

**CONCEPTO LEGAL DE ALTO DIRECTIVO, SU SELECCIÓN Y ESTRUCTURA DE
PROPIEDAD DE LA EMPRESA.**

Alto Directivo en Entidad Bancaria

MARIA CARAVACA CABALLERO

Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el grado de Doctor en
Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Directora:

Dra. Eva María Blázquez Agudo

[

Tutora:

Dra. Eva María Blázquez Agudo

NOVIEMBRE 2021

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**”.



Para mis padres que tanto me inculcaron el estudio.

Para mi hermana Flor que ha sido mi gran ayuda.

Y sobre todo para mis hijas Patricia y Cristina que son mi mayor tesoro.

ÍNDICE

INTRODUCCION

1.- OBJETO DE ESTUDIO

2.- METODOLOGIA DE INVESTIGACION Y PLAN DE TRABAJO

2.1. Metodología: método inductivo y deductivo

2.2. Entrevistas abiertas

2.3. Plan de Trabajo

CAPÍTULO I.- DELIMITANDO EL CONCEPTO DE ALTA DIRECCIÓN

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. Primera etapa

1.2. Su exclusión del Derecho del Trabajo en sus orígenes

1.3. Su laboralización

2.- DESARROLLO DEL CONCEPTO LEGAL DE ALTO DIRECTIVO LABORAL

2.1. Delimitación positiva

2.2. Delimitación negativa: diferencias entre el Alto Directivo y el simple Directivo

2.3. Delimitación negativa: diferencia entre la alta dirección y los consejeros o miembros de los órganos de administración

3.- CARACTERÍSTICAS DE LA ALTA DIRECCIÓN

3.1. Ejercicio de poderes generales

3.2. Plena autonomía y responsabilidad

3.3. Capacidades en la Alta Dirección

4.- A MODO DE CONCLUSIÓN DE LA DEFINICIÓN DE ALTA DIRECCIÓN

5.-LA RELACIÓN LABORAL DE ALTA DIRECCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

5.1. Limitación de las indemnizaciones por cese decidido por ente público

5.2. Régimen retributivo

5.3. A modo de conclusión

6.- ESTRUCTURA DE LA PROPIEDAD, ALTA DIRECCIÓN Y RELACIÓN CON EL RIESGO EN EL SECTOR BANCARIO

6.1. Evolución del sector bancario desde la crisis de 2007

6.2. Límite de las políticas retributivas de acuerdo con la asunción de riesgos

6.3. El caso especial de las Cajas de Ahorro

CAPÍTULO II.- SELECCIÓN, CONTRATACIÓN Y DESARROLLO DE LAS RELACIONES LABORALES DE LOS ALTOS DIRECTIVOS

1. - SISTEMAS DE SELECCIÓN

1.1. Promoción interna

1.2. Selección externa

2.- CONTRATO DE TRABAJO

2.1. Buena fe y mutua confianza

2.2. Requisitos formales: el contrato escrito

2.3. Duración y período de prueba

2.4. Algunas cláusulas incluidas en el contrato

2.5. Contratación de Directivos extranjeros y expatriación de los trabajadores españoles

3.- TIEMPO Y LUGAR DE LA ACTIVIDAD

4.- RETRIBUCIÓN

4.1. Complementos salariales

a) Los complementos personales

b) Los complementos de puesto de trabajo

c) Los complementos fijados por objetivos

4.2. Retribución de Administradores y alta dirección

4.3. Retribución flexible

4.4. Retribución específica de las Cajas de Ahorros

5. DERECHOS DE REPRESENTACIÓN

6. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

7. BREVE APROXIMACIÓN AL REGIMEN FISCAL

7.1.- Tributación de la retribución

7.2.- Tributación del impuesto de sociedades

7.3.- Tributación de las indemnizaciones

CAPÍTULO III.- EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

1.- EXTINCIÓN POR VOLUNTAD DEL ALTO DIRECTIVO

1.1. Dimisión del Alto Directivo

1.2.- Incumplimiento grave del empresario

2.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL EMPRESARIO

2.1. Despido sin alegar causa alguna por el empresario

2.2. La extinción por despido

CAPÍTULO IV. - RESPONSABILIDAD DEL ALTO DIRECTIVO

CAPITULO V.- SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ALTOS DIRECTIVOS

1.- ENCUADRAMIENTO DE LOS SOCIOS Y MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

- 1.1. Evolución legislativa y jurisprudencial en materia de encuadramiento
- 1.2. Encuadramiento
- 1.3. Síntesis del régimen de Seguridad Social aplicable al personal Directivo

CAPITULO VI. - LA PROTECCION DE DATOS

CONCLUSIONES

PRIMERA. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ALTA DIRECCIÓN

SEGUNDA. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA RELACIÓN LABORAL DE ALTA DIRECCIÓN.

TERCERA. SOBRE LA TEORÍA DEL DOBLE VÍNCULO

CUARTA. SUCESIÓN DE UN CONTRATO LABORAL ORDINARIO A UNO DE ALTA DIRECCIÓN

QUINTA. EN CUANTO AL CONTRATO DE TRABAJO Y LA EXTINCIÓN

SEXTA.- EN CUANTO AL ALTO DIRECTIVO EN ENTIDAD

BANCARIA.

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

RELACION DE SENTENCIAS

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AL	Actualidad Laboral
AN	Audiencia Nacional
ANL	Accidente No Laboral
AR	Marginal de Aranzadi
AS	Aranzadi Social
ASEC	Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos
Art.	Artículo
AT	Accidente de Trabajo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
Bibl. Cit.	Bibliografía citada
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCol.	Convenio Colectivo
CCom.	Código de Comercio
CE.	Constitución Española
CES	Consejo Económico y Social
cfr.	Confróntese

CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNAE	Clasificación Nacional de Actividades Económicas
CP	Código Penal
D.	Decreto
DA	Disposición Adicional
DAAB	Real Decreto de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones en el sistema de la Seguridad Social
DGRN	Dirección General de Registro y Notariado
DGT	Dirección General de Trabajo
Dir.	Directiva
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DT	Disposición Transitoria
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EC	Enfermedad Común
Ed.	Editorial
E. de M.	Exposición de Motivos
EM	Equipo Multiprofesional
EP	Enfermedad Profesional
EPA	Encuesta de Población Activa
ERE	Expediente de Regulación de Empleo

ET 95	Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo)
ET	Estatuto de los Trabajadores. (RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)
ETT	Empresa de trabajo temporal
FD	Fundamento de derecho
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
ICAM	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
JL	Jurisprudencia Laboral
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IT	Incapacidad temporal JS
	Juzgado de lo Social
JUR.	Jurisprudencia Aranzadi
L.	Ley
LCoop.	Ley de Cooperativas
LCT	Ley de Contrato de Trabajo (Decreto 26 enero 1944)
LEBEP	Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero)

LETA	Ley 20/2007, de 11 de julio (Estatuto del Trabajo Autónomo)
LETT	Ley de Empresas de Trabajo Temporal (Ley 14/1994, de 1 de junio)
LGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre)
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social
LO	Ley Orgánica
LOPJ de 1985)	Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 1 de julio de 1985)
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica 30 de octubre de 1979)
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
LPL	Ley de Procedimiento Laboral (RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril)
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1985, de 8 de noviembre)
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social
LRL	Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSS	Ley de Seguridad Social de 1966

MTIN	Ministerio de Trabajo e Inmigración
O.	Orden
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
Op.	Cit. Obra citada
RD	Real Decreto
RDL.	Real Decreto-Ley
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
RDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
Rec.	Recurso
RDPAD	Real Decreto 1382/1985, del Personal de Alta Dirección
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RGD	Revista General de Derecho
RGDTSS Social	Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
RGSS	Régimen General de Seguridad Social
RJ.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
Res.	Resolución
RL	Relaciones Laborales
RPJ	Revista del Poder Judicial

RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social
S.	Sentencia
S.A.	Sociedad Anónima
SAGEP	Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios
S.L.	Sociedad Limitada
SMAC	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
SPEE	Servicio Público de Empleo Estatal
SS	Seguridad Social
SS.	Sentencias
s	Siguientes
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social

TJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo)
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
Vid.	Véase Vol.
	Volumen
VVAA.	Varios Autores

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

La actual situación de la economía, vista en un contexto de globalización, está estructurada en entidades que revisten forma de sociedad. Son personas jurídicas cuya gestión y resultados dependen de personas físicas u órganos formados por ellas, sobre las cuales recaen importantes decisiones de todo tipo, que revierten en la posición de aquellas entidades en el mercado e, incluso, en los sistemas económicos.

Estas personas son los Altos Directivos y los consejeros y/o Administradores de sociedades, cuyas altas funciones y responsabilidades han requerido un marco jurídico específico para su actuación, marco en constante evolución en concordancia con el dinamismo que en todos los órdenes presenta el mundo económico. El análisis del desarrollo de las relaciones laborales de este colectivo será el objetivo de este estudio que ahora se presenta.

1. EL OBJETO DEL ESTUDIO

De acuerdo con los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) en el año 2020 el número de población ocupada se cifra en 19.202,40 millones, de los cuales 1.332,70 son las que dirigen las empresas (con independencia de su tamaño). En las empresas grandes o medianas hay un total de 97.90 personas, de las cuales 66,50 son hombres y solo 31,30 (el 0,4%) mujeres. Más numerosos son los "*directores de pequeña empresa, departamento o sucursal*", con un total de 1.234,70 (848,30 hombres y el resto mujeres). En total, 1.332,70 millones de directores sobre un total de 19.202,40 millones de ocupados. Es decir, hay un importante número de personas que trabajan y pueden ser potencialmente incluidos como Altos Directivos.

Como se puede observar, cuatro de cada diez Altos cargos en las empresas siguen siendo hombres, y no porque la mujer no quiera acceder a esos puestos de trabajo, pero la realidad de la estadística del año 2020 demuestra la falta de mujeres en esos puestos de responsabilidad.

En cuanto a la edad que ocupan los directores de las empresas grandes y medianas oscila entre los 45 y 55 años. Sin embargo, menores de 24 años es raro que ocupen estos puestos, quizás porque todavía no están del todo formados académicamente ni profesionalmente, y sobre todo en grandes empresas.

En resumen, el perfil del director en una empresa es un hombre, con bastante formación académica y profesional con una edad comprendida entre los 45 y los 54 años, pero a pesar de ello cada vez más va creciendo entre gente por debajo de los 45 años.

Condiciones de trabajo

Resultados nacionales

Ocupados por tipo de puesto laboral, sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto al total de cada grupo de edad

Unidades: Miles Personas, %

	Director de pequeña empresa,		Director de empresa grande o media							
	Valor absoluto	Porcentaje	Valor absoluto	Porcentaje						
	2020	2020	2020	2020						
Ambos sexos										
Total	1.234,8	6,4	97,9	0,5						
Hombres										
Total	848,3	8,1	66,5	0,6						
Mujeres										
Total	386,5	4,4	31,3	0,4						
Notas:										
Fuente:										
Instituto Nacional de Estadística										

Condiciones de trabajo

Resultados nacionales

Ocupados por tipo de puesto laboral, sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto al total de cada grupo de edad

Unidades: Miles Personas, %

	Director de pequeña empresa,		Director de empresa grande o media						
	Valor absoluto	Porcentaje	Valor absoluto	Porcentaje					
	2020	2020	2020	2020					
Ambos sexos									
55 y más años	375,0	10,1	31,9	0,9					
Hombres									
55 y más años	264,9	12,9	23,8	1,2					
Mujeres									
55 y más años	110,1	6,6	8,0	0,5					
Notas:									
Fuente:									
Instituto Nacional de Estadística									

Condiciones de trabajo

Resultados nacionales

Ocupados por tipo de puesto laboral, sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto al total de cada grupo de edad

Unidades: Miles Personas, %

	Director de pequeña empresa,		Director de empresa grande o media						
	Valor absoluto	Porcentaje	Valor absoluto	Porcentaje					
	2020	2020	2020	2020					
Ambos sexos									
De 16 a 24 años	4,8	0,5					
Hombres									
De 16 a 24 años	2,6	0,5					
Mujeres									
De 16 a 24 años	2,2	0,6					
Notas:									
Fuente:									
Instituto Nacional de Estadística									

En el derecho laboral, los Altos Directivos y Administradores se diferencian en la naturaleza de su relación con la entidad para que prestan servicios, los primeros vinculados por un contrato laboral y los segundos por un contrato mercantil. Consecuencia de esto es un tratamiento normativo. Lo que supone para los Administradores sociales su completa expulsión del ámbito del Derecho del Trabajo, para incardinarla en otros sectores del derecho, que lleva a que sus conflictos deban ser dirimidos en la jurisdicción civil o mercantil, y no es la social.

Desde los orígenes del Derecho del Trabajo, el concepto de alta dirección ha sufrido una gran expansión, alejándose de lo que se consideraba el obrero industrial. No obstante, la aparición de la relación laboral especial de alta dirección fue tardía y en ella influyeron varios y distintos factores.

Fue decisiva la Revolución Industrial, en la que se produjo un aumento de tamaño de las empresas, así como del volumen de plantilla, que hicieron que cada vez se jerarquizara más aún la estructura de los cargos en las empresas.

Así, cuanto mayor dimensión tiene la empresa, mayor presencia de trabajadores con funciones directivas existe, hasta el punto de que cuanto más compleja sea la empresa, mayor grado de dificultad se plantea para desempeñar estos cargos.

A esto hay que añadir que las funciones de los Directivos varían, si el empresario es persona física o persona jurídica, Si es persona física, el Alto Directivo tiene un grado de independencia total que se trasluce en que asume directamente la dirección; en cambio si el Alto Directivo desarrolla sus funciones en una sociedad jurídica, ese grado de independencia se limita, ya que necesita para ejercer sus funciones directivas la colaboración de otras personas.

La Ley de Seguridad Social de 1966 obligaba a los directivos por cuenta ajena a que fueran encuadrados en el Régimen General de Seguridad Social, salvo que ejercitaran cargos de consejeros. En vez de incorporar a todos los trabajadores directivos en un sólo régimen, separó al personal de alta dirección, incorporándolo como una relación laboral especial. Esto mismo quedó confirmado posteriormente por el Estatuto de los Trabajadores en 1980, hasta que se aprobó la regulación del personal de alta dirección como sujeto de una relación laboral aunque de carácter especial, en un Real Decreto específico, en concreto el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, que entró en vigor el 1 de enero de agosto de 1986 teniendo únicamente que respetar en principio “*los derechos básicos reconocidos en la Constitución*” (según el art. 2.2 ET).

Este colectivo regula su relación laboral a través de un Real Decreto para el personal de alta dirección específico, en concreto el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula “*la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*”, que entró en vigor el 1 de enero de agosto de 1986.

Desde ese momento, la norma de aplicación para este colectivo es este Real Decreto, salvo que se remita al Estatuto de los trabajadores, tanto en el propio contrato de trabajo como por tener que acudir a dicho Estatuto como norma supletoria por no contemplar alguna cuestión dicho real Decreto.

A continuación, se analiza como la norma y la jurisprudencia han ido construyendo el concepto de la alta dirección. Según lo estipulado en el art. 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores, quedan excluidos del ámbito laboral las actividades que no vayan más allá de desarrollar un cargo de consejero o miembro de los órganos de administración, cuando las organizaciones empresariales se constituyan como sociedades.

Es decir, el art. 1.3 c) excluye una actividad que es la que desempeñen los consejeros o Administradores de sociedades. Aunque solamente siempre que “la actividad sea inherente a tales cargos”, es decir, que se circunscriba al mero desempeño de la misma, pero sin definir en qué consiste dicha actividad. De forma que se convierte en una norma de remisión a la regulación mercantil, que es la que define qué actividad es la inherente a los consejeros o Administradores de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate, tal y como más tarde se analizará.

Por tanto, el art. 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores tiene carácter subordinado porque, aunque concurren las notas propias del Alto Directivo, que luego se examinarán con profundidad, no se va a incluir como tal si puede encuadrarse en la excepción que describe el artículo 1.3 c) ET que es de aplicación excluyente, tal y como se ha puesto en evidencia.

Aun así, no es lo mismo el Alto Directivo que realiza funciones en la empresa como si se tratara de un trabajador más vinculado con una relación común, al que se le aplica dicha normativa porque las funciones que realiza son las propias de una categoría profesional estando sujeto a las instrucciones de otros superiores jerárquicos.

En todo caso, aquellos sujetos que ocupan puestos superiores de dirección en la estructura organizativa de la empresa pueden formar un grupo profesional, el de jefatura y personal directivo. En él coinciden los verdaderos colaboradores del empresario que suplen e integran la voluntad de éste al desempeñar funciones organizativas, técnicas, o administrativas. Su posición, desde el prisma de sus condiciones de trabajo, es privilegiada comparada con la del resto de grupos profesionales, y se concreta en su situación jerárquica de la empresa, poderes y responsabilidad.

Se puede dar la circunstancia que un Alto Directivo sea también consejero delegado, en cuyo caso existirá un doble vínculo (Administrador y trabajador) si la relación laboral es de las calificadas como común. En este caso, la relación mercantil como Administrador se impone a la de alta dirección.

Hay empresas que por sus dimensiones van teniendo una organización cada vez más compleja distribuida cada vez más en diversos departamentos dirigidos por trabajadores altamente cualificados, que, además, tienen mando en la empresa, pero que carecen de poderes inherentes. Son puestos ejecutivos con puestos considerables, que tienen alta retribución y personal a su cargo. Este tipo de directivo es el que denominamos directivo común. A pesar de la importancia de sus cometidos y funciones, son titulares de una relación laboral ordinaria y por consiguiente su régimen laboral es el común sujeto a las normas laborales generales del ET. Sus conflictos se dirimen ante la jurisdicción social y deben estar incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por una parte, el artículo 1.3 c) ET excluye a todos los Administradores (unipersonales y colegiados, pero, también a los activos y a los pasivos). Por otra, existe una identidad funcional entre la alta dirección y la administración social. La diferencia entre ambas no se puede basar en el análisis de las funciones atribuidas a cada una de las relaciones, igual que tampoco puede tener este fundamento la calificación como mercantil o laboral de la relación, sino que, al contrario, será la naturaleza del vínculo, la que determine dicha diferenciación.

Dicho en otras palabras, existe una exclusión de la concurrencia de regulaciones y de la concurrencia de dos relaciones, pero compatibilidad entre la relación de administrador social y contrato laboral común según la

jurisprudencia, como se puede concluir de la lectura de la STS 12 de marzo de 2014 (RD 3316/2012).

Por lo tanto, no hay diferencia funcional entre un consejero y un Alto Directivo en régimen laboral a tenor del artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, del Personal de Alta Dirección. La distinción está en el tipo de vinculación, mercantil o laboral especial, donde el Administrador ejercita sus facultades como parte del órgano de gobierno o el trabajador de alta dirección asume funciones directivas en virtud de un contrato y a partir de su condición de persona ajena a dicho órgano, tal como se infiere de la jurisprudencia, que a continuación se analiza¹.

En todo caso, la jurisprudencia solo acepta que exista una relación laboral de alta dirección cuando al trabajador se le reconoce la posibilidad de decidir sobre cuestiones esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa. Pero, además, se exige que tenga *poderes generales inherentes a la titularidad* empresarial, que se ejecuten con autonomía. Y de forma restrictivas, todas las relaciones que no cumplan estos condicionantes, no se podrán enmarcar en dicha relación². Se está refiriendo a su gestión y a la autonomía, de forma que se excluye del concepto a aquellos que carecen de poderes que le den relevancia frente al resto de los trabajadores tanto en la acción de representación de la empresa como en la toma de decisión.

Por otra parte, la calificación depende de las funciones o actividades efectivamente desarrolladas por el Alto Directivo, y no de la establecida en el

¹ Entre otras, la STS de 29 de septiembre de 1988 (RJ.1988, 7143), caso Huarte; STS de 12 de marzo de 2014 (recurso. 3316/12); y STS, sala de lo civil, de 26 de abril de 2002 (RJ. 2002, 4161).

