesquero y de la Marina Mercante, se va a operar un proceso paralelo al anteriormente descrito. La ju-

(144) Incluida entre las que se prorrogan íntegramente hasta 31 de diciembre de 1995 (Anexo I de la Orden de 28 de diciembre de 1994; vid. nota anterior).

(145) ALONSO GARCÍA, B., *El contrato del director de periódico*, Madrid, Tecnos (Colección Jurisprudencia Práctica), 1992, quien mantiene que la virtualidad derogatoria no provendría tanto del RDAD, sino del propio art.2.1º.a) ET, «que confiere y traslada esa fuerza derogatoria a las regulaciones deslegalizadoras de las relaciones laborales especiales» (pág. 29). Las sentencias anteriores habían efectivamente calificado la relación como una relación de naturaleza civil: S.TS. de 19 de diciembre de 1989 (R.9251) con base en los arts. 27, 33 al 39 del Texto Refundido del Estatuto de la Profesión de Periodista (Decreto 744/1967 de 13 de abril, R.744 y Dicc.24486), pues «entiende el TS- «de los mismos se evidencia que en esta relación no existe ajenidad ni subordinación o dependencia...» Continúa el TS apreciando que lo que ha ocurrido en este caso es que a la relación laboral existente con anterioridad -Jefe de Redacción- se ha sumado el desempeño del cargo de Director, relación de naturaleza civil, y ello sin que se haya extinguido la anterior relación laboral. Esta concurrencia de relaciones de distinta naturaleza «no supone que los derechos y obligaciones derivados de una y otra situación se equiparen y confundan adquiriendo todos carácter laboral, sino que, por el contrario, cada uno de esos derechos y esas obligaciones mantiene y conserva la naturaleza jurídica originaria, es decir la naturaleza propia de la relación jurídica de la que se derivan...»: S.TS. de 8 de febrero de 1986 (R.722); S.TS. de 18 de diciembre de 1987 (R.8975) también por entender que no existe ajenidad ni

risprudencia venía entendiendo que se mantenía la vigencia y aplicación de la normativa sectorial anterior al ET y al RDAD, y en concreto la que hacía referencia a las facultades del armador o naviero para cesar libremente a quienes ocupasen determinados cargos de confianza y mando dentro del buque (146).

La justificación para tal tratamiento normativo específico y diferenciado se encontraba en la singularidad del trabajo en el mar y en las especiales características de los puestos afectados, dada la «naturaleza especial y múltiple de la representación que ostentan» quienes los ocupan, las funciones a los mismos encomendadas y el plus de confianza que caracteriza esta relación (147).

Sin embargo, sí se llevaba a cabo una matización importante en relación con las facultades de libre cese dispuesto por el naviero o armador atribuidas

(146) Dicha normativa estaba constituida por las siguientes disposiciones: art.61 de la Ordenanza Laboral para la Pesca Marítima en Buques Arrastreros al Fresco, aprobada por OM de 31 de julio de 1976 y modificada por la de 11 de enero de 1979; art. 90.2º de la Ordenanza Laboral de la Marina Mercante, aprobada por OM de 20 de mayo de 1969; art.61 de la O.L. para la Pesca Marítima en Buques Congeladores, de 19 de diciembre de 1974; art.60.c) y d) de la O.L. para la Pesca Marítima en Buques Bacaladeros, de 8 de abril de 1976 (todas ellas también han sido objeto de prórroga en virtud de la OM de 28 de diciembre de 1994, ya citada). Los cargos afectados por dichas disposiciones eran los de capitán, piloto, patrón con mando en buque, contramaestre, contramestre de pesca, jefes de inspección o inspectores y, por analogía, el jefe de máquinas. Con anterioridad, la Reglamentación Nacional de Trabajo de la Marina Mercante de 1952 se refería a las facultades del armador o naviero para proveer, designar y cesar libremente a los cargos con mando en el buque -capitán, piloto y piloto de cabotaje, y también el retorno al puesto que viniese desempeñando con anterioridad a su designación para el mando de la nave -arts.59, 66.1º y 172. Por cierto, adviértase la influencia de esta previsión sobre la regulación de la promoción del trabajador a alto directivo incorporada al art.9 RDAD. Sobre estas cuestiones, vid. ALMANSA PASTOR, J.M., *La relación de embarco...*, cit., que recoge la diferenciación entre los actos jurídicos de inicio de la relación de embarco con el acto contractual de enrolamiento y el de posterior nombramiento para el mando, que no altera los elementos esenciales de la relación preexistente (págs.36, 45 y 147 y ss.).