² STS de 17 de junio de 1993 (recurso 2003/1992).

contrato de acuerdo con su puesto de trabajo u otros aspectos formales de la relación³.

En esta línea, el artículo 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, configura la condición de Alto Cargo según la naturaleza de las funciones prestadas. Dichas funciones deben incluirse en el ámbito de la dirección de la empresa, e ir más allá de lo meramente técnico. Pero, además se exige que se refiera a los objetivos generales de la organización empresarial, y no solo a aspectos parciales⁴.

Siguiendo con lo establecido en el RD 1382/1985, que traía su base en el artículo 2.1.a) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y al amparo de la Disposición Adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, que modifica a esta última, personal de alta dirección será aquel trabajador *“que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad”*. Siendo preciso que se ejerza las funciones con autonomía y plena responsabilidad, que se decida sobre las cuestiones estratégicas dirigidas a toda la actividad de la empresa. Pero, asimismo, es preciso que sean lo suficientemente importantes en dimensión y estructura que sea necesario incluir la figura del Alto Directivo⁵. A lo que hay que añadir que

³ STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2015 (sentencia 6863/2015). En la misma línea, se puede consultar las SSTs de 12 de abril de 1980, de 20 de enero de 1981 y del 25 de noviembre de 1981.

⁴ STS de 3 de octubre de 2000.

⁵ STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2013 (sentencia 3287/2013).

su responsabilidad solo quedará limitada por las instrucciones directas de los órganos de gobierno de la empresa.

Otro elemento fundamental es que su relación con la empresa, que le haya contratado, debe ser de reciproca confianza, lo que se deriva de su posición en la toma de decisiones. Estas características se reflejan en el régimen jurídico que establece la norma reguladora de esta relación especial.

Antes de continuar con el análisis de la alta dirección, que conforma una relación laboral especial, hay que poner de manifiesto qué se considera tal. Las relaciones laborales especiales se encuentran al margen de la regulación del Estatuto de los Trabajadores. Se excluye de la legislación laboral común. Así, se regula por normas concretas, generalmente desarrolladas por Reales Decretos propios. En todo caso, esta diferencia de trato, en ningún caso, puede ser calificada de discriminatoria, puesto que se fundamenta en las especialidades del propio trabajo que se desarrolla.

En este ámbito, aún sigue siendo objeto de discusión la razón para calificar a ciertas relaciones como “especiales” y a otras no. Este debate ha sido calificado como “*inescrutable*”, dado que se califica como imposible encontrar un argumento que lo sustente⁶. Incluso se ha llegado a señalar que incluso se podría mantener que el objeto de cualquier contrato comparado con otro siempre es especial⁷. En esta línea, se plantea la razón, por ejemplo, de no calificar de relaciones laborales especiales a los contratos en prácticas, a ciertos cooperativistas, a los embarcados, a los contratados laborales por las

⁶ En palabras de MONTOYA MELGAR recogidas en CARDENAL CARRO, M., “A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (I)” en *Aranzadi Social*, núm. 9/2000, pág. 7.

⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, M., *El Estatuto de los trabajadores*, 3ª ed., Cívitas, Madrid, 1991, pág. 28.

Administraciones Públicas, a los TRADE, e incluso a los trabajadores en período de prueba.

En resumen, los Altos Directivos son personas físicas que gestionan la empresa, cuyo concepto evoluciona a la vez que el mercado laboral. Entendiendo que los Altos Directivos y los Administradores se diferencian por la relación jurídica con la empresa. Así, mientras los primeros quedan vinculados a la misma por un contrato laboral, los segundos por un contrato mercantil⁸.

En el contexto analizado, no hay que perder de vista que hay empresas que por sus dimensiones van teniendo una organización cada vez más compleja distribuida en diversos departamentos dirigidos por trabajadores altamente cualificados que, además, tengan mando en la empresa, pero que carecen de poderes inherentes. Son puestos ejecutivos, que tienen alta retribución y personal a su cargo. No obstante, este tipo de directivos es el que se denomina directivo común, en contraposición con el Alto Directivo.

Los directivos comunes ocupan puestos superiores de dirección en la estructura organizativa; son verdaderos colaboradores del empresario que suplen e integran la voluntad de éste al desempeñar funciones organizativas, técnicas, o administrativas. Su posición, desde el prisma de sus condiciones de trabajo, es privilegiada comparada con la del resto de grupos profesionales, y se concreta en su situación jerárquica de la empresa, poderes y responsabilidad. Sin embargo, a pesar de la importancia de sus cometidos y funciones, son titulares de una relación laboral ordinaria y por consiguiente su régimen laboral es el común sujeto a las normas laborales generales del ET. Y, por

⁸ SEMPERE NAVARRO, A.,: “Ocho preguntas sobre Relaciones Laborales Especiales” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 746/2008, pág. 1.

tanto, sus conflictos se dirimen ante la jurisdicción social y deben incluirse en el Régimen General de la Seguridad Social.

Y este es el objetivo de esta tesis: analizar los aspectos concretos del régimen laboral especial de alta dirección. En concreto, se trata de establecer claramente las diferencias entre un contrato laboral ordinario y otro de la misma naturaleza, pero de alta dirección, tanto cuando esta situación se presenta de manera inicial, a la firma del contrato, como cuando esta circunstancia surja posteriormente al llegar a esos puestos Directivos a través de la promoción interna.

Se iniciará el estudio con la evolución histórica, desde la perspectiva laboral, que ha seguido la figura del Alto Directivo, así como su trayectoria jurisprudencial, al ser la normativa legal muy limitada para estos supuestos, especialmente en el sector de las cajas de ahorros (sector en el cual se estudiará especialmente el desarrollo de esta relación); así como las consecuencias, positivas, de su posición que puedan derivarse de la regulación de la relación laboral especial objeto de estudio.

Es importante también analizar la figura del Alto Directivo, teniendo en cuenta la responsabilidad que conllevan estos puestos, que deriva en la inclusión de cláusulas especiales que se pactan de mutuo acuerdo por las partes en la contratación, pero que siempre deben respetar la normativa por la que rigen, principalmente el R.D. 1382/1985 de 1 de agosto y, subsidiariamente, la legislación civil y mercantil.

Lo más interesante de este análisis es la duda que genera encuadrar estos perfiles en la relación especial de Alta Dirección, teniendo cuenta los requisitos y características que establece este Real Decreto. Esto es, decidir encuadrarles como simples trabajadores por cuenta ajena, que se rige únicamente por el Estatuto de los Trabajadores, como cualquier otro trabajador por cuenta ajena,

aunque correspondan a otro grupo profesional; o incluso, en el otro extremo, entender que se trata solo de una relación meramente mercantil. Este asunto sigue siendo comúnmente determinado por los tribunales.

En los momentos actuales, la realidad de los grupos empresariales invade las más diversas materias del ordenamiento laboral, y desde luego también el desarrollo del concepto de alta dirección. Se pueden diferenciar las diversas actuaciones que pueden darse en la relación de alta dirección con el grupo de empresas, distinguiendo entre los grupos nacionales y los multinacionales; los que lo existe con meros efectos mercantiles de los que son a efectos laborales; entre la situación del Alto Directivo que trabaja en la sociedad matriz del grupo de aquella correspondiente a quien lo hace en una filial y, en ambos casos, distinguiendo según lo haga como Alto Directivo o como Administrador.

En este sentido, se plantea si para ser Alto Directivo en el marco de un grupo de empresas se tiene que gozar de facultades, autonomía, responsabilidad y capacidad de mando sólo en la empresa, probablemente filial, que haya suscrito el contrato de alta dirección. O quizás, eso no basta y la capacidad de influencia del Directivo tiene que acusarse a nivel del grupo, es decir, si quien es Alto Directivo en una filial, pero está absolutamente condicionado en sus decisiones por los responsables del grupo o de la sociedad matriz, puede considerarse propia y verdaderamente Alto Directivo, o si se trata de una mera apariencias, dado que necesita continuamente el visto bueno, la autorización o la aquiescencia, cualquiera que sea el modo en que se manifieste, de algún máximo responsable de la sociedad matriz o del grupo.

Se puede dar la circunstancia de que la sociedad mercantil se encuentre en España, y forme además parte de un grupo de empresas a nivel internacional. La cuestión a debatir surge cuando se plantee la duda sobre la dependencia del director gerente de esa empresa española, de la que además cuenta con poderes

inherente. Puesto que, en este caso dependería de la empresa matriz, aunque su sede se encuentre fuera de España.

Así, en este supuesto, la función del director debe significar la realización de tareas de dirección y de gestión y, por tanto, deben ir más allá del mero desempeño del cargo de administrador. Llama la atención la jurisprudencia que utiliza la expresión “*poderes meramente instrumentales*”, aludiendo a una realidad también frecuente entre nosotros, en cuya virtud las sociedades dependientes de un grupo multinacional tienen como miembros del Consejo de Administración o como Altos Directivos a ciudadanos españoles habilitados con los poderes notariales necesarios para facilitar el tráfico de la empresa, pero sin que tales poderes sean en absoluto expresivos de una capacidad de decisión referente a las materias en las cuales se ejercitan. Tales Directivos antes de firmar esos poderes, han de contar siempre con la autorización o visto bueno de los responsables del grupo, que son en realidad, quienes están decidiendo, quienes gozan de autonomía y responsabilidades plenas, pero sirviéndose instrumentalmente de los españoles.

En definitiva, en este momento la realidad de los grupos empresariales influye en el desarrollo de las labores de la alta dirección. Se pueden diferenciar las diversas actuaciones que pueden darse en el grupo de empresas; los grupos nacionales de los multinacionales; los que lo son a los meros efectos mercantiles de los que son a efectos laborales; incluso la situación del Alto Directivo que trabaja en la sociedad matriz del grupo de aquella correspondiente a quien lo hace en una filial, y en ambos casos distinguiendo según lo haga como Alto Directivo o como Administrador.

Los Tribunales se han planteado si para ser Alto Directivo en el marco de un grupo de empresas se tiene que gozar de facultades, autonomía, responsabilidad y capacidad de mando sólo en la empresa, probablemente filial,

que haya suscrito el contrato de alta dirección, o si eso no basta y la capacidad de influencia del Directivo tiene que acusarse a nivel del grupo. Es decir, si quien es Alto Directivo en una filial, pero está absolutamente condicionado en sus decisiones por los responsables del grupo o de la sociedad matriz, puede considerarse propia y verdaderamente Alto Directivo, o si se trata de una mera apariencia, necesita continuamente el visto bueno, la autorización o la aquiescencia, cualquiera que sea el modo en que se manifieste, de algún máximo responsable de la sociedad matriz o del grupo.

En ocasiones, el director gerente de una sociedad española, integrada en un grupo multinacional, debe someterse en su actuación a las directrices emanadas de la sociedad matriz. En estos casos lo que sucede es que al director de la sociedad española se le reconocen poderes inherentes a la titularidad de la organización empresarial. No obstante, estos poderes quedan limitados por los órganos superiores. Si bien es verdad que el Directivo es parte del Consejo de Administración de las sociedades mercantiles cuya nacionalidad es española, sin embargo, depende de la sociedad matriz de acuerdo con la constitución y estructura del grupo. En definitiva, el director además de detentar el cargo de administrador, también desarrolla funciones de gestión y dirección.

En general, la deslaboralización ha marcado la evolución histórica de la configuración de la figura del personal directivo. Dicha tendencia fue superada parcialmente con el RD 1382/1985, de 1 de agosto, aunque se sigue optando, en cierto modo, por reducir la aplicación del Derecho del Trabajo, lo que se pone de manifiesto en la supletoriedad del Derecho mercantil, en su encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social, o en la aplicación de la teoría del vínculo.

Además, en cuanto a su protección social, se desarrollará en un punto aparte su problemática, ya que el mismo problema de delimitación subjetiva ya

mencionada, surge también desde la óptica de su encuadramiento en algunos de los regímenes del sistema público de Seguridad Social.

Por último, hay que poner de manifiesto que los Altos Directivos, que ocupan la plantilla de este sector de banca, han sido considerados en el mayor de los casos como prototipos de estas relaciones. Es por esto que en este estudio se opta por analizar las implicaciones de este colectivo en un sector concreto, como es el de las cajas de ahorros y bancos, con el fin de establecer qué factores existen ligados a diferencias en la propiedad, a su relación con la conformación del consejo de administración, teniendo en cuenta la crisis financiera y el desmantelamiento de las cajas de ahorro.

Se examinará si la relación laboral y el comportamiento del Alto Directivo asociado a la estructura de propiedad tiene como resultado comportamientos oportunistas. Dicha cuestión está siendo objeto de debate entre profesionales de cajas de ahorro y bancos en España en los últimos tiempos. La estructura de la propiedad y su Alta Dirección influye en la adopción del riesgo, o al menos así viene recogido en gran parte de trabajos sobre el tema.

En el sector financiero español existen los bancos y las cajas de ahorros. En los primeros el beneficio se reparte entre los accionistas mayoritarios y las cajas de ahorros al ser entidades de carácter social el beneficio se reparte entre corporaciones municipales, Comunidades Autónomas, empleados y otros.

2. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN Y PLAN DE TRABAJO

Establecido el objeto de este trabajo, ahora se aborda la metodología, utilizado en su análisis, para posteriormente indicar el plan de trabajo que se va a abordar.

2.1. Metodología: método inductivo y deductivo

Por metodología se puede entender el medio empleado para el análisis del origen del conocimiento científico del ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional. Hay que partir desde la idea de que cualquier método que se escoja con este fin va a ser presentar cierta falsabilidad, es decir, va a poder ser sometido a pruebas que le contradigan.

Por otro lado, el método empleado tiene que ser capaz de localizar las normas aplicables de forma adecuada a cada asunto, logrando su sistematización e interpretación, logrando su resolución, utilizando, en todo caso, un método interdisciplinario.

Desde la determinación de la diferenciación clásica entre el método de razonamiento inductivo y el deductivo⁹, y teniendo en cuenta que el deductivo ha tenido una mayor aceptación en la historia del Derecho¹⁰, a partir del nuevo enfoque de Schwarzenberger¹¹, este enfoque inductivo pasa a ser hegemónico, tanto por las características tanto como por la naturaleza de este

⁹ CEA D'ANCONA, M.^a. A., *Metodología Cuantitativa. E estrategias y técnicas de investigación social*, Síntesis, Madrid, 2001, págs. 65 y ss.

¹⁰ CASTBERG, F., *La méthodologie du Droit international public*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2017.

¹¹ SCHWARZENBERGER, G.: *The Inductive Approach to International law*, London, 1965.

trabajo como por su proyección del derecho nacional como internacional, puesto que desde un enfoque de lo particular se pretende llegar a unas conclusiones generales.

Se inicia el método con una investigación exploratoria para identificar el tipo de organización de las distintas empresas en las que existen Altos Directivos, utilizando con técnica de investigación cualitativa el estudio de casos. Los resultados de esta investigación serán la base de un modelo teórico y conformarán una base para la operacionalización de las variables de la segunda fase de la investigación.

No obstante, también será preciso utilizar el método deductivo, que es denominado de igual forma como lógico, según se avance en el estudio, con la idea de aplicar las normas generales que se presenten desde el estudio de los casos y las condiciones relevantes en este estudio.

2.2. Entrevistas abiertas

El enfoque cualitativo en una investigación permite el análisis de la construcción y vivencia de la cotidianeidad de las personas, y su papel en los procesos de interacción social. El medio utilizado es la entrevista, que permite comprender el proceso de actuación de un colectivo concreto y genera información con el objeto de facilitar el contraste de la teoría y la realidad.

Las entrevistas son profundas para colaborar en la comprensión de un problema desde el punto de vista de los actores. Pero, también son semiestructuradas y abiertas. Dicho en otras palabras, el entrevistador guía al entrevistado para que obtener información completa sobre sus experiencias personales, siendo la más adecuada para comprender las funciones y responsabilidad de los Altos Directivos.

De este modo, en las entrevistas se tendrán en cuenta las siguientes variables de los entrevistado: sexo, edad, nacionalidad, tipo de contrato y actividad. Dichas variables permitirán definir los perfiles para los que se consideren oportuno realizar la entrevista.

En una segunda fase del estudio, se pretende contrastar cómo se desarrollan los objetivos desarrollados a partir del modelo antes mencionado.

2.3. Plan de Trabajo

En el marco de la metodología elegida, el plan de actuación para la consecución de los distintos objetivos tiene las siguientes fases:

1. Recopilación y valoración de doctrina principal en materia de contratación por cuenta ajena.
2. Agrupación de los datos y explotación de las bases originadas por la encuesta a los Directivos contratados por cuenta ajena, así como análisis e interpretación de los resultados.
3. Elaboración definitiva del cuestionario dirigido a la firma de las empresas contratantes y comparación con la encuesta desarrollada a contratados por cuenta ajena.
4. Ordenación de la información sobre los resultados, análisis de la evaluación de las funciones y cumplimiento de los objetivos de los contratos, y participación en las reuniones con las empresas seleccionadas y con los directores de empresas.
5. Segundo envío de cuestionarios al resto de mandos intermedios que no tengan la misma responsabilidad que los anteriores y nueva encuesta

entre Altos Directivos contratados con examen de las modificaciones entre las dos encuestas.

6. Determinación de conclusiones globales desde los diversos análisis con el objetivo de señalar las líneas de mejora de la calidad y gestión de los Altos Directivos.

CAPÍTULO I.

DELIMITANDO EL CONCEPTO DE ALTA DIRECCIÓN

CAPÍTULO I.

DELIMITANDO EL CONCEPTO DE ALTA DIRECCIÓN

En este Capítulo se pretende delimitar el concepto de alta dirección, entendido como relación especial dentro del derecho del trabajo, de otras figuras como son el trabajador por cuenta ajena y aquellos que prestan sus servicios a través de relaciones mercantiles.

El Estatuto de los Trabajadores considera que el personal de “*alta dirección*” constituye una relación laboral de carácter especial, pero, solo define legalmente su concepto a través de la determinación genérica de la definición de “*mero consejero o administrador*”. Es por esto que hay que ir desgranando su concepto desde la norma concreta que regula su sistema, la de alta dirección, y desde las pautas que ha ido marcando la jurisprudencia.

Con tal objetivo, en primer lugar, se analizarán los antecedentes históricos de la regulación actual, para luego pasar al desarrollo del concepto legal del Alto Directivo laboral, donde hay que diferenciar entre los Administradores y/o Consejeros de la sociedad que no son considerados trabajadores, si su actividad se limita al desempeño de funciones orgánicas del artículo 1.3c) del ET; los altos cargos, que sí se consideran trabajadores por cuenta ajena, pero se encuadran dentro de una relación especial; y los directivos de régimen común, considerados trabajadores ordinarios. Esto es, se establecerá la delimitación de alta dirección desde una óptica inclusiva y desde la contraria, pasando a analizar de forma negativa que figuras no se incluyen en sus límites.

A continuación, se pasará al examen de las características de la alta dirección. En concreto, se entrará en dos notas fundamentales como son el

ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica relativos a los objetivos generales de la empresa y la plena autonomía y responsabilidad.

Importante también será establecer las diferencias que la alta dirección desarrolla en el sector público, que tiene ciertas características concretas, que se diferencian de la noción manejada en el ámbito privado.

Para terminar con una aproximación de esta figura en el sector bancario, en cuanto a que, como ya se ha mencionado, además del análisis de la alta dirección en general, en este trabajo se pretende profundizar específicamente en estas relaciones en el sector bancario.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La figura del Alto Directivo no es algo nuevo como tal, se ha desarrollado de forma paralela al avance de las formas de trabajo, como a continuación se pasa a analizar.

1.1. Primera etapa

Desde los inicios de la prehistoria es sabido que el hombre subsistía a través de la caza, pesca y la recolección en grupo, hasta que dio lugar con posterioridad a la agricultura y ganadería.

En esa primera etapa del Neolítico se caracterizaba por estar muy jerarquizada, además de por la desigualdad entre hombre y mujeres, ya que existía una gran explotación de las mujeres. La mayor autoridad era el patriarca que se encargaba entre otras cosas de controlar el trabajo y del pago de tributos.

En la siguiente etapa, la de las Grandes civilizaciones (2150 a.c.-500 a.c.), se pasa de los recursos básicos de caza, pesca y recolección, al intercambio de productos, es decir se empieza a comercializar sin necesidad de dinero sino a través del intercambio de productos.

En esta época no se conoce todavía lo que conoce como empresario a pesar de que cada vez había más desarrollo en actividades como la construcción. Además, se van viendo ya indicios de desarrollo cultural y arte.

Es ya en la Edad Media (400-1400), donde se caracteriza por el trabajado artesanal. Lo más importante en esta época es que aparecen los gremios que son grupos de personas dedicadas al mismo oficio o profesión, que se rigen por un mismo estatuto.

Es importante porque es el precursor de los conocidos sindicatos. Se va profesionalizando todas las actividades dando el inicio al capitalismo debido al incremento del comercio.

El siglo XVII y XVIII son muy importantes para el comercio, ya que es la actividad económica básica y, sobre todo se desarrolla de manera internacional, siendo el antecedente de la empresa comercial; así como para el sector bancario, que se dedicaba a financiar las campañas bélicas. El comercio posteriormente se ve reforzado en la etapa de la Revolución Industrial, cuando los pequeños comercios se convierten en las llamadas empresas industriales, cuya actividad era inicialmente manual y se desarrollaba en pequeños talleres artesanos y se convierten en fábricas.

Esas fábricas fueron creciendo hasta convertirse en sociedades mercantiles, lo que hace necesario diferenciar al dueño de la empresa, porque era el que disponía del capital, del empresario que dirigía la empresa, independientemente de que dispusiera de capital o no. Se va produciendo un aumento de dichas sociedades hasta que se convierten más en unidades financieras que en unidades de producción. En paralelo, y con el fin de poder adaptar dichas sociedades a las nuevas necesidades (dotarlas de capital e impulsar su productividad), aparece un nuevo producto como es el crédito bancario. Este es el momento también en el que nacen las sociedades anónimas y los grandes complejos empresariales.

1.2. Su exclusión del Derecho del Trabajo en sus orígenes

Históricamente, el Derecho del Trabajo ha excluido de su protección a las personas que desarrollaban funciones directivas en las empresas. La razón

de dicha exclusión se basaba en la naturaleza rectora de sus funciones y en la alta remuneración que habitualmente percibían.

A finales del siglo XIX es cuando se ponen las primeras piedras y se emiten los primeros balbuceos de lo que será más tarde el Derecho del Trabajo. La realidad social de finales de dicho siglo XIX, en concreto los abusos constantes sobre mujeres y niños en el trabajo, la desprotección y miseria a que se ven sometidos la incipiente clase obrera.

Todo ello lleva a que en la España de la Restauración de Alfonso XIII, e inspirada por el ministro de la gobernación Segismundo Moret, se presente un proyecto de reforma social a través del RD de 5 de diciembre de 1883, por el que se crea la *“Comisión para el estudio de las cuestiones que interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras tanto agrícolas como industriales y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo”* donde se pretende dignificar las condiciones de vida y el trabajo obrero. El destinatario de las normas laborales era solo el trabajador manual y se omitía toda referencia a otro tipo de trabajo, quedando excluidas tácitamente quienes ocupaban un puesto de dirección, inspección o de confianza, en definitiva, el personal Directivo¹².

El legislador entendía que el Alto cargo o Directivo estaba en una situación muy próxima al empresario y, por tanto, de alguna manera ostentaba la representación de la empresa. Por otro lado, carecía de una de las notas

¹² En esta época se suceden diversas normas en España: la Ley Dato de 30 enero 1900 de Accidentes de Trabajo; la Ley 3 marzo 1904, de descanso dominical; el RD 3 abril de 1919 llamado “de las ocho firmas y las ocho horas”; y el Código de trabajo de 1926. En el ámbito internacional, destacan el Convenio de la OIT nº 1 de 28 noviembre 1919 y el Convenio OIT número 30 de 28 junio 1930, en ambos se reglamentaba las horas en el trabajo.

fundamentales para considerar que se trataba de una relación de carácter laboral común, cual es la dependencia o subordinación en sentido estricto.

Hasta 1976 la exclusión del ordenamiento laboral era radical e incondicionada. La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 en su artículo 7, excluía de una forma expresa del ordenamiento laboral a quienes desarrollaban funciones de “*alta dirección, Alto gobierno o Alto consejo*”.

En esta época, la jurisprudencia matizó ampliamente este precepto y relegó factores antes decisorios, como la representación y el volumen de la remuneración. Y este criterio fue mantenido con posterioridad por el Tribunal Supremo y el Tribunal Central de Trabajo¹³.

Las características más relevantes contenidas en dicha jurisprudencia se pueden resumir en que se distinguió, lo que eran puramente cargos, con funciones de dirección y gobierno, de los Altos Consejeros. Además, se atendió más a la función del trabajador que al cargo, por lo que, debido a la primacía de la función sobre el cargo, se excluyeron asimismo cargos o cometidos que, si bien por su denominación no estaban excluidos expresamente, en la práctica venían desempeñando las funciones señaladas.

1.3. Su laboralización

La situación producida en la práctica fue lo que desencadenó que la Ley de Relaciones Laborales de 1976, primero, y la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 después, “*laboralizarán*” a los Altos cargos, si bien no

¹³ Entre otras, SSTs 30 de octubre de 1950 (Ar.1580), de 9 julio de 1955 (Ar.2372), de 5 de julio de 1963 (Ar.3151), de 8 de marzo de 1973 (Ar.962). Sentencias a favor de la presunción del contrato, entre otras, SSTs de 15 de marzo de 1962 (Ar.911), de 21 de noviembre de 1967 (Ar.3997), de 5 de julio de 1969 (Ar. 3797), de 21 de mayo de 1968 (Ar.2819) y 20 de noviembre de 1970 (Ar.4542).

como trabajadores comunes y sometidos al ordenamiento laboral, si no como sujetos de una relación laboral de carácter especial (art. 2.1 a ET, antes art. 3.1K LRL) ¹⁴.

Pero solo con el RD 1382/1985, el Gobierno cumplió con el mandato a él conferido de regular tal relación de carácter especial; incluso fue preciso que la Ley 32/1984, de 2 de agosto, de reforma del ET, concediera un nuevo plazo para hacerlo, toda vez que no lo había hecho dentro del plazo originariamente concedido por el ET, por lo que la delegación había decaído. Así, hasta la entrada en vigor del RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección-, dicho personal se hallaba excluido del ordenamiento jurídico-laboral, e incluso hasta 1963, del sistema de seguridad social ¹⁵.

La jurisprudencia laboral entendió de forma unánime que, a pesar de ser la de los Altos cargos una relación ciertamente especial, pero laboral al bien y al cabo, debía seguir operando la exclusión ex artículo 7 LCT de 1944, por lo que la jurisdicción laboral era incompetente para conocer de los litigios que se pudieran plantear entre el Alto cargo y la empresa para la que prestaba servicios. ¹⁶

Esta exclusión del ordenamiento laboral se halla en la raíz y explica la interpretación restrictiva –incluso tras el ET- que de la noción de Alto cargo hizo la jurisprudencia, que tuvo muy en cuenta además que la legislación

¹⁴ STC 49/1983, de 1 de junio.

¹⁵ *Al respecto, BORRAJO DACRUZ, E, Altos cargos laborales*, Madrid, Edersa, 1984, págs.21 y ss.

¹⁶ *DE LA VILLA, L.E./GARCÍA BECEDAS, G./ GARCÍA-PERROTE, I., Instituciones de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ceura 1983, 1ª ed., págs. 447-448.

permitía considerar como tal, al menos en un primer momento— luego se fue flexibilizando- a directivos medios¹⁷.

Hasta 1986, la calificación como Alto cargo suponía la completa inaplicación de la legislación laboral, toda vez que según entendieron los tribunales laborales, no se podía aplicar el ET, ni tampoco era posible por hipótesis aplicar regulación laboral específica alguna, entonces inexistente; lo que conllevaba además la incompetencia del orden jurisdiccional social.

Pero siendo el laboral un ordenamiento protector y tutelador, se puede concluir que la jurisprudencia laboral trató de “*compensar*” la desprotección sufrida mediante la limitación sustancial del número de quienes iban a “*padecerla*”. Y así se entendía que la exclusión del ordenamiento laboral solo estaba justificada, para quien verdaderamente ocupara la más alta posición posible en la estructura jerárquica de la empresa y no para cualquier Directivo de la misma.

La doctrina laboral tuvo en cuenta lo que establecía la jurisprudencia laboral en lo que se refiere a las funciones desempeñadas por los directivos y miembros del Consejo de Administración, dando más importancia y valorando más las funciones que realizan que la denominación de la categoría definida para cada parte.

Posterior al RD 1382/1985 y, a partir de la STS de 29 de septiembre de 1988 (RJ 7143/1988), en el caso “Huarte”, los consejeros ejecutivos, que desarrollan a la vez funciones de alta dirección, quedaran excluidos del ámbito laboral. Se trata de la denominada teoría del vínculo por la cual se plantea la

¹⁷ SALA FRANCO, T, *La relación laboral de los Altos cargos Directivos de las empresas*, Bilbao, Deusto, 1990 págs. 15-16; BORRAJO, E., *Altos cargos laborales*, cit., págs. 124-125; y RODRIGUEZ-PIÑEIRO, M., *El contrato de trabajo del personal de alta dirección*, Relaciones laborales, tomo 1986-I, págs. 144-145.

compatibilidad entre las funciones de Administrador y las de trabajador de la Alta Dirección.

Cuando estos miembros simultanean dos tipos de relaciones, es decir por un lado una relación mercantil y, por otro lado, una relación laboral, el vínculo mercantil absorbe al laboral. Esto tiene más transcendencia de lo que parece, y es que en estos casos la jurisdicción social es incompetente para resolver cualquier conflicto imputado a los Administradores ejecutivos, aunque hayan sido contratados como Alto Directivos.

En este caso, igual que en otros de la Jurisprudencia se admitió como Alto Cargo a realizaba funciones directivas, aunque no fuera parte del órgano de Administración y siempre que dependiese de otros superiores con categorías similares pero que están subordinados al director.

Por lo que en este caso Huarte, se entiende que queda excluida del derecho del trabajo toda actividad de los consejeros como administradores de la Sociedad.

Todo ello quizás tenga su explicación en aplicar muy restrictivamente el artículo 7 LCT de 1944, que excluía del campo de aplicación de la ley al personal a su vez excluido en las Reglamentaciones de Trabajo (luego, posteriores ordenanzas laborales). Por una vez, la jurisprudencia parecía hacer caso del *nomen iuris* –la exclusión por la Reglamentación de Trabajo y su implícita consideración por esta como Alto Directivo- en vez de examinar si de hecho y en la práctica se realizaban funciones de alta dirección.

Vigente el RD 1382/1985 (del que más adelante se analizarán sus aspectos fundamentales), y en base a su Disposición Adicional, disposición esta que, para evitar equívocos, se clarifica quienes quedan excluidos del ámbito de

las Ordenanzas Laborales en aquellas fechas en vigor¹⁸, que reúnan los requisitos del artículo 1 del RD 1382/1985, se regirá por él. Así solo los excluidos de las Ordenanzas, cuyas funciones se acomoden a las descritas en el art.1.2 del RD 1382/1985, han de regirse por esta norma reglamentaria. No el restante personal excluido de aquellas, que no se rige por el RD 1382/1985, sino por la normativa laboral común.

Posteriormente, al principio de los años 90, la jurisprudencia recoge la doctrina científica al respecto y se produce una apertura y ampliación del concepto de Alto Directivo, concluyendo que no todo directivo es Alto Directivo¹⁹.

Como no puede ser de otra manera se seguirá defendiendo un concepto restringido de Alto Directivo y una suerte de presunción a favor de la calificación como relación laboral común en vez de la especial en la que se incluye a la alta dirección.

¹⁸ La desaparición definitiva de las Ordenanzas se llevará a cabo por la Ley 11/1994 de 19 de mayo.

¹⁹ STS de 24 de enero de 1990 (Ar.205) y STS de 30 de enero de 1990 (RJ/1990/233).

2. DESARROLLO DEL CONCEPTO LEGAL DE ALTO DIRECTIVO LABORAL

Para poder tratar la figura del Alto Directivo, que no deja de ser a fin de cuentas un trabajador, previamente habrá que definir el concepto de trabajador por cuenta ajena. Dicho de una manera coloquial, el trabajador es la persona que presta servicios a otra persona, empresa u organización a cambio de un salario. Este salario puede ser también en especie. Es decir, quien trabaja bajo las órdenes de otro, es decir, a una subordinación a otro que normalmente se llama “jefe”.

Según el art. 1.1 ET se define como *“los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”*. Así, las condiciones que califican a un trabajador por cuenta ajena, como bien se conoce, son las de voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad, que lleva a su inclusión en el ámbito de protección del ET. Fuera de esta definición, se excluyen del ET a los trabajadores de alta dirección, considerado su relación laboral como especial.

2.1. Delimitación positiva

La alta dirección es un territorio de enorme inseguridad jurídica, de gran incertidumbre, es un concepto vago, y depende mucho del tipo de empresa en la que se desarrolle el trabajo. Permite un cierto automatismo interpretativo, porque el Alto Directivo es un territorio donde no sabe si se trata de un trabajador, si es más bien la empresa, si se debe proteger, o si hay que respetar más la voluntad de las partes.

Desde el punto de vista procesal, es uno de los asuntos donde más porcentaje de revocación hay en suplicación en los Juzgados de lo Social: donde los recursos son más inciertos, donde las partes procesales no saben qué va a suceder. Es un territorio donde la incertidumbre y, por lo tanto, el grado de negociación es muy Alto en los casos conflictivos, y esto pasa por supuesto en los conflictos entre empresa y trabajador, pero también en el territorio fiscal.

El Estatuto de los Trabajadores y otras normas de la legislación sólo serán aplicables cuando exista una remisión expresa del Real Decreto aplicable, o del contrato firmado. Es decir, la normativa laboral no es norma subsidiaria, no es la que se aplica en defecto de pacto, solo se aplica en la medida en que esté específicamente prevista en el propio Real Decreto o que las partes lo convengan en el contrato.

La conceptualización legal de ciertas relaciones laborales como especiales se debe a la finalidad de dotarlas de una regulación distinta en mayor o menor grado a las contenidas en el ET y demás normas laborales comunes. El legislador incorpora a la protección del Derecho del Trabajo relaciones excluidas de él, aunque en general estos regímenes especiales suelen tener condiciones menos beneficiosas que las previstas para el común y así ocurre igualmente con la relación de personal de alta dirección regulado en el RD 1382/1985.

Por tanto, el artículo 1.2 del RD 1382/1985 proporciona una noción legal de Alto Directivo, un alter-ego del empresario, que ocupa el puesto más alto de la pirámide, aunque deba responder ante los Administradores, que integra el nivel ejecutivo más alto de las empresas, de las que no son ni dueños ni accionistas significativos, pero son quienes deciden y gobiernan las compañías, sin asumir la titularidad jurídica de la empresa.

Nótese que la especial posición que ocupa el Alto Directivo respecto del órgano de gobierno hace imprescindible que su relación laboral se base y fundamente en la confianza recíproca de las partes²⁰, constituyendo esta un plus sobre la buena fe que debe presidir toda relación laboral²¹.

Ocupan por regla general el puesto de Director General o Director Gerente, siendo su denominación una cuestión secundaria, siendo lo fundamental las funciones que desarrollen.

Consecuencia de la recíproca confianza y la buena fe es que la autonomía de las partes constituye el principal instrumento de la regulación de la actividad de alta dirección. Con independencia de que sea aplicable, por remisión expresa o por lo determinado en el contrato, el Real Decreto 1382/1985 y, en su defecto, se aplique lo dispuesto en la legislación civil o mercantil²².

Por consiguiente, hay que tener muy presente que en todo lo no regulado en su Real Decreto o en el contrato, le será de aplicación la legislación civil o mercantil, postergándose la normativa laboral, incluido el ET, que, solo serían aplicables por remisión expresa. De forma que, como ya se ha mencionado, sus conflictos se resuelven ante la jurisdicción social y en cuanto a su encuadramiento en la Seguridad Social, tras una laboriosa evolución histórica, y mientras no ostente más condición que ser Alto Directivo, se encuadran en la actualidad en el Régimen General.

²⁰ TCo de 5 de octubre de 1983; y STSJ Murcia de 25 de febrero de 2002.

²¹ STSJ de Andalucía de 9 de abril de 1999.

²² Art. 3 del RD 1385/1985; STS de 30 de enero de 1991; STS de 25 de mayo de 1990; y STSJ Murcia de 3 de junio de 1992.

En este sentido, el art. 3 del RDPAD establece que la relación laboral del personal de alta dirección se fundamenta en el acuerdo de las partes. A lo que añade también que las normas laborales comunes solamente se aplicarán por remisión expresa en este Real Decreto, o del contrato y, en todo lo demás, se aplicará lo dispuesto en la legislación civil o mercantil.

Con este precepto se aclara que el Estatuto de los Trabajadores tendrá carácter supletorio. Asimismo, el Código Civil se aplica en la teoría de los contratos, pero se sujeta a lo que interpreten los jueces laborales. Esto también es otra de las razones que también lleva a esa inseguridad jurídica en la regulación de la Alta Dirección.

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

Por otra parte, el único precepto legal que expresamente hace mención al personal Directivo en el ET, aunque no de forma directa. Es el artículo 2.1.a, el que declara que se trata de una relación laboral, aunque de carácter especial, para posteriormente excluir la actividad que consista exclusivamente en desarrollar funciones de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad²³.

²³ Actualmente reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que deroga, entre otras, la Ley de Sociedades Anónimas de 1989

Aunque sin indicación alguna en el ordenamiento laboral, la jurisprudencia indica que los trabajadores de Alta Dirección se pueden definir como aquellos con una alta cualificación, que tomen decisiones de ámbito general de la organización empresarial, aunque no detenten la titularidad de la empresa²⁴.

En definitiva, se considera personal de alta dirección a los trabajadores quienes ejercen poderes propios y generales de la titularidad jurídica de la organización empresarial, siempre con plena autonomía y responsabilidad, que participan en la toma de decisiones en la empresa.

Por lo tanto, desde un punto de vista de estrecha colaboración, son tres los tipos de Directivos que nos podemos encontrar en cualquier organización empresarial:

- Administradores y/o consejeros de la sociedad que no son considerados trabajadores si su actividad se limita al desempeño de funciones orgánicas del artículo 1.3 c) del ET.
- Los Altos cargos, que sí se consideran trabajadores por cuenta ajena, pero se encuadran dentro de una relación especial.
- Los directivos de régimen común, considerados trabajadores ordinarios.

Tal clasificación se basa en las funciones desarrolladas, en particular, su extensión y grado de independencia, y trae como consecuencia un tratamiento

y la Ley de sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, así como algunos preceptos del Código de Comercio y de la Ley del mercado de valores de 1988. En consecuencia, la actual Ley de sociedades de capital incluye las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades anónimas y las sociedades comanditarias por acciones y las sociedades anónimas cotizadas.

²⁴ STSJ de Madrid de 2 noviembre de 2004 (AS 3057); y STS 26 junio 1989 (Ar 4842).

normativo diferenciado, suponiendo incluso para los primeros la exclusión del ámbito de aplicación del Derecho de Trabajo.

Asimismo, hay que valorar los riesgos derivados de la posición y responsabilidad ostentadas, lo cual se traduce, de un lado, en la precariedad laboral de esta figura, habida cuenta la facultad de desistimiento que, como se verá, posee el empresario y, de otro, en la asunción junto con éste o incluso en primera y única persona, de las responsabilidades de todo orden, administrativas, penales, civiles, laborales y de Seguridad Social, en que pueden incurrir con su actuación²⁵.

En definitiva, si bien el artículo 2 del Real Decreto 1382/1995 realiza una descripción genérica y positiva, que no se considera suficiente para diferenciar al Alto Directivo del trabajador común, para lo cual hay que acudir a la jurisprudencia²⁶.