(147) En especial las SS.TS. de 16 de marzo de 1989 (R.1866) y de 21 de enero de 1988 (R.31). Pero también la posterior de 18 de julio de 1989 (R.5872) y numerosas sentencias anteriores: S.TS. de 15 de junio de 1982 (R.4012); S.TS. de 28 de septiembre de 1982 (R.5298); S.TS. de 19 de noviembre de 1982 (R.6847); S. TS. de 29 de noviembre de 1982 (R.6906); S.TS. de 4 de diciembre de 1982 (R.7441); SS.TS. de 20 de enero, 18 de julio y 26 de noviembre de 1983 (R.104, 3804 y 4282); S.TS. de 14 de junio de 1984 (R.3329); SS.TS. de 15 y 25 de abril y 3 de junio de 1985 (R.1865, 1920 y 3336); SS.TS. de 18 y 30 de septiembre de 1986 (R.4997 y 5216); SS.TS. de 6 de abril, 2 de junio y de 30 de octubre de 1987 (R.2356, 4105 y 7428) la primera de ellas con enumeración de las facultades del patrón de pesca, que dirige las faenas de pesca y ejerce facultades disciplinarias y de representación de la empresa, lo que le atribuye un plus de responsabilidad «que prácticamente le convierte en un *alter ego* del empresario...» S.TS. de 9 de

en estas normas, y que consistía en la necesidad apreciada por el TS de llevar a cabo una interpretación restrictiva en atención a que dicha regulación contemplaba una facultad excepcional. Esta interpretación se refería más concretamente a la extensión por analogía de dichas previsiones al jefe de máquinas, que también estaba prevista en la normativa de referencia (148).

Precisamente en relación con esta última cuestión se formulaba un voto particular en la ya comentada S.TC. 1/1984, de 16 de enero, en el sentido de que al no estar este cargo enumerado expresamente entre los afectados por la previsión normativa sobre el cese libremente decidido por el naviero o armador, y dado que tampoco se aprecia igualdad en cuanto a la representación que ostentan ni las funciones que desempeñan, «la analogía con los desiguales no puede ser razón suficiente para la justificación del libre cese en el cargo», por lo que se entiende vulnerado el principio de igualdad, en contra de lo resuelto por la mayoría.

El giro en la jurisprudencia se lleva a cabo a partir de la S.TS. de 3 de marzo de 1990, que pasa a considerar al capitán y al patrón de buque como personal de alta dirección, en base a las funciones que asumen y que implican la atribución de amplísimas facultades de dirección y representación del naviero, así como el reforzamiento de la recíproca confianza existente entre ambos. Estas son características propias de aquel tipo de personal, por lo cual se estima que han de regirse por lo dispuesto en el RDAD y, más concretamente, se considera aplicable el régimen sobre desistimiento empresarial contenido en el art. 11 del mismo (149).

El Tribunal se plantea el problema de la existencia de una doctrina jurisprudencial anterior que admitía la validez y aplicabilidad de los citados

(148) S.TS. de 24 de julio de 1987 (R.5743); S.TS. de 28 de abril de 1988 (R.3039); S.TS. de 16 de marzo de 1989 (R.1866). En contra de esta doctrina y considerando de aplicación por analogía del art.61 de la O.L. de Buques Arrastreros al Fresco de 1976 al jefe de máquinas, vid. la precedente S.TS. de 26 de marzo de 1987 (R.1741); y la de 30 de octubre del mismo año (R.7428), también sobre el jefe del departamento de máquinas.

(149) (R.1752), con invocación de los arts.610 y ss. del CCm sobre las facultades de dichos cargos y los art. 4, 6 y concordantes de la Ordenanza de Pesca Marítima de Buques Arrastreros al Fresco sobre las facultades de mando y gobierno del buque del patrón de pesca. En esta sentencia se reitera la doctrina contenida en la de 30 de enero anterior, en relación con un director de periódico (ya citada); posteriormente en las SS.TS. de 26 de marzo, de 9, 11 y 30 de abril -esta última en relación con un capitán de la Marina Mercante-, y de 22 de mayo de 1990 (R.2342, 3438, 3461, 3513 y 4488). Cfr. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, 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», en R.L. nº 14, 1992.

preceptos e incluso de la declaración que el TC había hecho en torno a que los mismos no se oponían a ningún derecho constitucional, considerando la existencia, en todo caso, de un problema de legalidad ordinaria. Y a continuación entiende que en ningún caso se puede producir una exclusión de un colectivo de trabajadores de ambos bloques normativos -la legislación laboral común y la especial- en relación con una materia como la extinción del contrato, lo que supondría el mantenimiento por vía reglamentaria de una especie de *tercer género* de relación laboral (150). Por la razón apuntada, entiende que tras la vigencia del RDAD «ya no cabe aludir a laguna alguna que haya de ser colmada con el citado precepto reglamentario, que implica un anómalo despido *ad nutum*, una ruptura libre, sin causa y sin indemnización de la relación laboral...», y que en virtud de la disposición adicional del mencionado RDAD se deja «sin efecto y carente de virtualidad» la regulación contenida en el art.61 de la comentada Ordenanza Laboral.

En cuanto a la ya tan aludida figura del jefe de máquinas, de la combinación de los criterios adoptados por el TC y el TS en relación con la situación en que quedan estos trabajadores una vez que se entiende que la vigencia del RDAD supone la pérdida de virtualidad de la previsión sobre el libre cese de los cargos con mando en el buque prevista en las Ordenanzas del sector, resulta una singular solución. El TS ha considerado que no pueden ser calificados como trabajadores de alta dirección en el sentido del art.1.2º RDAD, por lo que les resulta de aplicación el ET, a pesar de que en alguna ocasión el TC haya adoptado la solución de mantener la posibilidad de extinguir su relación contractual por desistimiento de la empresa, pero aplicando las consecuencias indemnizatorias que prevé el RDAD para dicho supuesto, como forma de evitar el resultado que se derivaba de la aplicación de las Ordenanzas Laborales correspondientes, que privaba de toda compensación económica a los cargos de confianza en caso de remoción de dicho puesto (151).

Corresponde en este momento plantear el problema del significado de la autonomía colectiva para la configuración y regulación de la relación laboral especial de alta dirección. La solución al mismo ya fue en parte apuntada al afirmarse la preeminencia de la autonomía individual y el consecuente desplazamiento del papel del convenio colectivo.

Pero todavía se pueden plantear ciertos interrogantes concretos en torno a la amplitud e intensidad de dicho desplazamiento, el primero de los cuales se

(150) S.TS. de 22 de mayo de 1990 (R.4488).

(151) SS.TS. de 21 de marzo, de 11 de abril y 22 de mayo de 1990 -vid. citas anteriores-, en las que el TS considera que en el caso del jefe de máquinas no concurren los requisitos del art.1.2º del RD y, por tanto, «se trata de una relación laboral de carácter común u ordinario», a la que será de aplicación el ET (S. 11 de abril); por su parte el TC en sentencia 103/90, de 4 de junio, estima aplicable a la extinción por desistimiento el régimen indemnizatorio del RDAD (cfr. DURÁN LÓPEZ, F. *Jurisprudencia Constitucional de España*, 1990, p. 117).

centra en si el convenio colectivo puede erigirse en instrumento o cauce idóneo para la definición de supuestos de alta dirección. En segundo término hay que despejar la duda acerca del papel que, excepcionalmente, podría estar llamado a cumplir como fuente de regulación del contrato de los altos directivos.

Y en relación con ambas cuestiones parece que la respuesta ha de ser negativa. En cuanto al primero de los problemas, por razones análogas a las que se pueden esgrimir para negar virtualidad a las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales en orden a la conceptualización del trabajador de alta dirección, se puede negar también dicha posibilidad a la norma convencional, pero, sobre todo, por el valor que a dichos efectos tiene el propio art.1.2º RDAD (152).

En cuanto a la solución al segundo de los problemas aludidos, la misma debe ser, en principio y de acuerdo con el sistema de fuentes instaurado por el propio RDAD, la negación de la aplicación al alto directivo del convenio colectivo aplicable en el ámbito en el que se desenvuelve su relación de servicios. Ni siquiera resultaría de aplicación como normativa de carácter supletorio respecto de la autonomía individual. Y a salvo, claro está, de lo que se disponga en el contrato.

Esta exclusión se articula a través de una doble vía. Por un lado, en el RDAD se omite cualquier referencia a la negociación colectiva, a salvo de la posibilidad de remisión expresa prevista en el art.3.2º. Por otro lado, la eficacia general de dichos convenios se salva mediante la genérica exclusión del personal de alta dirección de su ámbito personal de aplicación (153).

(152) En relación con los Directores de Cajas de Ahorros, vid. PRADAS MONTILLA, R., «La relación laboral especial del personal de alta dirección», en *D.L. Número monográfico sobre las relaciones laborales de carácter especial, dic.1985*, que reciben la calificación de altos cargos, conforme al RDAD, aun estando incluidos en las Reglamentaciones de Trabajo y Convenios colectivos correspondientes (págs.105 y ss.).