Pues bien, con el fin de calificar una relación como especial los tribunales exigen que se cumplan todos los elementos definitorios previstos en el artículo 1.2 del RD 1382/1985.

Estos requisitos consolidados, que se consideran las notas definitorias del Alto Directivo laboral según jurisprudencia reiterada y pacífica²⁷, y que serán analizadas en el punto siguiente.

²⁵ La confianza recíproca entre las partes es reconocida por la norma reguladora (art. 2 del RD 1382/85 y por los Tribunales de Justicia (STS de 4 de diciembre de 1986) como fundamento de la relación contractual de alta dirección, propias de la autonomía y responsabilidad de la posición y facultades y poderes que ha de ejercer.

²⁶ En especial, a las sentencias del TSJ de 20 de enero de 2010; TSJ de Madrid de 30 de mayo del 2011; y TSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 2010.

²⁷ Por todas, SSTTS 24 de enero de 1990, 21 de enero de 1991, 4 de junio de 1999 y 3 de octubre de 2000.

En todo caso, para diferenciar la relación de Alto Directivo respecto al resto de las figuras mencionadas, que a continuación se analizan, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

1° Es necesario individualizar caso por caso.

2° Hay que interpretar el concepto de forma restrictiva²⁸.

3° El nombre que se le dé al cargo no pasa de ser una mera cuestión formal, prevaleciendo la naturaleza de las funciones.

4° La función desempeñada ha de ser de alta Dirección, Alto Consejo o Alto Gobierno²⁹.

5° La confianza plena es lo que fundamenta esta especial relación laboral con la empresa³⁰.

2.2. Delimitación negativa: las diferencias del Alto Directivo y el simple directivo

Obviamente la posición del Alto Directivo respecto al resto de la plantilla justifica una regulación jurídica diferente en relación con la del resto de los trabajadores de régimen común, como consecuencia de la especial relación de confianza con el empleador, como consecuencia de la responsabilidad que sobre la gestión del negocio asume. Se fundamenta en el especial compromiso que contrae con el empleador en relación con la

²⁸ Por todas, STS de 25 de noviembre de 1992 (AR 8833); STS de 20 de octubre de 1998 (Ar. 4062) y STS de 16 de junio de 1998 (Ar. 5064).

²⁹ STS de 4 de junio de 1999 (Ar. 1972).

³⁰ STS de 24 de enero de 1990 (Ar. 205).

creación de valor y el cumplimiento de objetivos, que aquél persigue, mediante el cual el Alto Directivo hace suyos la cultura, los valores y el proyecto empresarial y se compromete a su difusión, cumplimiento y desarrollo.

Hay que diferenciar a los Altos Directivos de aquellos otros que, aunque son ejecutivos con puestos elevados y retribuciones considerables, que suelen tener bajo sus órdenes a numerosos empleados, ostentando una posición dentro de la organización empresarial muy cualificada, permanecen en el nivel intermedio por debajo de los Altos Directivos de los cuales recibe instrucciones. Según Alonso Olea, se suele tratar normalmente de intelectuales muy cualificados, que deciden en la empresa³¹.

Entre las denominaciones que se emplean en las empresas, en función de sus cometidos, se pueden considerar como directivos ordinarios, comunes o técnicos a los directores siguientes: financiero, de Recursos Humanos, Comercial, de marketing, de sistemas, entre otros, o responsables de una sucursal o similar. A pesar de la importancia de sus cometidos y funciones, son titulares de una relación laboral ordinaria y por consiguiente su régimen laboral es el común sujeto a las normas laborales generales del ET. Sus conflictos se dirimen ante la jurisdicción social y deben estar encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

En caso de controversia con el Alto Directivo, se establece una *presunción iuris tantum* a favor de la relación laboral común, de forma que la relación ordinaria no quedara excluida más que cuando

³¹ALONSO OLEA, M./ CASAS BAAMONDE, M., *Derecho del Trabajo*, actualización de la 9 edición, Madrid 1986, pág. 18.

explícitamente se extraiga tal conclusión del conjunto de facultades asignadas al Directivo y siempre que ello quede suficientemente probado³².

Los tribunales han entendido que el concepto de “*Alto cargo*” debe entenderse restrictivamente, dado que se limita la protección reconocida a los trabajadores en general³³. Como es más limitada su protección se presume, salvo prueba en contrario, que es una relación ordinaria.

En todo caso, esta delimitación se complica cuando en ocasiones se acumula en la misma persona la condición de directivo común ordinario con la de Consejero o administrador, si esto sucede, la jurisprudencia admite la dualidad o simultaneidad en paralelo de las dos actividades dándose dos relaciones de servicios distintas, por un lado, la mercantil de Consejero/administrador y, por otro, la laboral ordinaria por su condición de Directivo común, compatibilidad admitida, siempre y cuando no se tenga también la titularidad mayoritaria del capital social³⁴; siempre y cuando ambas tengan sustantividad propia y “*la aportación a la sociedad no integre precisamente la prestación de servicios que constituiría el objeto propio del contrato de trabajo*”³⁵.

No debe confundirse el desarrollo de ciertas funciones directivas por algunos trabajadores con la alta dirección. El directivo que no cumple los

³² SSTS 13 marzo 1990 (Ar 2065); 11 junio 1990 (Ar 5050); y 12 septiembre 1990 (Ar 6998).

³³ SSTS de 13 de marzo de 1990 y 11 de julio de 1990.

³⁴ SSTS 14 y 20 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7812 y 9296) y 30 mayo 2000 (RJ 2000, 6889).

³⁵ SSTS 18 de junio de 1991 (RJ 1991, 5152); 18 de marzo de 1991 (RJ 1869); 9 de mayo de 1991 (RJ 3794); y 20 de noviembre de 2002 (RJ 2699/03); SSTSJ Castilla y León de 10 de octubre de 2006 (AS 206/2007) y 24 de abril de 2007 (JUR 227823); STSJ Madrid de 8 de junio de 2004 (AS 2348); y STSJ Comunidad Valenciana de 9 de enero de 2007 (AS 1228).

requisitos que regula el RD 1382/85, está sujeto a una relación laboral ordinaria y a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores.

Como se ha indicado, el art. 1.3) del Real Decreto 1382/1985 se excluye del ámbito de este Real Decreto, a aquellos que solamente desarrollen un cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las sociedades, cuando la actividad se limite a cometidos inherentes a tal cargo.

- El director del complejo hotelero, cuyos poderes o facultades se limitan a un área funcional y territorial, dentro de una cadena internacional³⁶.
- El jefe de máquinas de un buque, puesto que no desarrolla funciones inherentes a la titularidad jurídica empresarial. Sus funciones son de carácter técnico y se refieren al cuidado y manejo del buque³⁷.
- El director gerente que solo realiza funciones de gerencia porque los socios son lo que gestionan la compañía³⁸.
- El director financiero de un grupo de empresas que ostenta la condición de mando intermedio³⁹.

2.3. Delimitación negativa: la diferencia de la alta dirección y los consejeros o miembros de los órganos de administración

³⁶ STS de 22 de abril de 1997 (RJ 3492).

³⁷ STS de 11 de abril de 1990.

³⁸ STSJ Comunidad Valenciana de 18 de septiembre de 2007 (AS 3478).

³⁹ STS, unificación doctrina, de 4 de junio de 1999 (RJ 5067).

Como se ha señalado, la exclusión de los meros consejeros o miembros de los órganos de administración de acuerdo de laboralidad se basa en la inexistencia del elemento de la ajenidad.

Desde un punto de vista negativo, se excluye del ámbito del Real Decreto de Alta Dirección a la actividad delimitada en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, cuando las funciones se limiten al desempeño exclusivo del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las sociedades.

Por tanto, como ya se puso en evidencia, el Estatuto de los Trabajadores no define legalmente el concepto de la alta dirección de forma positiva, sino mediante su delimitación genérica con el concepto de “*mero consejero o Administrador*”.

Desde un análisis del art. 1.3.c ET se puede fijar el alcance de su exclusión del ordenamiento laboral. En primer lugar, se aplica a “*la actividad que se limite pura y simplemente, al mero desempeño...*”. De la literalidad del precepto se puede desprender que los consejeros pueden desarrollar o bien una actividad limitada al desempeño de las funciones propias de su cargo, o bien compartir estas tareas con las de organización empresarial (caso de concurrencia con un Alto Directivo e incluso con un Directivo común).

En definitiva, el precepto en este caso excluye de la laboralidad a los consejeros “*puros*”, con labores exclusivas relativas a su pertenencia al órgano de administración de la sociedad. Mientras que los consejeros “*no limitados*” compatibilizarán su condición con un contrato de trabajo.

Posteriormente, se señala que debe tratarse “*del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración...*”. Así, se excluye a estos⁴⁰, con independencia de su denominación (ha de entenderse todos los cargos mercantiles como: consejeros, Administradores miembros de la junta, etc.).

Igualmente indica que la actividad debe desarrollarse “...*en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad...*”. También de su literalidad se desprende que se refiere a empresas con forma societaria, excluyendo por tanto las empresas de titularidad individual, los entes jurídicos desprovistos de personalidad (junta gobierno en una comunidad de propietarios), y centros de imputación de efectos jurídicos (comité empresa, que como se sabe es centro de imputación de efectos jurídicos y desprovisto de personalidad). En definitiva, aquí se refiere solo a todo tipo de sociedades que son en realidad para las que tienen mayor sentido regular la actividad de estos sujetos.

Se añade que “...*y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*”. La exclusión que se desprende de esta parte del articulado opera únicamente sobre los consejeros cuya actividad solo es de decisión, es decir, según el Diccionario de la Lengua española, inherente es lo que “*por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa, que no se puede separar de ella*”. Se refiere a las actuaciones que ha de tomar un miembro del consejo como la asistencia a reuniones, votaciones, firmas de actas, comparecencia en actos en el que el Consejo representa a la sociedad, preparación de temas para ser debatidos, entre otros. Cualquier otra

⁴⁰ STS, sala 3ª, de 14 junio de 1993 (RJ 1993/4635), la cual en su fundamento jurídico quinto manifiesta: “*conviene resaltar el dato de que el art. 1.3.c ET, no se refiere solo a consejeros, sino que a ellos adiciona con carácter más general, a los miembros de los órganos de administración, lo que sin duda da mayor extensión objetiva a la exclusión*”.

actividad que exceda de lo anterior, se confiará a los órganos ejecutivos correspondientes, que serán la alta dirección o dirección ejecutiva.

Se puede apreciar, en consecuencia, la diferencia entre el consejero asesor que se limita meramente a adoptar decisiones como parte del órgano de administración, frente a quien desempeña labores ejecutivas, que también participa en la puesta en práctica de dichas decisiones.

La problemática que se plantea es saber cuál debe ser el régimen jurídico de aplicación a aquellos consejeros que compatibilizan esta condición con la de Alto Directivo e incluso Directivo común dentro de la organización empresarial.

La jurisprudencia reconoce la opción de acumular la condición de consejero y trabajador ordinario, atendiendo a sus funciones en la empresa, sumando una doble relación jurídica, la laboral ordinaria y la mercantil⁴¹. Pueden encontrarse de esta forma pronunciamientos en este sentido cuando el consejero es, además, un mando intermedio en la empresa, y ello pese a que, en algunas ocasiones, la concurrencia de ajenidad y dependencia pueda estar difuminada y resultar hasta cierto punto cuestionable.

En un principio, se podían solapar el cargo de Consejero con las funciones de la alta dirección, y cada jurisdicción conocía de dichas relaciones, de tal manera que en algunas ocasiones se consideraba civil y en otras ocasiones se consideraba mercantil, pero a partir de la STS de 29 de septiembre de 1988 la situación cambia, ya no se admitía este doble vínculo, ya que como hemos

⁴¹ STS de 28 de septiembre de 1987 (RJ1987,6403); STS de 5 de julio 1988 (RJ 1988, 5757); STS de 6 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7928); STSJ de Murcia de 16 de octubre de 1991 (AS 1991, 5819); STSJ de Asturias de 21 de julio de 2000 (As 2000, 2003); STSJ de Andalucía, Sevilla de 24 de octubre de 2002 (As 2002, 646); STSJ del País Vasco de 28 de noviembre de 2003 (As 2003 ,3706).

comentado con anterioridad quedaban desde ese momento absorbida la relación laboral como Alto Directivo por la mercantil

Así, desde esta sentencia de 1988 se abre una nueva vía nada pacífica donde los consejeros ejecutivos con actividades de alta dirección, quedarán excluidos del ámbito laboral, de acuerdo con la denominada teoría del vínculo, que no se basa en la naturaleza de las funciones que se desempeñan, sino en la del vínculo en virtud del cual las desarrolla. El vínculo mercantil orgánico absorbe al laboral, lo que significa que la jurisdicción competente para conocer las controversias planteadas por los Administradores ejecutivos, incluso contratados como Altos Directivos, no sea la social.

En conclusión, tanto los consejeros como los Altos Directivos asumen funciones de dirección, siendo el vínculo que mantienen con la sociedad lo que les diferencia. Así, pueden reconocerse funciones directivas a alguien ajeno al órgano de administración, que se encuentre sometida al régimen de alta dirección del Real Decreto 1382/1985; pero igualmente pueden reconocerse a una persona interna del mencionado órgano, unida a la empresa mediante una relación mercantil. E incluso cabe el desarrollo compatible del cargo de administrador, siempre sin mayoría del capital social, y el de un trabajador laboral común.

La alta dirección lleva consigo el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad empresarial al igual que el desempeño de un cargo en los órganos de administración de la sociedad; por lo tanto, en este caso, el encuadramiento de una actividad como laboral no depende su contenido, sino más bien de la naturaleza del vínculo y como se posicione esta persona dentro de la pirámide

de la organización de la sociedad⁴². Quedan do excluidos, por tanto, los arrendamientos de servicios para el desarrollo de actividades de gerencia.

En consecuencia, y partiendo de la regulación legal de los Altos cargos y de la doctrina del Tribunal Supremo, los criterios para deslindar las figuras de consejero y el Alto Directivo han de tener en cuenta que:

- a) Toda sociedad precisa valerse de una o varias personas (órganos) para el desarrollo de su actividad y sus fines sociales, siendo la actuación de las personas físicas que los componen, una actuación que va más allá de las meras funciones consultivas, sino que comprende el mando de línea: esto es, la actuación ejecutiva, la gestión y la representación de la compañía en cuanto tal.
- b) Estas personas están vinculadas mercantilmente.
- c) Quien realiza las funciones de dirección y gestión de una empresa SA, no debe ser necesariamente un trabajador por cuenta ajena, calificado como de alta dirección.
- d) Las funciones del consejero-delegado son, en principio, las mismas que los órganos de administración de la compañía, a los que están vinculados por un nexo mercantil.
- e) Es obvio que el personal de alta dirección desarrolla típicamente actividades idénticas o análogas, pero la distinción entre personal laboral de alta dirección y el órgano jurídico-mercantil de la sociedad no reside en lo que se hace, es decir, en las características o contenidos de la actividad, sino en la naturaleza de la relación

⁴² SSTs de 21 de enero de 1991 (RJ.65), de 22 de diciembre de 1994 (RJ. 10221); y de 16 de junio de 1998 (RJ. 5400).

con la Compañía mercantil, es decir en la forma de actividad o título por el que se hace lo que se hace.

Por ello, para apreciar la existencia y la consiguiente sumisión al ordenamiento laboral y obligación de alta en el RGSS debe acreditarse la existencia de dicho vínculo⁴³. En el mismo sentido y añadiendo que la participación significativa en el capital es un signo importante de que su vínculo con la sociedad es de carácter mercantil⁴⁴.

- f) Es un Alto Directivo aquel cuya actividad de dirección se realiza al margen de los órganos sociales, mediante apoderamiento y no por vínculo societario⁴⁵.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA ALTA DIRECCIÓN

Los requisitos a cumplir son, en primer lugar, el desarrollo de poderes inherentes a la titularidad de la organización empresarial, que inserten al directivo en el círculo de las estratégicas empresariales. Esta condición debe cumplirse al margen de que exista un apoderamiento formal, que le otorgue poderes para el desarrollo de actos jurídicos en representación de la empresa y de disposición patrimonial.

En segundo lugar, las funciones deben ejercerse de forma general. Las facultades otorgadas deben extenderse a las áreas funcionales de la empresa y

⁴³ STS de 18 de abril de 1994 (RJ 3347) y de 26 de julio de 1996 (RJ 6360).

⁴⁴ STS 2 de enero de 1996 (RJ 5327).

⁴⁵ STSJ de Murcia de 10 de marzo de 1999 (AS 1349) y STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2000 (AS. 72).

estar referidas a su íntegra actividad, no pudiéndose referir solamente a ámbitos parciales.

Por último, su prestación de servicios debe realizarse con plena autonomía e independencia y con responsabilidad.

3.1. Ejercicio de poderes generales

Se ha interpretado que el Alto Directivo debe desplegar poderes amplios o generales en la empresa. Estos “*poderes*” no han de ser meramente formales, sino de funcionamiento, aunque en la mayoría de las ocasiones serán otorgados a través del “*apoderamiento*” que le conferirá o bien el empresario individual, o bien, en caso de que la empresa se constituya como sociedad, sus órganos de administración.

Se deduce, por tanto, que esas facultades para que se consideren generales han de referirse a la administración, representación y dirección que, en definitiva, configuran la gestión o gobierno de la empresa.

Desde lo señalado, se trata a continuación de desgranar del art. 1.2 del RDPAD, en lo que se refiere a las facultades que ostentan los Altos Directivos.

Pues bien, nuestros tribunales para proceder a calificar una relación laboral como especial de demanda como condición funcional el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica empresarial. Esto supone, por ejemplo, tener facultades para de representación, sobre todo en aspectos procesales y administrativos, para la conclusión de negocios jurídicos (para la ampliación de capital, o por disolución de la entidad), para actos que precisen especiales garantías (escrituras públicas, operaciones bancarias...). Poderes que, en la práctica, se traducen en poderes efectivamente ejercitados y no en

poderes otorgados que respondan a una mera formalidad o previsión en ausencia de alguien.

Por otro lado, la doctrina mercantilista distingue como parte del concepto de administración las funciones de gestión (para la consecución del fin social y sus objetivos), de gobierno (la aplicación de las normas legales y estatutarias con el fin de los que el resto de los órganos sociales cumplan sus funciones), y las de dirección (la gestión de los ámbitos contables, administrativos, técnicos, laborales, comerciales, entre otras, para garantizar el funcionamiento de la empresa).

Pero, es el ejercicio de las últimas, las actividades de dirección, las que pueden indicar que no se desempeña un mero cargo de administrador, sino una relación especial de alta dirección. La diferencia de los primeros con los Directivos comunes, por una parte, y respecto a los Administradores o consejeros en empresas organizadas con forma societaria, por otra, plantea problemas peculiares. En definitiva, no debe confundirse el ejercicio de determinadas actividades de dirección con la alta dirección. El Directivo que no cumple los requisitos que regula el RD 1382/85, está sujeto a una relación laboral ordinaria y a la regulación contenida en el ET.

Y no hay que olvidar que, como ya se ha indicado, la propia norma especial excluye de su ámbito a la actividad de mero desarrollo del cargo de consejero o, en caso de presentar la empresa forma de sociedad, el miembro de los órganos de administración.

Por tanto, el apoderamiento del Alto Directivo debe ir referido a los objetivos generales de la empresa (requisito objetivo): a aspectos decisivos o nucleares de esta en todo su territorio, aunque también se admite cuando sea desarrollado en las zonas de trabajo nucleares, y no deben ser facultades o poderes formales o de mera instrumentalidad.

A modo de ejemplo, son indicios contrarios a la calificación de alta dirección, la necesidad de que el sujeto solicite aprobación para la realización de determinadas operaciones o llevar a término actos y negocios jurídicos frente a terceros que requieran especiales garantías formales⁴⁶.