(153) Algunos ejemplos de convenios colectivos que excluyen expresamente al personal de alta dirección, algunas veces conjuntamente con los consejeros societarios, y en muchas ocasiones con una terminología continuista respecto de la empleada por las Ordenanzas Laborales, serían los siguientes: art.3º XX CC del Banco Hipotecario (Res.13 mayo 1991, BOE 28 mayo); art.3º XIX CC (interprovincial) Banco de Crédito Agrícola, S.A. (Res. 13 mayo 1991, BOE 28 mayo); XVII CC Banco de Crédito Local de España (id.); CC «Corberó,S.A.» (Res.17 mayo 1991, BOE 28 mayo) con una extensa enumeración de cargos del *staff* directivo excluidos; II CC «Telefónica Sistemas, S.A.» (Res. 17 mayo 1991, BOE 29 mayo); XVIII CC Banco Crédito Industrial (Res. 22 mayo 1991, BOE 31 mayo); CC Empresa Nacional Mercados Centrales de Abastecimiento, S.A. (Res. 10 en.1992, BOE, 18 en.); CC «Servicio Publicaciones Económicas, S.A.», (Res. 23 dic. 1991, BOE, 29 en.); CC Empresa Asesoramiento Formación y Servicios, S.A. (ASERFO) (Res. 15 en.1992, BOE 29 en.); V CC PRESUR (Centros de trabajo de Cala - Huelva- y Fregenal Jerez -Badajoz-), (Res. 21 en.1992, BOE 12 feb.); CC «FAG

En alguna ocasión se han criticado las exclusiones que provocaban un ensanchamiento del concepto estricto de personal de alta dirección contenido en el RDAD por referirse a otros directivos que no tenían esa alta consideración o a otros trabajadores por razón de la cuantía retributiva, o no sujeción a las reglas sobre jornada, horario u otras condiciones de trabajo (154). Por otro lado, éstos eran algunos de los criterios adoptados por muchas de las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales, como se ha observado.

La razón de fondo o fundamento de la exclusión o inaplicabilidad del convenio colectivo al personal de alta dirección puede encontrarse en la ausencia de dicho personal de los órganos de representación que negocian los convenios colectivos de eficacia general ex art.16 RDAD. Más aún, en la marginación de este tipo de personal de los mecanismos e instrumentos representativos de alcance colectivo a la que ya se ha hecho referencia y que se basa en la diferenciación de intereses respecto de los del resto de los trabajadores.

En fin, para que con carácter excepcional resultasen de aplicación algunas de las cláusulas del convenio a este tipo de personal, sería necesaria, probablemente, una previsión expresa en dicho acuerdo y una remisión al mismo efectuada en el contrato individual (155).

La anterior afirmación ha cedido en alguna ocasión en la que se ha admitido la remisión por las partes en el contrato, como fuentes supletorias, al propio RDAD, al convenio colectivo y, finalmente, al ET. Desde luego se trata de una solución aislada que contraviene lo que es la práctica habitual y quizá también el sentido mismo que inspira la propia ordenación de las fuentes reguladoras de la relación laboral especial en el RDAD. No debe excluirse totalmente la posibilidad de que algunas de las previsiones contenidas en la normativa laboral legal o convencional sean de aplicación a los altos directivos, pero no parece que una remisión genérica y en bloque a dichas normas pueda ser adecuada

nales de Vacaciones, S.A.) (Res. 31 en. 1992, BOE, 21 feb.); CC Pirelli Neumáticos, S.A. (Res. 13 feb. 1992, BOE, 18, marzo); CC Renault Financiación, S.A. (Res. 5 marzo 1992, BOE 21 abril); CC Mutua Previsión Personal FASA Renault (Res. 6 abr. 1992, BOE 14 mayo); XII CC Diario El País, S.A. (Res. 20 abril 1992, BOE 5 mayo); texto final del XIII CC Sector Contratas Ferroviarias (Res. 20 mayo 1992, BOE 16 junio); CC Cajas de Ahorros (Res. 5 mayo 1992, BOE 13 mayo), por remisión al Estatuto de Empleados de Cajas de Ahorro; CC Ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas (Res. 10 junio 1992, BOE 2 julio); CC FIAT Auto España, S.A. (Res. 24 jun. 1992, BOE 27 julio); CC Tabacalera, S.A. (Res. 29 jun. 1992, BOE 28 jul.); CC Empresas de Publicidad (Res.8 julio 1992, BOE 13 agosto); CC «Entidades de Financiación y Arrendamiento Financiero (Leasing) (Res. 8 sep. 1992, BOE 25 sep.); CC Ente Público Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea (Res. 18 sep.1992, BOE 6 oct.).