3.2. Plena autonomía y responsabilidad

Un segundo elemento es que el personal de alta dirección debe actuar con autonomía y plena responsabilidad, de forma que solamente pueda ser limitado por las instrucciones directas de quien detenta el gobierno directo de la entidad.

Es la posición del Alto Directivo respecto al resto de la plantilla, la que justifica una regulación jurídica diferente que la mantenida con el resto de los trabajadores de régimen común, como consecuencia de la especial relación de confianza con el empleador, como consecuencia de la responsabilidad que sobre la gestión del negocio asume.

El especial compromiso que contrae con el empleador en relación con la creación de valor y el cumplimiento de objetivos que aquél persigue, mediante el cual el Alto Directivo hace suyos la cultura, los valores y el proyecto empresarial y se compromete a su difusión, cumplimiento y desarrollo.

Pero ya se advirtió de los riesgos derivados de la posición y responsabilidad ostentadas, que consiste en la facultad de desistimiento libre del empresario y, de otro, en la asunción junto con éste o incluso en primera y única

⁴⁶ Véase, entre otras la STS de 11 de enero de 2001 (Ar. 184), la STSJ Comunidad Valenciana de 20 de enero de 2000 (Ar. 132); o la STSJ de Cataluña 14 de febrero de 2000 (Ar. 1351).

persona, de las responsabilidades de todo orden, administrativas, penales, civiles, laborales y de seguridad social, en que pueden incurrir con su actuación.

La autonomía solo es limitada por quien asume la titularidad de la empresa, excluyendo a quienes reciben instrucciones de otros órganos Directivos, que son los que se consideran mandos intermedios o Directivos ordinarios que no reúnen los requisitos nombrados.

Es justamente la confianza recíproca entre las partes la que reconoce la norma reguladora (art. 2 del RD 1382/85) y los Tribunales de Justicia (STS de 4 de diciembre de 1986) como fundamento de la relación contractual de alta dirección, junto a la autonomía y responsabilidad de la posición y facultades y poderes que ha de ejercer. En definitiva, la confianza de su puesto conlleva la plena autonomía, y responsabilidades.

El propio Real Decreto 1382/ 1985, en su artículo 2, como ya se ha mencionado, recoge que esta relación especial se basa en la recíproca confianza de las partes, y así es el "*alter ego*" del propio empresario. El elemento de una confianza personal aparece como fundamental para valorar la conducta de las partes. Se dan en el Alto cargo las características notas en las que se basa la confianza.

La relación del Alto Directivo y la empresa está basada en la confianza, es por lo que se comprende que la figura del Alto Directivo en la normativa expresa reguladora haya enfatizado la confianza, cuya falta o simplemente minoración, suponen la inmediata desnaturalización del contrato, de ahí la existencia del posible pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa (artículo 8 del Real Decreto referido), sobre todo cuando haya recibido formación, de modo que si el trabajador abandona su cargo durante cierto período, debe indemnizar a la empresa por daños y perjuicios.

La responsabilidad debe ser plena, sin imputarse a otra persona u órgano. Es el Alto Directivo quien responderá directamente.

Se confirma que la jurisprudencia, al referirse a la autonomía toma como sinónimos la libertad, la independencia, entre otras. lo que se señala en diversas sentencias al respecto⁴⁷.

Por otra parte, esa autonomía no deberá interpretarse como absoluta, puesto que se limita por los criterios del titular de la empresa. Siguiendo textualmente al Real Decreto regulador de los Altos cargos, en su artículo 1 menciona que su actividad queda limitada *“por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de Gobierno y Administración de la Entidad que respectivamente ocupen aquella titularidad”*. Así, debe interpretarse que los criterios deben aportarse de forma limitada, de modo puntual o para determinadas cuestiones, dado que, en caso contrario, se perdería la nota de autonomía y plena responsabilidad.

Estas instrucciones no deben ser dadas por persona intermedia, sino que deben ser directas del titular del negocio o, en su caso, del órgano de administración. Será admisible, en este sentido, que sean recibidas por el Consejero Delegado, aunque no posea funciones ejecutivas, cuando no añada su propia orientación a lo determinado por el pleno del Consejo.

La doctrina hace matizaciones al respecto: el Alto Directivo sólo tiene como superior el empleador en su sentido funcional, que en algunos casos serán los consejero; en ningún caso podrán ser los siguientes en la cadena de mando.

⁴⁷ Así, se puede consultar la STS de 4 de junio de 1999 (Ar. RJ 1999, 5067), STS de 12 de marzo de 1993 (Ar. RJ 1993, 2410), y STSJ de Madrid de 14 de octubre de 1992 (Ar.4909).

En conclusión, para cumplir el criterio de la autonomía, únicamente podrá recibir instrucciones directas de, titular de la organización empresarial, sin admitir que existan otros directivos por encima de este en el organigrama de la compañía, excepto en el supuesto de que este último integre los órganos sociales de la empresa⁴⁸.

3.3. Las capacidades en la Alta Dirección

Hay otros elementos a valorar como inherentes a la Alta dirección, en concreto las especiales capacidades que se deben exigir a estos trabajadores, que pueden dividirse entre elementos subjetivos y objetivos.

En primer lugar, los elementos subjetivos, entre los que cabría citar, la confianza especial y la capacidad técnico – profesional.

Por lo que respecta a la capacidad técnico – profesional, aunque los tres grupos mencionados de Directivos pueden tener unos conocimientos muy cualificados, es éste, a nuestro juicio, un dato (la alta cualificación) que va ligado a la fundamentación legal de la relación laboral especial del Alto Directivo.

Alto Directivo es en quien el empresario deposita su confianza y, además, es con quien firma un contrato laboral (frente a la relación extralaboral de los órganos de administración) que ejerce una función directiva concreta (elemento de distinción con el Directivo común) de la que deriva, desde luego, una especialísima confianza – tal como expresa el art. 2 del RD 1382/1985- que

⁴⁸ En esta línea, la SSTS de 4 de junio de 199 (At. 1972) y de 11 de enero de 2001 (Ar. 184); o la STSJ de Andalucía/Málaga de 6 de febrero de 1998 (Ar. 270).

se manifiesta en numerosos supuestos de su régimen jurídico especial, sobre todo en materia de extinción del contrato.

En definitiva, al Alto Directivo le diferencia del Directivo común el ejercicio de funciones directiva y de gestión de la actividad empresarial. Todo unido al elemento del *modo de su ejercicio*, esto es, la vinculación directa a los criterios e instrucciones emanadas por quien ostenta la titularidad jurídica de la empresa.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN DE LA DEFINICIÓN DE ALTA DIRECCIÓN

Con el fin de cerrar una definición de la relación de alta dirección han de tenerse en cuenta los criterios utilizados por la jurisprudencia a los efectos de calificar jurídicamente el vínculo contractual como mercantil o laboral. Doctrina jurisprudencial, que se recoge a continuación:

a) Relación mercantil:

a.1.) Miembro de los órganos de administración que, de acuerdo con las previsiones del ET art. 1.3 c), quienes realizan exclusivamente funciones inherentes a este cargo. Tales funciones no son solo consultivas o de orientación, sino de dirección y gestión ejecutiva⁴⁹.

a.2) El Alto Directivo, que forma parte de los órganos de administración de la sociedad, “siempre que su intervención como consejero sea determinante o vinculante”⁵⁰.

b) Relación laboral especial de alta dirección:

b.1) Se desarrollan funciones dentro del círculo de decisiones estratégicas de la empresa.

b.2) Se desarrollan funciones que afecten a las áreas principales de la empresa.

b.3) Se desarrollan funciones referidas a los aspectos trascendentales de la empresa.

⁴⁹ STS 22 de diciembre de 1994 (RJ 10221).

⁵⁰ STS 4-2-02, RJ 2650, STS de 26 de febrero de 2003 (RJ 3258).

b.4) Se desarrollan funciones con autonomía y plena responsabilidad, solamente limitados por las instrucciones por el empresario individual o por los órganos de administración.

5. LA RELACIÓN LABORAL DE ALTA DIRECCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

La noción de Alta Dirección analizada no puede extrapolarse a las actividades de gobierno de las Administraciones Públicas, sobre todo teniendo en cuenta que, de acuerdo con el Derecho Administrativo, los órganos administrativos superiores no pueden delegar sus poderes.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleo Público, ha venido a ampliar el ámbito de aplicación del concepto de Alto Directivo. Su artículo 13 prevé la posibilidad de que las administraciones públicas contraten en régimen laboral personal para desarrollar “*funciones directivas profesionales*” en dicho ámbito, conforme a los principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad.

Con ello el R.D. 1382/1985 pasa a regular forzosamente dos tipos de personal Directivo: a) El personal del ámbito privado a resultas de la aplicación del concepto definido en el art. 1.2. del RD 1382/1985; b) El personal de la Administración Pública.

Cuando se menciona el sector público, hay que poner de manifiesto que se trata de relaciones desarrolladas en empresas pertenecientes a la Administración, por el cual, los criterios generales para la calificación de un contrato como de alta dirección tienen que ser forzosamente matizados por la conexión inevitable que la dirección de una empresa pública guarda con la noción de interés público, con la incidencia del elemento político en cuanto a la elección de los máximos responsables de las Administraciones⁵¹.

⁵¹ MOLERO MANGLANO, C. *El contrato de alta dirección*, Editorial Thomson – Cívitas, Pamplona, 2007.

La necesidad de conjugar los requisitos de la alta dirección con las peculiaridades propias del sector público entraña dificultades prácticamente insuperables a la hora de configurar lo que pudiéramos considerar la alta dirección de empresas públicas; el casuismo va a resultar mucho más intenso que respecto a la empresa privada. Si en esta ya se cuenta con la dificultad de barajar conceptos jurídicos con otros sociológicos y empresariales, en el ámbito de lo público todos ellos tendrán además que conjugarse con principios administrativos y políticos, lo que impide aventurar una noción de alcance general fiable⁵².

5.1. Limitación de las indemnizaciones por cese decidido por el ente público

En concreto, es importante poner de manifiesto una de sus principales diferencias, como son las indemnizaciones por extinción o cese de Altos Directivos en el sector público, las cuales deben ajustarse a los siguientes criterios, distintos de los aplicables de forma general:

- a) En el ámbito de la Administración General del Estado, organismos autónomos dependientes, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, los contratos de alta dirección tienen especialidades en materia de extinción. Así, no es posible incluir cláusula de indemnización superior a siete días de salario por año de servicio. Y, a este límite diario, se añade otro: no es posible recibir una cuantía de indemnización superior a seis mensualidades de retribución, en caso de desistimiento del contratante.

⁵² SSTSJ Madrid de 9 de abril de 2007, de 3 de febrero de 2009 y de 6 de octubre de 2008.

b) En las Entidades de derecho público, con personalidad jurídica, que hayan de ajustar sus actividades al ámbito de la normativa privada y otros Entes del sector público estatal, hay que distinguir por niveles:

1. Respecto a los presidentes, vicepresidentes, directores generales, con funciones ejecutivas de máximo nivel, tampoco se pueden reconocer indemnizaciones, con independencia de su importe y naturaleza para el caso de cese del cargo. Igual restricción se aplica todos aquellos que desarrollen puestos asimilados a la condición de Alto cargo.

2. En los contratos para el personal de alta dirección, los importes pactados en caso de extinción por el desistimiento del contratante, las indemnizaciones máximas señaladas en el ET, artículo 56, para el despido improcedente. En ningún caso, dichas indemnizaciones podrán exceder de doce mensualidades. Idéntica regla se aplicará en las sociedades mercantiles, cuyo capital sea pública la mayoritaria de la participación, directa o indirecta para sus presidentes, consejeros delegados o Administradores, que ejercen las funciones ejecutivas de máximo nivel.

5.2. Régimen retributivo

Por otro lado, la Disposición Final Primera del Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, establece que tiene como objeto regular en el sector público la retribución de los Directivos, siempre desde *“los principios de austeridad, eficiencia y transparencia”* añadiendo el actual apartado 4 del artículo 1 que si se ejercen funciones de responsabilidad a través de los consejos

de administración o como Administradores en sociedades mercantiles estatales, la vinculación será mercantil.

5.3. A modo de conclusión

En definitiva, de acuerdo con el RD 541/2012 es razonable distinguir dos tipos de alta dirección: una la desarrollada en el sector privado y otra la establecida en el público. Con respecto a esta última, el art. 4 de la norma mencionada, establece un sistema propio de fuentes:

- En primer lugar, habrá que estar a la Disposición Adicional octava del R.D-Ley 3/2012
- A continuación, se aplicará el contenido del RD 451/2012 y luego el RDPAD, en cuanto no se oponga al primero;
- y, por último, habrá que estar a la voluntad de las partes.

Así, por ejemplo, en relación a lo anterior, en materia de período de prueba se aplicarán las reglas del RDPAD, ya que su contenido no contradice a lo regulado ni en el RD Ley 3/2012, ni en el RD 451/2012.

6. ESTRUCTURA DE LA PROPIEDAD, ALTA DIRECCIÓN Y RELACIÓN CON EL RIESGO EN EL SECTOR BANCARIO

En este trabajo se ha elegido poner de manifiesto las características de la alta dirección en un sector tan especial como el bancario. Con este objetivo, en este epígrafe de delimitación conceptual se va a analizar sus especiales circunstancias en este ámbito.

En primer lugar, se va a estudiar la evolución del sector bancario, para luego continuar con el estudio de la alta dirección en este ámbito.

6.1. La evolución del sector bancario desde la crisis de 2007

Una de las mayores crisis económico-financiera se produjo entre los años 2007 y 2014, cuyas causas fueron diversas e influyeron directamente en el tema analizado en esta Tesis Doctoral. Es por esto que es necesario su análisis previo de con el objeto de poner de manifiesto estas conexiones.

Hay que iniciar este estudio desde la determinación de las etapas de dicha crisis:

- a) En el verano de 2007 comienza la crisis global, que se agravo al año siguiente. Como año de inicio de la recuperación, se puede señalar el 2009 en los Estados Unidos.
- b) Mientras en Europa estallo la denominada crisis de deuda soberana, que provoca un estado de emergencia desde el punto de vista financiero. Es la crisis de Grecia en 2010, la que marca este hito.
- c) Las crisis concretas de los distintos Estados fueron provocadas por lo señalado anteriormente, pero, en ocasiones, se agravan (la llamada doble recesión) de debió a causas propias. Por ejemplo, la crisis

económica española, tiene particularidades en su extensión, dado que no empezó a superarse hasta el año 2014.

- d) El incremento en el precio del suelo y de las viviendas en Estados Unidos, Irlanda, Gran Bretaña y España, provocando una burbuja que influyó directamente en la política monetaria.

A continuación, es imprescindible el análisis de las causas de estas situaciones en España, donde la crisis destapó los problemas que albergaban las entidades financieras, en concreto, las cajas de ahorros: a saber la necesidad de recapitalización y, con excepciones, la necesidad de mejorar la organización de su gobierno corporativo. A corto plazo se favorecía la asunción de riesgos, lo que importaba eran los beneficios, a través de la retribución que percibían los Administradores y Directivos. No se valoraba el futuro de la entidad.

Por otra parte, las unidades de control de riesgos eran departamentos marginales, que solo accedían al consejo de administración mediante los propios ejecutivos que provocaban imprudentemente la asunción de importantes riesgos para la entidad. La supervisión falló, sin obligar a la recapitalización a las entidades para cubrir el riesgo asumido.

La respuesta legislativa española, ante tal situación, tiene condicionantes propios que derivan en una serie de modificaciones en la regulación⁵³, desde de la de las cajas de ahorros, pasando por la de la normativa concursal, la norma contable aplicable al ámbito bancario y un régimen de resolución que se adaptó precipitadamente a las normas europeas.

En todo caso, el diseño de esta regulación ha correspondido a diferentes instituciones, las cuales no se han coordinado suficientemente,

⁵³ El tipo de gobierno corporativo y el modelo de negocio depende de los entornos normativos locales, pero, también de las tradiciones culturales, de las decisiones directivas y de sus propias capacidades.

generando un volumen ingente de nuevas normas que ha significado el aumento considerable de obligaciones para las entidades de crédito. El conjunto de estas nuevas obligaciones ha podido tener un efecto importante en su rentabilidad, pero también en su capacidad para generar capital por sí mismas u obtenerlo mediante crédito. Además, la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito y las prácticas de supervisión y resolución de las entidades ha provocado el sometimiento de nuevas áreas a la intervención pública.

Lo dicho hasta ahora pone en el centro del debate a un tercer elemento: los límites de la supervisión bancaria. El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea llevaba tiempo recomendando la modificación de los criterios de supervisión del gobierno corporativo de las entidades en lo relativo a la gestión, lo cual implica que debe cuidarse que los consejeros sean idóneos tanto desde el punto de vista de sus capacidades profesionales como a nivel de la prevención de los conflictos de interés.

Todo ello lleva a la necesidad de reformar este ámbito a los efectos de evitar crisis bancarias en el futuro, cuyos ejes han sido:

- a) En primer lugar, las normas deben reconfigurar el gobierno corporativo de las entidades de crédito con el fin de que desarrollen una gestión prudente del riesgo y cumplan las normas⁵⁴.
- b) Además, se incluyen nuevas obligaciones instrumentales como las de transparencia (relacionada con el suministro de información), de organización y procedimientos internos (creando unidades

⁵⁴ DELGADO, M. "Corporate governance and risk management: the SSM approach" en VV.AA., *31 claves para la gestión de riesgos en entidades bancarias. Nuevos riesgos, nuevos retos*, pág 107.

encargadas de la gestión del riesgo), de determinación de políticas retributivas correctas, y de establecimiento de procedimiento para la elección de consejeros y Directivos adecuados.

- c) Si no se cumplen las normas referidas al gobierno corporativo o a las políticas sobre salarios, se sancionará a las entidades o se le exigirá mayores niveles de capital.

No obstante, hay que plantearse si las reformas introducidas pueden evitar una crisis en el futuro. Tiene sentido que los propios Administradores y Directivos de las entidades e, incluso, sus accionistas (que pueden influir a través de su voto en junta) se hagan cargo de las pérdidas. Sin embargo, hay que interrogarse sobre si es igualmente fundamentado el sacrificio de los acreedores (por ejemplo, los bonistas y depositantes, sin control efectivo sobre la misma).

6.2. Límite de las políticas retributivas de acuerdo con la asunción de riesgos

Es interesante mencionar que la nueva regulación del riesgo, que ya se ha mencionado, vino acompañada de la revisión de retribuciones de Administradores y Directivos con el objetivo de evitar una gestión imprudente del riesgo. En este ámbito, el legislador trata de evitar la asunción imprudente e incluye las siguientes medidas:

- a) La organización de un comité de remuneraciones (en muchos casos, distinto al comité de los nombramientos)
- b) La determinación de un salario proporcional, donde la parte fija y variable sea proporcionada, evitando la segunda cuando los resultados de la entidad son negativos.

- c) Determinado la retribución a través de instrumentos financieros diversos, como, por ejemplo, mediante la entrega de acciones, que durante un cierto período obligatoriamente se mantengan en el patrimonio del Directivo.
- d) Obligaciones de restitución (cláusulas de “claw-back ”) cuando se revele que los resultados positivos esperados no son tales.
- e) Limitando las indemnizaciones por extinción anticipada de los contratos (“Golden parachuting”) y las aportaciones discrecionales a fondos de pensiones.

6.2. El caso especial de las Cajas de Ahorro

Las Cajas de Ahorros tienen un carácter mutualista con carácter social, donde existe una ausencia de capital y por tanto de propietarios. Las Caja de Ahorros nacen con un carácter benéfico social, por lo que, junto con cooperativas y sociedades anónimas laborales, conforman la economía social; y por ello se les reconoce un objetivo distinto de la maximización del beneficio. Sin embargo, la característica más específica es la estructura de la propiedad, debido a la ausencia de capital social, es decir de accionariado.

Los fondos que las Caja de Ahorros tienen para prestar e invertir provienen principalmente de los depósitos. Por este motivo, en sus órganos de control exista una heterogeneidad de agentes, que va desde trabajadores hasta representantes de la Administración autonómica o local donde inicialmente comenzaron a desarrollar su labor económico-social. Esta propiedad difusa de las Caja de Ahorros conlleva cierta libertad de acción de las actividades desarrolladas por Directivos y trabajadores. Sin embargo, que esta "*libertad de acción*" vaya acompañada de inversiones más arriesgadas no es algo que se presente de forma clara en la literatura, ni teórica ni empíricamente.

En España, el Servicio de Estudios del BBVA en 1995 cuestionaba si la configuración jurídica específica de las Caja de Ahorros, puede responder ante una posible quiebra frente a los depositarios, induce a las Cajas a sumir el riesgo de forma distinta a los Bancos. En particular, señala si las Cajas se embarcan en inversiones más o menos arriesgada que los bancos.

Adicionalmente, las Comunidades Autónomas pueden fomentar su control sobre las entidades financieras más importantes de sus territorios, para conseguir la sostenibilidad de determinadas políticas de ajuste⁵⁵. Como señala Arancibia, los problemas pueden surgir cuando estos gobiernos intentan tener una mayor presencia en las Caja de Ahorros para condicionar de manera excesiva determinadas decisiones comerciales, las cuales pueden ir acompañadas de excesivos riesgos.

Esta posición favorable a la asunción de riesgos de las Caja de Ahorros tiene en contra la necesidad de cumplir con el coeficiente de solvencia⁵⁶. El Servicio de Estudios del BBVA (1995) matiza que estos fondos propios están formados por reservas de revalorización, y últimamente, se han visto incrementados por la aminoración de los beneficios que obligatoriamente dedican a la Obra Benéfico Social. De esta forma las Caja de Ahorros han adquirido un gran poder de autofinanciación que se ha traducido en un elevado volumen de reservas.

La autofinanciación y la falta de un control efectivo de los gestores bancarios favorecería la política expansionista llevada a cabo por parte de las Caja de Ahorros en los últimos años. Los gestores de las Cajas pueden estar más

⁵⁵ ARANCIBIA, S., “Un sector dinámico en constante cambio” en *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, núm. 23/1998, págs. 149-157.

⁵⁶ Exigido por la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

interesados en el crecimiento de la entidad que en objetivos más relacionados con su labor benéfico-social. Esto puede derivar en la adopción de políticas crediticias demasiado arriesgadas con la esperanza de incrementar la rentabilidad, aun poniendo en peligro la viabilidad.

La estructura de la propiedad y su Alta Dirección influye en la adopción del riesgo, o al menos así viene recogido en gran parte de trabajos sobre el tema. En el sector financiero español compiten dos estructuras o dos formas de organización diferentes: Cajas de ahorro y Bancos. Las primeras sería una forma de organización donde los clientes (impositores) serían también en parte propietarios, en contraste con los Bancos donde se separan propietarios y clientes.

En principio, la no existencia, en las cajas de ahorro, de accionistas activos con derechos al excedente pone en evidencia una ineficiencia, dado que estos no vigilan la eficiencia de la entidad, lo que lleva a una mayor libertad de acción para los Directivos y trabajadores⁵⁷.

Esta consecuencia se incrementa cuando existe competencia. Si Cajas y Bancos gestionan idénticos productos en el mismo ámbito, las Cajas buscarán su ventaja jurídica, ya que los Bancos deben remunerar a sus propietarios (accionistas) mediante dividendos y están por sus inversiones. Es por esto que las Cajas de Ahorro cada vez se alejan más de sus fines sociales originales.

Ahora bien en el razonamiento anterior se parte del hecho que existe un conflicto de objetivos entre Directivos y propietarios, Sin embargo la existencia de un Fondo de Garantía de Depósitos producirá un acercamiento de intereses entre la alta dirección y los accionistas, ya que los accionistas tienen incentivos

⁵⁷ Jensen, M.C. y Meckling, W.H., "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" en *Journal of Financial Economics*, 1976. págs. 305-360.

a maximizar su subsidio de seguro de depósito tomando un excesivo nivel de riesgos a expensas de los fondos de garantías de depósitos en contra en este caso de los intereses de los clientes.

CAPÍTULO SEGUNDO

SELECCIÓN, CONTRATACIÓN Y DESARROLLO DE LAS RELACIONES LABORALES DE LOS ALTOS DIRECTIVOS

CAPÍTULO SEGUNDO

SELECCIÓN, CONTRATACIÓN Y DESARROLLO DE LAS RELACIONES LABORALES DE LOS ALTOS DIRECTIVOS

Este Capítulo trata de explicar la importancia que se requiere a la hora de elegir un Alto Directivo, ya que se trata de una relación basada principalmente en la confianza de las partes, por ello hay que ser muy riguroso en la elección del candidato. Para ello el candidato, además de tener que reunir una serie de requisitos, habrá que seguir un procedimiento riguroso a la hora de seleccionar el candidato que va a cubrir ese puesto Directivo.

A continuación. se pasará a analizar su contratación y el contenido de las relaciones laborales.

1. EL TRABAJO DIRECTIVO EN LA EMPRESA. SISTEMAS DE SELECCIÓN

La empresa se puede entender como una organización en la que se unen dos factores, capital y trabajo. En cuanto esta adquiere cierto volumen, es necesario la contratación de varias personas que tienen como objetivo la explotación empresarial para la consecución de un fin en su conjunto. La coordinación del trabajo se le encomienda a un tercero en posición de supremacía que ocupa en dicha empresa el perfil de lo que sería el jefe de empresa y que es el que detenta el poder de dirección.

Así, el organigrama empresarial queda configurado de la siguiente manera: Un poder general del titular de la empresa, que lo ejerce directamente o a través de un representante; un poder medio de los dirigentes excluyendo el anterior; y un poder inferior, de ejercicio inmediato, de los trabajadores con funciones de mando. Los cargos Directivos de la empresa se encuentran en una situación intermedia entre el empresario y titular de la explotación y el conjunto de trabajadores, a ellos subordinados.

Atendiendo al nivel jerárquico en la organización empresarial, se pueden distinguir tres niveles: *superior*, al que le corresponde fijar los objetivos generales y la política de la empresa; *medio*, que los han de transmitir y hacer ejecutar a los Directivos intermedios; *inferior*, disponiendo a su vez estos de colaboradores a los que dirigen e inspeccionan para que técnicamente se hagan realidad los objetivos.

El Directivo es, como se ha dicho, una persona clave en la organización, no sólo por las funciones y responsabilidades que asume, sino por el efecto que su liderazgo y actitudes tienen en el clima organizativo, y en el trabajo en equipo y rendimiento en las personas que integran la empresa, y en definitiva en el cumplimiento de los objetivos de la empresa, y en la consecución de sus prioridades estratégicas.

Por ello es fundamental que la empresa tenga claro qué perfil de persona necesita y cuáles son las cualidades que debe reunir para potenciar la empresa. Además, es conveniente que compartan los mismos valores que la

empresa. Esto es para la cohesión de toda la empresa, y en especial del equipo Directivo, ya que deben posteriormente transmitirla a toda la organización.

Los requisitos que tienen que reunir los candidatos son muy rigurosos ya que se trata de perfiles laborales que requieren en sus actuaciones una gran responsabilidad, por lo que deben contar con una gran cualificación profesional.

De acuerdo a la actividad de la mercantil, y al volumen de la misma, se tienen en cuenta una serie de requisitos para la selección del candidato, hasta el punto que incluso si se trata de una empresa que tiene centros de trabajo repartidos por diferentes áreas geográficas que le impliquen relacionarse con otros países, se requiere de manera fundamental, además de que dominen los idiomas de esos lugares, que además conozcan los usos y costumbres de los mismos de manera que no obstaculicen el desarrollo y crecimiento de la empresa.

Es importante por supuesto que además cuenten con una gran experiencia laboral y sobre todo en el sector en el que van a prestar servicios, para ello es importante que acrediten todos los logros realizados en su carrera profesional, tanto desde el punto de vista práctico como teórico, ya que beneficia en la implantación de las futuras estrategias utilizadas en el desarrollo de la empresa para conseguir los mayores beneficios económicos.

Al mismo tiempo es importante que transmita una buena imagen profesional con una buena capacidad de liderazgo para que exista un buen clima en la empresa con el resto de los colaboradores y así evitar conflictos.

Tienen que tener además una gran formación y capacidad de información del puesto que van a desarrollar para que vaya acorde con las funciones que van a desempeñar y que vaya relacionada con la actividad de la empresa donde van a prestar servicios, para poder conseguir el mayor beneficio posible para la empresa por lo que habrá que tener en cuenta además de lo anterior, la capacidad para lograr compromisos con los “*stake holders*” de la

compañía, como son el Consejo de Administración, los socios estratégicos, los inversores Institucionales, los empleados, los clientes y la administración⁵⁸.

Al tratarse de la incorporación de un trabajador con condiciones distintas al resto de la plantilla de una empresa, es necesario un sistema de selección más riguroso para los Directivos, entre otras cosas, por la gran carga de responsabilidad y de riesgos que tiene que asumir dicho perfil.

Los puestos de alta dirección son los de máxima confianza en la empresa. Por encima de la competencia técnica, de la competencia gerencial y de la experiencia que haya de tener el titular del puesto, la variable fundamental que debe considerar el primer ejecutivo y/o el Consejo de Administración a la hora de promover o seleccionar un Alto Directivo es la confianza que inspira o que se tiene, en el posible candidato o en el actual Alto Directivo.

Sea por una u otra vía el acierto en la elección es, en todo caso, esencial para el futuro de la compañía. El Alto Directivo participará en la toma de decisiones importantes, tendrá a su cargo un área de responsabilidad significativa, conocerá y participará en las estrategias y los planes operativos, representará la imagen externa y deberá ser ejemplo interno ante los empleados de la organización.

Una vez analizado dicho perfil, Analizaremos en detalle el proceso de selección en el que se utilizan diferentes técnicas de reclutamiento. Para la selección de dichos candidatos, se utilizan habitualmente, dos sistemas, la selección externa e interna- la promoción- que a continuación se pasa a analizar.

⁵⁸ Sobre esta cuestión, Vid. la identificación de las competencias de éxito de los Altos Directivos que ha desarrollado HAY GROUP, consultora internacional. Desarrolló un importante estudio de campo, en el que se realizaron entrevistas a 55 máximos ejecutivos, de empresas multinacionales de éxito en 15 países.

Además, hay que tener en cuenta protección de datos en la selección de personal y más aún en estos perfiles profesionales, siendo responsables de su custodia los empleados de recursos humanos, de tal manera que la información que se recoge en dichos curriculum debe estar totalmente protegida.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, es necesario además incluir una cláusula de protección de datos para el tratamiento de datos personales en el CV en los que se incluirá una cláusula para que el candidato de además debe firmar su consentimiento para que se puedan transmitir todos sus datos a un tercero que será extensible a las pruebas y entrevistas realizadas para cubrir la vacante a la que están optando para la celebración de un futuro contrato de trabajo.

En la recepción de cualquier documento relativo a dicho proceso de selección se le comunicará al candidato que sus datos personales solo serán utilizados para los fines relacionados con la selección.

1.1. La promoción interna

La selección interna consiste en promocionar a dicho puesto a un trabajador de la misma empresa: en principio habría que comprobar que dentro de la empresa existe alguna persona que pueda cubrir el puesto vacante y que justamente esa persona puede responder al perfil demandado.

La decisión de cubrir dicho puesto con una persona que ya está en la empresa, aunque sea de otra categoría siempre beneficia porque ya conoce dicha empresa, y eso hace que sea menos costoso adaptarse al puesto de trabajo.

Aun así el sistema de selección es igual de riguroso que cuando se refiere a la selección externa, ya que muchas veces se cometen errores promoviendo a una persona porque ha sido muy brillante en su puesto, pero si no se tiene en cuenta el nuevo puesto que va a desarrollar puede llegar a ser un fracaso.

Según el art. 9 del RDPAD, deberá formalizarse por escrito el cambio de una relación común laboral a una de alta dirección en la misma empresa o una que perteneciese al mismo grupo.

La importancia de formalizar por escrito la novación contractual producida en el supuesto de promoción interna reside en la importancia de dejar claramente establecida la situación en que queda la relación laboral ordinaria de procedencia, toda vez que, tanto la novación aludida tenga como consecuencia una auténtica sustitución de la ordinaria por la relación especial, con extinción de la anterior a todos los efectos, como que aquélla quede suspendida mientras cursa la de alta dirección, lo que determina la posibilidad de retorno a la misma o en su defecto, la indemnización correspondiente conforme a las reglas del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, el art. 9 en su número 2, señala que debe establecer si la nueva relación laboral suspende la anterior o la sustituye. Cuando el contrato no incluye especificación, la conclusión es que la relación laboral común ha quedado suspendida. Si se decide la sustitución por la relación especial, la novación solo podrá tener consecuencias transcurridos dos años desde dicho acuerdo novatorio.

1.2. La selección externa

La selección externa consiste en hacer dicha selección del Alto Directivo mediante contactos habidos con ocasión de la presencia y concurrencia en un mismo mercado, o sirviéndose de terceras empresas especializadas que captan dichos candidatos como son las agencias de colocación.

Este es el caso de las agencias privadas de selección de Altos Directivos, que sirven como vía normal de contratación o como mediación e intervención en dichos procesos de selección. Ahora bien, el compromiso de una empresa de este

tipo, las llamadas “*executive search*” (búsqueda y selección ejecutiva de Directivos), no finaliza solamente con la selección; su compromiso va más lejos, ya que durante un tiempo razonable, harán un seguimiento del grado de integración del Alto Directivo en el nuevo puesto, de manera que si se comprobara la no adaptación de la persona contratada, habrá de retomar la búsqueda de otro candidato que supla el anterior y que satisfaga las expectativas del cliente demandante.

La alternativa de selección externa acentúa el cuidado en la clarificación de los requerimientos que se buscan en el Alto Directivo, y exige la conveniencia de encargar a servicios profesionales externos la búsqueda del Alto Directivo. Esto es así porque el proceso habrá de hacerse cuidando extremadamente la confidencialidad y la profesionalidad en el criterio, lo cual puede ser aportado por unos servicios independientes.

Además, la selección externa del personal de alta dirección se puede llevar a cabo utilizando otros medios, como son insertando anuncios en medios de comunicación, prensa escrita, internet, entre otros, como con cualquier otro trabajador.

En todo caso, sigue prevaleciendo el método clásico del *análisis del currículum*, mediante el cual se puede hacer llegar a la empresa interesada, a través de otros sistemas diferentes al tradicional correo ordinario. Dichos medios son el correo electrónico, washap, y otros tipos de sistemas digitales, en las que se utilizan determinadas plataformas al respecto, y siempre respetando la protección de datos de acuerdo a la normativa legal.

La entrevista sigue siendo un método muy utilizado, pero no siempre se hace de manera presencial; en la actualidad muchas entrevistas se realizan online. En dichas entrevistas se valora la formación y experiencia del candidato, así como

otro tipo de valores teniendo en cuenta el puesto que se va a cubrir de acuerdo a las necesidades de la empresa.

Otra innovación de reclutamiento la representa el *Inbound Recruiting*. Este sistema se basa en técnicas del marketing digital aplicadas a la selección de personal y busca el fomento de la afinidad del candidato hacia la marca. Este método es eficaz para buscar un profesional muy especializado.

Otro método es a través del *big data*, el cuál es muy beneficioso para empresas y candidatos por su gran enfoque analítico, esto se hace a través de búsqueda de datos. Los sistemas informáticos procesan todos los detalles almacenados de los currículos recibidos por las empresas a través de estas aplicaciones tales como LinkedIn, Facebook, Twitter, y otros, de los que se consiguen datos de los candidatos fundamentales para la selección.

Las empresas saben cada vez mejor qué quieren y qué necesitan, La mayoría de las compañías en la actualidad encuentran a sus candidatos a través de las redes sociales, y recopilan información acerca de los aspirantes a un puesto. Quizás la red social profesional más conocida es LinkedIn.

2. EL CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo recoge el acuerdo entre el Alto Directivo y la empresa se basa en la confianza mutua, excluyendo la aplicación de la legislación laboral común. No obstante, en la alta dirección debe concurrir, claramente, la nota de ajenidad y la de dependencia.

El periodo de prueba es diferente al establecido en el Estatuto de los trabajadores para cualquier categoría, y hay que estar a lo que establece el art. 5 del Real Decreto 1382/1985, que señala que no podrá ser superior a nueve meses. Por otra parte, las cláusulas del contrato deben determinar el tiempo de trabajo (en concreto, la jornada, horarios, fiestas y permisos, y vacaciones).

El art. 1.1 y 8.1. ET establece que el contrato debe ser por escrito, con una copia para cada parte. En ausencia de pacto escrito, se entiende que el empleado es personal de alta dirección siempre que se pueda probar esa relación de alta dirección, por lo que su validez y eficacia no dependen de lo pactado.

Según el art. 1261 del CC para que los contratos tengan validez, en los que habría que incluir los contratos laborales, sean relación común o las relaciones especiales como la relación especial de Alta Dirección es importante el consentimiento de las partes, el objeto cierto del contrato y la causa de la obligación. Estos elementos constituyen una base común a todos los contratos, por consiguiente, tal como hemos mencionado están referidos también al contrato de trabajo.

Por otra parte, la causa de todo contrato es el cambio entre trabajo y salario. Tratándose de un elemento esencial.

2.1. Buena fe y mutua confianza

En general, la ley exige “buena fe” en el artículo 20 ET (STC de 16 de enero de 1996). Y, por otro lado, el art. 54 ET reconoce como procedente el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual.

En concreto, en el contrato de trabajo del Alto Directivo es esencial la especial confianza y buena fe. Este es el fundamento de esta relación laboral especial debido a las grandes responsabilidades causadas por dicha relación laboral especial, por lo que el trabajador, por acción u omisión, debe evitar los perjuicios a la empresa.

Pero, en esta relación especial el deber de obediencia presenta diferentes matices. No hay un precepto en su regulación como el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁹, el cual imponga el cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empresario en el marco de su dirección. No obstante, está implícito en la limitación que le viene impuesta a su autonomía por los criterios directos del titular de la organización, siendo también uno de los contenidos integrantes del principio general de la buena fe. El deber de la buena fe contractual exige entre otros no violar los secretos de empresa a causa de su puesto de trabajo⁶⁰.

La recíproca confianza que entre ambos contratantes debe existir significará que a la hora de formalizar la relación jurídica y también durante su permanencia se tendrán muy en cuenta, además de las aptitudes y conocimientos técnicos o profesionales del trabajador, las cualidades personales del mismo.

El régimen jurídico que establece el RDPAD deja un importante margen al pacto de las partes en base en la existencia de la recíproca confianza entre las partes contratantes, argumentada en los poderes y facultades que

⁶⁰Se refiere a secretos industriales, comerciales, financieros u organizativos (STS de 28 de junio de 1990).

ejercita el Alto Directivo que son originarios del empresario. La única función de la norma es la fijación del esquema básico del contrato.

Así, el sistema de fuentes se invierte. En primer lugar, está la voluntad de las partes, limitada únicamente por las reglas de derecho necesario que impone el Reglamento que regula esta relación especial y por las remisiones a la legislación laboral común, la cual solamente se aplica cuando existe esas menciones expresas; y, finalmente, habrá que estar a la normativa civil y mercantil (art. 3.3 RDPAD).

En definitiva, las normas laborales comunes, incluido el ET, sólo se aplican en caso de remisión expresa desde el Decreto regulador y cuando así lo señalen las partes en el contrato.

Por último, indicar que el Decreto regula de forma especial el régimen extintivo del contrato, alterando profundamente el régimen extintivo común, sobre todo admitiendo que el empresario pueda desistir del contrato. Por lo que no es de extrañar que los pactos indemnizatorios con las cláusulas de blindaje sean figuras importantes en estos contratos para prever, especialmente dichos desistimientos empresariales.

2.2. Requisitos formales: el contrato escrito

Una de las grandes preocupaciones de empresas y directivos es obtener la mayor seguridad jurídica en la relación de trabajo para lo cual es fundamental la delimitación de la figura jurídica, con la nitidez de los términos del contrato, con la transparencia del paquete de retribución y de los términos de lo esperado en contraprestación y con la operatividad cierta de las cláusulas indemnizatorias.