(154) MERINO SENOVILLA, H./ROMÁN DE LA TORRE, MªD., «Convenios colectivos y exclusiones del ámbito personal», en *R.L. 1987, II*, págs. 975-6.

(155) S.TS. de 15 de marzo de 1990 (R.2084).

para resolver las cuestiones cuya regulación no hayan previsto las propias partes en el contrato (156).

Para terminar puede señalarse algo que sí viene ocurriendo con frecuencia y es que el personal directivo, incluso el que merezca la calificación de «alta dirección», es incluido en la negociación colectiva a efectos de diseño del cuadro de categorías, grupos profesionales y niveles, aunque luego no le sean de aplicación la mayoría de las cláusulas que conforman el contenido de dicho convenio colectivo. En este sentido, un significativo y todavía reciente ejemplo ofrecido por la negociación colectiva es el del Convenio General del Sector de la Construcción de 1992 (157). En su art.14 se delimita el ámbito personal del mismo, del que queda excluido el personal directivo integrado en el NIVEL I, en el que quedan comprendidos no sólo los altos cargos en el sentido estricto del art.1.2º RDAD, sino también trabajadores comunes. Sin embargo, sobre este particular, y a pesar de lo que hace unas líneas se denunciaba (158), ya ha tenido ocasión de pronunciarse la doctrina en favor de la legalidad de dicha cláusula (159). Contiene, no obstante, una cláusula de salvaguarda de los derechos de los trabajadores que ocupen dichos puestos por promoción interna, en cuyo caso sólo opera la exclusión por el tiempo que se ocupe el cargo y para las condiciones que se deriven del mismo.

156) S.TS. de 30 de mayo de 1991 (R.3929).

157) Res. DGT, de 4 de mayo de 1992.

158) Vid. *supra*, nota nº 155.

159) El CGSC fue publicado en el BOE de 20 de mayo de 1992 y ya ha sido objeto de análisis detenido por la doctrina en VV.AA. *Comentarios al convenio general de la construcción*, dir. FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Madrid, 1993, (en relación con la exclusión del personal del nivel I, vid. págs.79-81).

LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE PROTECCIÓN SOCIAL: NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO

Por MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ *

SUMARIO: I. Introducción.-II. Noción y ámbito de la institución: 1. Noción. 2. Tipología.-III. Origen y evolución.-IV. Naturaleza jurídica de la institución: 1. Prestaciones de la Seguridad Social. 2. Percepciones salariales o retributivas. 3. Significado del concepto de remuneración. 3.1. Salario base. 3.2. Complementos salariales. 3.3. Prestaciones extrasalariales.-V. Consecuencias jurídicas: 1. A efectos de la Seguridad Social. 1.1. Base de cotización. 1.2. Revalorización. 2. A efectos de las relaciones mediatas de trabajo. 2.1. Responsabilidad empresarial en la contrata y subcontrata. 2.2. Responsabilidad empresarial en la cesión de trabajadores. 2.3. Responsabilidad empresarial en la transmisión de empresa. 3. A efectos de la protección del crédito salarial. 3.1. Los privilegios salariales. 3.2. Fondo de Garantía Salarial. 3.3. Inembargabilidad. 4. Consecuencias jurídicas a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 5. Consecuencias jurídicas a efectos de la prescripción.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se experimenta en España una evolución hacia la promoción de Regímenes de previsión voluntaria, donde la iniciativa privada juega un papel muy importante. La previsión social voluntaria adquiere en la actualidad una especial relevancia ante la manifiesta insuficiencia de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social (1). Insuficiencia que se constata ante la imposibilidad del sistema de garantizar una renta sustitución (2), sobre todo a los sujetos perceptores de una renta de trabajo alta o media-alta (3).

Esta tendencia se materializa en dos leyes fundamentales, la Ley 33/1984

* Profesora Titular de Escuela Universitaria (Universidad de Cádiz).

(1) BLANCO, J.E. «Las mejoras voluntarias y su contratación colectiva en la Ley de Bases de Seguridad Social». *Rev. de Política Social* nº 61 (1964), pág. 342, señalaba gráficamente que «Cuando la gran nave de la Seguridad Social básica y generalizada hace aguas, es natural que los pasajeros busquen su salvación en los botes de emergencia».

(2) Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/87, de 21 de julio BJC 76/77, los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones por el hecho de haber cotizado.

(3) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Pensiones contributivas y pensiones complementa-