Hasta llegar a la firma definitiva del contrato de trabajo, se suelen producir negociaciones entre el Alto Directivo y la empresa que se materializan en

precontratos, que no son más que fruto de las diversas negociaciones que tienen lugar hasta la firma definitiva de lo que va a ser el contrato definitivo, por lo que dichos precontratos no tienen validez hasta que se materializan en un contrato definitivo.

La formalización del contrato, viene regulada en el art. 4 del RD 1382/1985. Aunque la voluntad de las partes se puede manifestar por escrito o de palabra, la relación laboral especial del Alto Directivo se base en el contrato firmado con el empresario. No obstante, la inexistencia de pacto escrito no significa que no exista la relación especial, lo importante será que preste un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro de acuerdo con la definición del artículo 1.2. del cuerpo normativo mencionado.

El contrato deberá formalizarse por escrito, de forma duplicada (una copia para cada parte) y no es necesario registrarlo en la oficina pública de empleo dentro de los diez días siguientes a su contratación como el resto de los contratos laborales que regula el art. 16 ET⁶¹. Si bien este acto no puede considerarse requisito “*sine qua non*” para la validez del contrato, ya que expresamente la misma norma admite la posibilidad de que no exista contrato escrito, sin perjuicio de la validez de la relación jurídica constituida.

La incidencia de la falta de un contrato escrito de alta dirección, es importante para acreditar los derechos y obligaciones recíprocas que conforman su contenido esencial. Por ello la recomendación, dirigida a los trabajadores de alta dirección, es la de concluir un contrato escrito al inicio o durante la relación laboral especial, a fin de fijar con claridad el contenido de una relación jurídica

prácticamente desregulada o reservada en sus aspectos sustanciales a la autonomía individual de la voluntad.

Un ejemplo de la trascendencia de la forma escrita es la determinación de las consecuencias de la extinción de la relación laboral especial de alta dirección. A falta de contrato escrito o, incluso, existiendo éste, a falta de pactos indemnizatorios, en los supuestos de extinción de esta relación, el Real Decreto contiene unas indemnizaciones muy inferiores a las de un trabajador común (siete días en el caso de desistimiento y veinte días en el caso de despido), lo que lleva a que el contrato se celebre por escrito para regular, entre otras cosas, las consecuencias indemnizatorias del fin del vínculo laboral, apareciendo así la figura de los comúnmente llamados “contratos blindados”.

Excepcionalmente, determinados contratos de alta dirección habrán de constar en otros registros constituidos, si bien a efectos distintos. Así la Comisión Nacional del Mercado de Valores, obliga a las sociedades y agencias de valores a notificar en el plazo de siete días hábiles, para su inscripción en el registro correspondiente, los ceses y nombramientos, entre otros, de las personas que desempeñan funciones de alta dirección, dependiente del consejo de administración, de la comisión ejecutiva o de los Consejeros delegados (Ley 7/1985 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local).

La importancia del contrato individual del Alto Directivo es mucho mayor que la del trabajador común al fundamentarse en la “*recíproca confianza de las partes*”, lo que lleva a que la regulación sea muy flexible.

Al margen de esta flexibilidad, el contrato debe incluir de acuerdo con la norma: a) identificación de partes; b) objeto; c) duración, presumiendo que es indefinido; d) retribución, en metálico o en especie; e) la promoción.

A pesar de la interconexión entre cada uno de estos puntos que configuran un marco jurídico suficiente, queda abierta la posibilidad de aplicar otras normas, lo que significa que como prima la voluntad de las partes permiten que no sea aplicado de una manera estricta según la norma que lo regula.

En todo caso, los contratantes pueden pactar libremente: el período de prueba, cuestión que se analizará de forma inmediata; el tiempo de trabajo; la sustitución del contrato y las reglas de extinción: la inclusión de pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa; así como las sanciones que podrán ser impuestas en caso de infracción.

2.3. Duración y período de prueba

El contrato puede ser temporal o indefinido, sin que el primero deba fundamentarse en causa alguna, basta que así lo decidan las partes. En defecto de pacto expreso, en todo caso, se presume indefinido. Si la modalidad contractual es temporal, esto no supone, salvo que se pacte expresamente, la aplicación de su, pudiendo establecer de común acuerdo el régimen concreto aplicable.

El art. 5 del Real Decreto 1382/1985 establece un período de prueba, cuya duración máxima se amplía con respecto a la relación común, ya que puede llegar hasta los nueve meses en contratos indefinidos. En todo caso, el establecimiento del periodo de prueba queda supeditado a que exista contrato escrito.

El período de prueba se inicia con el contrato mismo y es pactado con el propósito de asentar la confianza depositada en el Alto Directivo, experimentando sobre el terreno las aptitudes personales y conocimientos técnicos supuestos de antemano y comprobando asimismo el grado de integración en el organigrama empresarial, al tener atribuidos los más amplios poderes de dirección.

En otro orden de cosas, es práctica cada vez más habitual el establecimiento de unas condiciones durante el periodo de prueba y otras muchas más ventajosas para el directivo una vez superado éste, lo cual conlleva unos perjuicios económicos de cierta índole, cuando el directivo usando toda su experiencia y hacer profesional, pone en marcha un departamento o sección de la empresa durante nueve meses y poco antes de finalizar este periodo es extinguido su contrato de trabajo, sin que haya llegado a percibir esas condiciones económicas pactadas para después, ni tan siquiera en algunos casos el complemento económico fijado para cubrir los objetivos establecidos para el año, pues cuando finalice el ejercicio, ya no pertenecerá a la plantilla de la empresa y difícilmente podrá deslindarse la parte alícuota de participación que ha tenido a lo largo de todos estos meses.

Una de las partes, el empresario, puede desistir libremente de sus obligaciones una vez comprobada la inadecuación de las características profesionales y personales del trabajador, sin necesidad de demostrar las aptitudes del puesto. La estipulación expresa de un pacto de tal naturaleza somete a prueba la relación laboral que va a nacer, prueba que consiste en la realización práctica de los cometidos asignados a su puesto de trabajo que debe desempeñar el empleado durante un lapso temporal suficiente que ratifiquen las expectativas ligadas a esa contratación.

La existencia en el régimen jurídico de la alta dirección de un supuesto específico de extinción por voluntad del empresario consiste en el libre desistimiento por la simple pérdida de confianza o de la utilidad de la prestación sin necesidad siquiera de alegarla, pone en entredicho la razón de ser del sometimiento del contrato a prueba. Durante este tiempo ambas partes, pueden desistir del contrato sin necesidad de preaviso y sin originar derecho a indemnización, salvo pacto expreso en contrario.

Cuando se reafirma la conveniencia de pactar el contrato a prueba en interés de las dos partes – el empresario y el Alto Directivo- se debe rechazar la idea de que un acuerdo de esta naturaleza condiciona la confianza entre las dos partes.

Se puede dar también la circunstancia de que el Alto Directivo haya pertenecido con anterioridad a la plantilla de la empresa como trabajador común y se le haya promocionado en la empresa. En este caso es válido totalmente el pactar un nuevo período de prueba, ya que hay que tener en cuenta que las funciones que va a desempeñar son totalmente diferentes a las anteriores.

En todo caso, el artículo 5.1. de la norma que regula la Alta Dirección establece que, si bien las partes son libres de establecer la duración de la prueba, nunca podrá exceder de nueve meses, cuando el contrato es indefinido. Y, se añade, que trascurrido este tiempo, si el contrato sigue vivo, producirá plenos efectos, computándose este período a los efectos de antigüedad”.

Posteriormente, la única opción será el desistimiento de acuerdo con art. 11.1 RD 1382/1985 con un preaviso de tres meses y con derecho a indemnización. Realmente lo que se consigue es el reforzamiento de la facultad extintiva del empresario, que puede ejercerse en dos momentos: en el período de prueba, sin indemnización; o posteriormente con un coste mínimo (siete días por año), salvo pacto individualizado.

No obstante, la finalización del contrato durante el período de prueba no evita el cumplimiento de ciertos pactos como indica la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de 6 febrero 2009 (RJ 2009/621) y 14 mayo 2009 (RJ 2009/ 3001), solo permite que libremente las partes puedan extinguir el contrato. Por ejemplo, se mantiene *el pacto de no competencia post contractual, el cual “genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el*

contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizá no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla)”.

En todo caso, las notas diferenciadoras del período de prueba es su posible ampliación hasta los nueve meses y su carácter imperativo para la autonomía individual, que, una vez más, se basan en la confianza recíproca de las partes y la cualificación de las tareas a desempeñar⁶², dado que su verificación es más incierta.

No se menciona en la regulación nada sobre la forma u objeto del período de prueba, lo cual provoca una importante laguna, dado que no existe remisión a la negociación colectiva ni al ET.

Para solucionar esta cuestión, se puede emplear la doctrina contenida en la sentencia del TS, sala de lo contencioso administrativo, de 22 de octubre de 1987 (RJ 19987/6902), que partiendo de la calificación del régimen jurídico del personal de alta dirección como “semi-laboral” (debido a que, en cierto modo, escapa a la intervención pública, en cuanto a que se impone la autonomía de la voluntad; y, por la aplicación supletoria del derecho civil y mercantil, entiende que en lo no regulado habrá que estar a lo establecido por pacto. Así, si no se regula el período de prueba habrá que integrar el tenor del artículo 5 RDPAD, y la voluntad de las partes, en función de la finalidad de dicho período⁶³. De lo que,

⁶² A. MARTÍN VALVERDE, *El período de prueba...*, op.cit., pág. 167.

⁶³ A. L. de VAL TENA, S. ALCÁZAR ORTIZ y C. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA: “La relación laboral especial...”, op. cit., pág. 91.

se deduce que hay libertad de desistimiento durante este tiempo⁶⁴, sin necesidad de preaviso.

Con una redacción deficiente, el art. 5.2 RD 1382/1985 señala que, a la conclusión del período de prueba, el contrato “*producirá plenos efectos*”, así desde ese momento se consolidan los efectos de dicho contrato.

Eso sí, si previamente hubo una relación de alta dirección y luego una común, no será posible incluir un período de prueba en este si se desempeñan similares funciones, dado que y se conocen con anterioridad las competencias de dicho trabajador. En este sentido, la STSJ País Vasco 27 de abril de 2014 (AS 2014/1090) señaló en este supuesto que la empresa ya conocía “*cómo trabajaba (...), por lo que su suscripción no tenía más finalidad que la de poder extinguir el contrato de trabajo por su sola voluntad, motivada en causas ajenas a las que justifican la presencia de esa facultad resolutoria*”. El despido se califica como improcedente de acuerdo con la nulidad del período de prueba del segundo contrato y para el cálculo de la indemnización solo se computa el segundo contrato. En idéntico sentido, la STSJ Castilla León-Burgos de 22 de febrero de 2007 (AS 2007/1773) señala en un supuesto de sucesión de contratos con el mismo carácter, donde se estableció que el período de prueba del segundo contrato era nulo.

Hay que valorar si se pueden establecer también período de prueba para los contratos temporales, en cuanto que el reglamento solamente establece plazo máximo de duración en caso de contrato indefinido. Se ha señalado que no se puede emplear una interpretación literal, puesto que la conclusión es que solamente

⁶⁴ BALLESTER PASTOR, M. A., El período de prueba, op. cit, pág. 71.

podría aplicarse a los indefinidos⁶⁵. Esta exclusión llevaría a que no se pudiese aplicar esta prueba en el contrato temporal, cuando se está ante una relación especial, donde resulta esencial que el empresario compruebe las habilidades de ese trabajador, sobre todo teniendo en cuenta que, dada su posición, representa directamente a la empresa⁶⁶. Otros autores reconocen la prueba para los contratos temporales siempre que tenga una duración superior a nueve meses⁶⁷.

Se trata de una relación especial, donde no se aplica de forma supletoria el artículo 14 del ET, salvo que indique lo contrario el contrato, y donde no se puede restringir donde el legislador no lo ha hecho, de modo que el período de prueba es aplicable para todas las modalidades contractuales de la Alta Dirección.

No se exigen formalidades sobre el pacto, de modo que no parece ser preciso que sea por escrito, pero no hay que olvidar que el contrato sí tiene carácter escrito del propio contrato. Aunque parece que no es obligatorio que conste también por escrito la prueba, sin embargo, será altamente complicado poder probar el desistimiento cuando el acuerdo haya sido verbal, e incluso su existencia⁶⁸.

⁶⁵ SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los Altos cargos Directivos de las empresas*, Bilbao, 1990, pág. 44.

⁶⁶ BALLESTER PASTOR, M. A., *El Periodo de prueba*, op. cit, pág. 70. Vid. STSJ de Castilla- La Mancha de 17 de marzo de 2004 (As 2004/1085)

⁶⁷ VAL TENA, A.L./ ALCÁZAR ORTIZ, S./ ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “La relación laboral especial...”, op. cit., pág. 91. Vid. STSJ Cataluña de 24 noviembre de 1997 (AS 1997/3943).

⁶⁸ En sentido contrario, M. IGLESIAS CABERO, *Relación laboral...*, op. cit., pág. 91.

2.4. Algunas cláusulas incluidas en el contrato

Como ya se ha comentado, la regulación principal de las relaciones de alta dirección se incluye en el propio contrato que se firma entre las partes. En este sentido, es usual incluir ciertas cláusulas, que son adecuadas a la propia naturaleza de la relación. En especial, se van a analizar en este epígrafe las cláusulas sobre dedicación exclusiva, sobre confidencialidad, las relativas al pacto de no competencia postcontractual y al pacto de permanencia.

a) Sobre dedicación exclusiva

El Alto Directivo podrá pactar con la empresa dedicación exclusiva a cambio de una compensación económica, siendo los sujetos contratantes los que convienen sobre su régimen jurídico, con la única obligación de fijar expresamente su compensación económica. De esta manera se conforman dos excepciones al principio general de libertad en el pluriempleo, muy distintas en origen cada una de ellas; mientras la prohibición de concurrencia desleal nace, en su caso, del acuerdo entre las partes de la relación contractual laboral, se impone por otro lado la libertad económica.

Lo regula el artículo 8 del RD de 1985 que prohíbe al personal de alta dirección firmar contratos de trabajo con otras organizaciones empresariales, salvo que el empresario lo autorice. Esta se presume cuando la relación con la otra empresa sea pública y notaria, y a la vez no se hubiese excluido dicha relación en el contrato. Como se ve, existe un principio legal de exclusividad, que solamente puede ser superado por acuerdo expreso entre las partes o autorización del empresario. Además, no sólo se restringe la capacidad de contratar laboralmente con terceros (pluriempleo), sino también las actividades profesionales por cuenta propia.

Con tal medida se está protegiendo un doble interés del empresario: de una parte, que no pueda existir competencia de ninguna clase, aunque no sea desleal; por otra parte, que el Alto Directivo se dedique plenamente a su tarea directiva con la diligencia y aprovechamiento debido.

Tal limitación, sin embargo, no supone una prohibición absoluta. Es una regla dispositiva que admite pluriemplearse, si es autorizado por el empresario o se recoge pacta por escrito. De entrada, se requiere para ello que dicha autorización sea expresa, pero, como ya se ha señalado, también se admite una autorización tácita.

La presunción de autorización en el pluriempleo en el Alto Directivo, solamente puede darse cuando ésta es coincidente o anterior a la firma del contrato de alta dirección, si bien, no resulta forzado entenderla igualmente aplicable una vez iniciada la relación laboral⁶⁹.

b) Sobre confidencialidad

Esta cláusula no está prevista en el Real Decreto, que regula la Alta Dirección. Se trata de una cláusula que pretende preservar los datos y ratios de la Compañía, tanto durante la vigencia del contrato, como después de terminado éste, en todos los aspectos estratégicos o comerciales a los que lógicamente el Alto Directivo tiene acceso.

Por otra parte, esta cláusula también se denomina cláusula de secreto por la que el Alto Directivo se someterá a unos códigos de conducta, que se completa, en caso de infringir dicha cláusula, con una cláusula de daños y

⁶⁹ En este sentido se pronuncia BORRAJO DA CRUZ, E., *El personal de alta dirección en la empresa*, Aranzadi, Madrid, 2010, págs. 27-28.

perjuicios que dará lugar a una extinción del contrato de trabajo, a diferencia de lo que ocurre con el Directivo común que posiblemente la falta de dicha confidencialidad tan solo fuera sancionable con el despido.

Asimismo, puede también aprovecharse la cláusula para impedir o restringir al Alto Directivo su aparición en medios, foros, seminarios, y publicaciones, para así controlar la comunicación por parte del empresario.

c) Pacto de no competencia postcontractual

Desde el tenor del art. 21 ET y el 8.3., se puede definir el pacto de no competencia postcontractual como un acuerdo en el que el empleado una vez extinguido el contrato de trabajo se compromete a no realizar ninguna prestación de servicios ni a desarrollar una actividad, que se refiera a la misma actividad que ha estado desarrollando con el empleador anterior, durante un tiempo acordado que no puede ser superior a dos años. A cambio de esta limitación, percibirá una compensación económica. Esta regla se basa en el principio ya analizado de la recíproca confianza entre las partes. Asimismo, se exige al empresario un interés verdadero en este pacto de no competencia, que puede ser industrial o comercial. La falta de cualquiera de estas condiciones lleva a que el pacto deba considerarse como nulo.

Hay que destacar que tanto en el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, aplicable a las relaciones comunes, como el art. 8.3 del RD 1382/85 mantienen una redacción muy similar.

La justificación de este pacto se encuentra en la importancia para una empresa de tratar de evitar que, finalizada la actividad, esta pueda ser

posteriormente aprovechada, o bien en beneficio propio del trabajador o de empresas de la competencia.

El pacto debe acordarse expresamente por las partes, en el contrato de trabajo, por escrito o no, aunque si se pacta por escrito se facilita la prueba sobre su existencia, si es necesaria posteriormente. Dicho pacto puede ser también acordado una vez existe ya la relación laboral, o si se establece en el contrato, puede modificarse con posterioridad.

Además, para la interpretación de esta cláusula, sobre todo cuando no prevé un plazo determinado para desplegar la obligación se utilizarán los principios generales de interpretación de contratos.

La compensación económica puede tratarse de cantidades en moneda o en especie⁷⁰. Tiene naturaleza indemnizatoria y no salarial, ya que no viene establecida en ninguna norma ni convenio colectivo como salario, si no que nace de la voluntad de las partes. Como cualquier cantidad indemnizatoria pactada, el incumplimiento de dicho pacto conlleva la consiguiente indemnización de daños y perjuicios por la otra parte que deberá ser acreditada.

El plazo para exigir dicha indemnización es de un año, como cualquier reclamación de cantidad, y según el art. 59.2 del ET este plazo se computa desde el día que pueda ejercitarse la acción, desde el momento en que se produce el acto de competencia (si es único) o bien desde la finalización del periodo de no competencia si los actos de competencia se han producido durante todo el periodo⁷¹.

En cuanto al percibo de dicha compensación económica, no existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencial de cuando hay que recibirla, queda

⁷⁰ STSJ Comunidad Valenciana de 8 octubre 2004; y STSJ Cataluña 20 noviembre 2006.

⁷¹ STS de 3 de febrero de 1991.

establecido que ha de ser fijada en el momento del pacto o bien señalar los módulos para su concreción.

Una absoluta indeterminación de esta compensación, daría lugar a la nulidad del pacto ab origine, sin que fuera posible una posterior subsanación por el órgano jurisdiccional.

El incumplimiento produce las siguientes consecuencias dependiendo si ha producido por el empresario o por el Alto Directivo, y para ello habrá que estar al art. 1124 del CC y a lo pactado de acuerdo con las STSJ Asturias 9 mayo 2008; STSJ Madrid 9 enero 2003; y STSJ Cataluña 25 marzo 2003 (RJ2003, 1958):

- El empresario podrá exigir la cantidad abonada por el pacto más una indemnización.
- El empresario podrá exigir el cumplimiento más una indemnización.
- El pacto puede haber incluido cláusula penal y en consecuencia optar también por esta vía, al resarcimiento del daño.

A tenor del artículo 1.256 del Código Civil, el cumplimiento de los contratos depende de las dos partes, de manera que la empresa no puede unilateralmente decidir resolver el pacto, excepto si ha pedido el interés del que derivo el acuerdo, por lo que tendrá que continuar abonando la compensación hasta la extinción del pacto. Sin embargo, el directivo podrá demandar su resolución en caso de incumplimiento empresarial grave, no entendiéndose por tal el simple retraso del abono de la compensación.

En todo caso, en el momento en que el Alto Directivo incumpla el pacto, el empresario tendrá vía libre para dejar de abonar el complemento.

Si el Directivo ha suscrito un contrato con un tercero, se plantea el siguiente interrogante: ¿puede la empresa impugnar dicho acuerdo? Se trata de un contrato en que la primera empresa no es parte, de modo que es muy complicado que se pueda llevar a cabo dicha impugnación. Lo que sí resultaría más fácil y factible sería solicitar el cese de la actividad concurrencial.

d) Pacto de permanencia

El art. 8.2 RAD establece que, si la empresa ha ofrecido al Alto Directivo una especialización profesional, es posible acordar el derecho del empresario a una indemnización por daños y perjuicios si el trabajador extingue dicho contrato en un plazo determinado.

Por tanto, el Directivo asume la obligación de trabajar para un empresario durante un determinado tiempo, en cuyo caso no tendría efecto el cese en la empresa para no perjudicar a la empresa.

Con este pacto se trata de asegurar la permanencia del Alto Directivo en la Empresa, una vez que la empresa le ha formado a través de un curso de especialización que supone un coste para la mercantil.

Dicho pacto puede efectuarse en cualquier momento durante la relación laboral, es decir antes, durante o después de impartida la formación.

La indemnización pactada se cuantificará de acuerdo al perjuicio producido una vez que ha sido impartido el curso de especialización al Directivo.

Cuando el empresario deja de tener un efectivo interés comercial o industrial o deja de abonar la compensación económica, el pacto pierde su vigencia y el Alto Directivo podrá exigir al empleador, al menos, una indemnización por daños y perjuicios.

De la misma forma, cuando el incumplimiento provenga del trabajador, el empresario podrá reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios, así como que el trabajador devuelva la indemnización o compensación económica abonada, de acuerdo a lo que valore la jurisdicción.

2.5. Contratación de Directivos extranjeros y expatriación de los trabajadores españoles

Los empleadores establecidos en España que deseen incorporar como personal Directivo a extranjeros no comunitarios en empresas cuyas actividades supongan realización de inversiones o creaciones de puestos de trabajo en España, pueden acogerse al procedimiento que se señala en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que puede aplicarse también a los supuestos de prestación transnacional de servicios.

En estos casos, como excepción, la situación nacional de empleo no es un requisito para el reconocimiento de la autorización laboral. Eso sí, los trabajadores deben acreditar que han prestado servicios para el empleador al menos un año o, si esta condición no es demostrable, al menos, que poseen experiencia en puestos de trabajo o en proyectos o actividades similares, siempre que sea acreditable.

Debido a la globalización internacional cada vez hay más desplazamientos y traslados de trabajadores, los expatriados, de todas las empresas y sectores de actividad asentándose muchos trabajadores en empresas fuera de sus lugares de residencia. La mayoría de ellos se desplazan de manera temporal, aunque a veces hasta de manera permanente.

Cuando el desplazamiento es temporal los trabajadores en el caso de España, firman el contrato en España; y por acuerdo de ambas partes se les aplica la ley española. Aunque la tributación dependerá de su residencia fiscal. No obstante, tampoco se aplicarán las mismas reglas en todos los supuestos, dado que dependerá de la existencia de convenio con el país de destino.

En todo caso, hay que valorar diversas situaciones: Es posible que el trabajador firme un contrato de trabajo en el país de destino de carácter temporal, aunque incierto. En este caso, el contrato que tenía se suspende o extingue. Si el traslado es definitivo, se extingue el contrato en España, y se firma un nuevo contrato en el país de destino. En ambos supuestos, en principio durante este tiempo el trabajador ni cotiza, ni tributa en España. Aunque si el desplazamiento es inferior a dos años, es posible seguir encuadrado en el sistema de la Seguridad Social española.

Por último, hay que valorar el desplazamiento temporal a un Estado extracomunitario, puesto que en este caso habrá que estar a la existencia de convenio internacional recíproco en materia de Seguridad Social. En caso contrario, los trabajadores se considerarán en una situación asimilada al alta, y, podrán cotizar en España por todas las contingencias que el país de destino no reconozca.

Respecto a la tributación, se dan tres situaciones que establece la normativa: En primer lugar, se puede tributar en el país de destino, por el hecho de prestar servicios en ese país (se considera residente fiscal). Siempre que exista convenio en el país, se queda exento de tributar en España.

Existe una segunda opción, para evitar la doble tributación, aunque el trabajador preste servicios fuera de España, pero demuestra que se mantiene como residente en España al menos 183 días al año en España y que no existe

convenio con el país, donde presta servicios, en este caso se puede tributar en el país destino o en España.

Además de la normativa general expuesta, se puede dar el caso de que los trabajadores expatriados pacten las condiciones con las empresas empleadoras todo lo relativo a dicho desplazamiento, pero lógicamente siempre respetando la norma general.

Estas empresas suelen pactar una serie de compensaciones económicas por el hecho de desplazarse fuera el trabajador, tales como la el alojamiento, haciéndose la empresa cargo del alquiler de la vivienda.

También suelen pagar los viajes para volverá España, seguros médicos, y otros tipos de compensaciones como pago de suministros, pagos en especies como es coches en renting, escolarización de niños y otros.

3. TIEMPO Y LUGAR DE LA ACTIVIDAD

El tiempo de trabajo será el fijado libremente en el contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 del R.D. 1382/1985, que remite a lo pactado en contrato omitiendo cualquier remisión al ordenamiento laboral común.

Rara vez aparecerá en el contrato de trabajo una cláusula que exprese la jornada máxima y las horas de trabajo diario, adaptándose a las necesidades puntuales de la empresa. Su distribución suele ser genérica, dado que se entiende que uno de los elementos fundamentales es la flexibilidad del horario. Obviamente por el tipo de trabajo de estos Altos Directivos, tienen una jornada flexible. Existe un horario, el normal de la empresa, por el que se rige y que debe ser cumplido cuando sus obligaciones se lo permitan, no obstante, debido a la idiosincrasia de su función o cometido, es lógico pensar que en el desarrollo de su función estará obligado a viajar con mayor o menor frecuencia, inclusive en días festivos y ello en la práctica le exonera de cumplir con rigor el horario establecido de forma general para el resto del personal.

En la práctica difícilmente prospera la imposición de una sanción a un Directivo motivada por el incumplimiento del horario establecido en la empresa, ya que no precisa su permanencia constante en la misma y por otra parte entraría en juego la compensación por el tiempo de prolongación de jornada como consecuencia de sus viajes o gestiones fuera de la empresa. Igualmente, no existe jurisprudencia de reclamación por impago de horas extras en este tipo de trabajadores.

En otro orden de cosas, cuando la cláusula establece “*prestará sus servicios a tiempo completo*” no hay que descartar la posibilidad de que lo haga a tiempo parcial entre dos o más empresas. Esto sucede cuando el ejecutivo, por acuerdo de los órganos societarios y tratándose de un grupo de empresas o *holding* deciden que sea así. La contratación a tiempo parcial no es pacífica y

ha dado lugar a múltiples sentencias de nuestros tribunales, en sentido positivo o negativo, según cual sea el carácter de las funciones desarrolladas ⁷².

No se encuentra regulación alguna en el RD de 1985 sobre el lugar de la prestación de servicios. Aunque, en ocasiones, se establece un lugar cierto y único de prestación de los servicios, sin embargo, es usual la previsión de la obligación del Alto Directivo de desplazarse puntualmente a otros lugares geográficos por razón de su trabajo, incluyendo como condición la posible movilidad geográfica del Alto Directivo sin que ello se considere modificación de condiciones de trabajo⁷³.

Al no ser aplicable el ET subsidiariamente, este pacto es posible sin temor a su nulidad, solamente es necesario suprimir del texto de la cláusula toda referencia a la exclusiva subjetividad y unilateralidad del empresario al tomar la decisión, evitando vulnerar el art. 1256 del CC.

⁷² STSJ Castilla y León de 16 de junio de 1992 (AS 1992/ 31671). La STSJ de Murcia de 10 de septiembre de 1991 (AS 1991/5097) señala que un contrato a tiempo parcial de un Alto Directivo sería una situación de plena fantasía.

⁷³ SALA FRANCO, T., *Relaciones laborales 2007*, Tirant lo Blanch laboral, Valencia, 2007.

4. RETRIBUCIÓN

La retribución de los trabajadores de alta dirección requiere consideraciones distintas a la retribución del resto del personal de las empresas, y no sólo desde un punto vista cuantitativo. El fundamento de estas diferencias se encuentra en la mayor responsabilidad y complejidad en las funciones que desempeñan en su puesto de trabajo; en el riesgo personal que asume; en la distinta consideración del corto y largo plazo en objetivos a cumplir en la empresa; y en que representan la imagen de la empresa en el exterior y en el interior, dado que son referencia para los empleados en cuanto al ejemplo en el trabajo, en las actitudes y en la aportación de resultados.

Todos estos factores influyen en la política retributiva de los Altos Directivos, que suele estar formada por un fijo y un variable. El “fijo” depende de su prestigio profesional y personal, capacidad de liderazgo y a los servicios y responsabilidades asumidas por el Alto cargo, y que en principio supone la cantidad garantizada de retribución. La retribución “variable” está relacionada con el acierto estratégico y con la generación de valor a corto, medio y largo plazo, además de con los incentivos que con carácter general constituyen prácticas de mercado⁷⁴.

Lo habitual es fijar una cantidad bruta anual, aunque no quiere decir que no se pueda fijar una cantidad neta. Además de una cantidad en metálico prefijada, es habitual que se acuerden una serie de complementos funcionales que van supeditadas con relación a los resultados o beneficios de la empresa. Para ello se pacta los llamados *bonus* que retribuyen el mayor esfuerzo y dedicación y/o se cubren los objetivos marcados por la empresa. Su devengo es

⁷⁴ La jurisprudencia determina como retribución a corto plazo la vinculada normalmente con los resultados de dicho ejercicio y a largo plazo en plazos superiores a ese ejercicio Social.

automático nada más concurren las condiciones pactadas y no necesitan cláusulas de revisión.

Otras contraprestaciones recibidas por el Directivo tienen la consideración de salario en especie, que retribuyen igualmente el trabajo, aunque no se retribuyen como dinero. En ningún caso el salario en especie podrá superar por ley el 30 por ciento de las prestaciones salariales del trabajador⁷⁵.

Es en el contrato donde se fija la retribución, especificando las cuantías en metálico y en especie (artículo 4.2), cuyo significado y tipología va desde seguros de pensiones, fallecimiento e incapacidad, enfermedad, automóvil, tarjeta de crédito, pertenencia a clubes, viajes en *business*, etc.; siendo muy frecuentes también otros apartados, más difícilmente catalogables como retributivos que tienen que ver con la calidad de vida: aparcamiento, facilidades o mejores precios para contratar viajes privados o hacer compras, asesoramiento jurídico y fiscal por la empresa, días extra de vacaciones, etcétera.

En este ámbito también se aplican las garantías estatutarias de protección del salario, que son recogidas de forma expresa en la normativa de la Alta Dirección. En concreto, el salario es inembargable (artículo 27.2 del ET), se reconocen los privilegios salariales, la protección del FOGASA (artículo 33 del ET) y las reglas sobre liquidación y pago (artículo 27 del ET).

Por remisión expresa del artículo 30 del ET, cuando el empresario se retarse en dar trabajo al trabajador por causas no imputables a este último, se conservará el derecho a su salario.

⁷⁵ Art. 26.1 del E.T.; sin que se recoja ninguna referencia a esta limitación el R.D. 1382/1985.

A continuación, se pasa a analizar los elementos fundamentales en materia de retribución, como son los distintos complementos salariales.

4.1. Los complementos salariales

La clasificación de los complementos salariales debe remitirse a la negociación colectiva o el contrato de trabajo. Dicha clasificación prevé la posibilidad de fijar complementos salariales en atención a alguna de las circunstancias siguientes: las condiciones personales del trabajador; el trabajo realizado; y la situación y resultados de la empresa. En ocasiones, se organiza a través de un sistema mixto o alternativo (trabajo realizado/resultados de la empresa) para la fijación del denominado " *bonus*". Dicha clasificación puede ser empleada también en la retribución de la alta dirección, incidiendo especialmente en los complementos fijados por objetivos; la retribución de los Altos Directivos cuando son Administradores simultáneamente y, por último, se entrará en la retribución específica en el sector de las Cajas de Ahorros.

a) Los complementos personales

Se fijan de acuerdo con las condiciones personales del trabajador, que no se hayan tenido en cuenta para fijar el salario base, y tienen carácter consolidable. Así, el empresario no puede modificarlas, ni suprimirlas.

El principal es el complemento de antigüedad, cuyo fundamento es la permanencia del trabajador en la empresa. Su importe suele ser fijado en módulos temporales (trienios, o quinquenios), abonado un porcentaje sobre el salario base por cada tramo temporal, o cantidades alzadas). Existen otros como los complementos de idiomas, título o conocimientos especiales. Igualmente se

reconoce entre ellos al plus voluntario concedido por la empresa con efectos colectivos, vinculado a la persona, entre otros.

b) Los complementos de puesto de trabajo

Son los que retribuyen de acuerdo con las características del puesto de trabajo o de la forma de realizar la actividad profesional: son los complementos por penosidad, toxicidad, peligrosidad, suciedad, máquina, vuelo, navegación, embarque, trabajo a turnos, trabajo nocturno, o cualquier otro similar. Su abono depende del ejercicio de la actividad profesional en el puesto de trabajo y no tienen carácter consolidable.

En este grupo, se encuadran igualmente los incentivos por razón de la función desempeñada, que retribuyen las particulares exigencias del puesto de trabajo concreto. En especial, se trata del complemento de responsabilidad, cuyo fundamento es la mayor responsabilidad, las concretas funciones de mando o la cualificación específica que se demanda.

c) Los complementos fijados por objetivos

Son complementos abonados en razón de los beneficios de la empresa y buscan la involucración del trabajador en la buena marcha de la empresa. Se trata del conocido como bonus. La fijación del complemento se puede hacer mediante diferentes fórmulas como primas de productividad empresarial, participación en beneficios o en el capital de la empresa⁷⁶.

⁷⁶ Juzgado de lo Social, núm. 3 de Palma de Mallorca, Sentencia 299/2018, de 5 Julio de 2018 (Recurso 734/2016).

La participación en beneficios o resultados, técnicamente es un complemento salarial vinculado directamente a los resultados de la empresa que consiste en distribuir parte del beneficio empresarial entre los trabajadores. Cabe distinguir dos modalidades de participación en beneficios en función de si la fórmula retributiva establece relación directa entre el salario y su participación en el incremento de la productividad colectiva o si se trata de una participación directa en los beneficios propiamente dichos.

La participación en beneficios constituye, además, un complemento salarial de cuantía variable basado en parámetros objetivos: en caso de que no se haya previsto expresamente, por beneficio empresarial debe entenderse el saldo positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias.

En los supuestos de suspensión del contrato por excedencia voluntaria o incapacidad temporal, la doctrina de suplicación ha considerado que el trabajador solamente tiene derecho a la parte proporcional del importe total de la participación en beneficios en función del tiempo de trabajo prestado. También puede consistir en una cuantía prefijada.

Existen otras fórmulas retributivas como puede ser el acceso a acciones de la propia compañía a través de:

1º.- Planes de compra de acciones, donde los directivos pueden comprarlas a un precio inferior al del mercado, convirtiendo al trabajador en titular de las acciones y, por tanto, obteniendo ciertos derechos sobre la empresa.

Una modalidad específica de estos planes son los denominados planes de compra de acciones restringidos, caracterizados porque la concesión de las acciones está condicionada a la prohibición de su venta o transferencia durante un plazo determinado. Normalmente se

prevé que, si el trabajador cesa en la empresa antes de transcurrir dicho plazo, debe devolver las acciones.

2º.- Planes de acciones ficticias (Phantom Plans): Se trata de fórmulas similares a los planes de stock-options, con la peculiaridad de que en ningún caso se produce la entrega material de acciones, sino que, a partir de una determinada fecha, los trabajadores reciben una determinada cantidad en metálico calculada según el aumento que se prevé sobre el valor de las acciones durante tiempo que dure dicho plan.

Los Directivos se convierten en titulares de acciones, en función del cumplimiento de las condiciones y objetivos previamente establecidos.

3º.- Transferencia de acciones al personal (ESOP): Las acciones u otros títulos se compran a precio inferior, o incluso las reciben de forma gratuita. Asimismo, lo que se ofrece puede ser la obtención de aportaciones a fondos de pensiones.

4º.- Planes de opciones sobre acciones (Stock-options): Las stock-options u opciones de compra se configuran como un derecho que la empresa concede al empleado en una determinada fecha. Se establece un precio (el valor de la acción en bolsa el día que se reconoce el derecho) y tras el momento del ejercicio de la opción, el trabajador percibe la diferencia de precio entre ese otorgamiento y su ejercicio. Aunque existen otras fórmulas como acceder a las acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho.

Si bien por su novedad aún no se recoge, ni en la normativa laboral ni en la de Seguridad Social, previsión alguna sobre su régimen, es un

hecho que en este ámbito las stock-options forman parte cada vez más de planes empresariales cuyo objetivo es: la fidelización del trabajador; y su vinculación con la productividad de la misma.

Las stock-options tienen carácter salarial, como cuando el diseño del plan asigna beneficios a los trabajadores en contraprestación del trabajo realizado, y no sólo para compensar la fidelidad, sin que sea obstáculo para dicha calificación que las opciones suscritas tengan por objeto las de acciones de la sociedad madre. Respecto al encuadramiento de las opciones sobre acciones en la estructura del salario, no se considera como salario base, sino como complementos salariales.

4.2. Retribución de Administradores y alta dirección

En otro orden de cosas, el cargo de administrador de una sociedad de capital se entiende que es gratuito, a tenor del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital. Aunque es posible que los Estatutos establezcan lo contrario. Pero, ¿qué solución habría cuando el Administrador y el Directivo de la sociedad es la misma persona? Habrá que estar a los Estatutos sociales y cuando no se refleje claramente, se considerará liberalidad.

Así tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se pueden ver ejemplos en los que la no se puede remunerar a misma persona por ser administrador de una sociedad y alto directivo, puesto que la primera incluye a la segunda. Pero hay pronunciamientos que las declaran totalmente compatibles. Por lo que es un tema todavía controvertido, donde no resuelve el problema de la “teoría del doble vínculo”.

La retribución de los Administradores debe fijarse en los estatutos de la sociedad y debe incluir ciertos detalles de acuerdo con la normativa de transparencia, lo que no se exige para los Altos Directivos. Existen pronunciamientos jurisprudenciales que prohíben el doble vínculo⁷⁷; y otras ya en el ámbito civil, donde se señala que la relación del Administrador absorbe la de directivo⁷⁸. Prohíben la laboralización de los Administradores sociales. Se menciona dos asuntos a resolver la doble retribución (una como administrador y otra como personal Alto Directivo) y la duplicidad de normativas aplicables o de las normas laborales a los Administradores.

En este ámbito, se puede citar la famosa Sentencia del TS del caso Mahou⁷⁹, que aparece como referencia principal en cuanto a la regulación estatutaria del régimen retributivo de los Administradores sociales. El Tribunal Supremo declara incompatible la condición de miembro del órgano de administrador, con un vínculo laboral de alta dirección desde la perspectiva fiscal.

Por otra parte, hay que poner de manifiesto que cuando el administrador es a su vez Directivo de la compañía, la relación de alta dirección es absorbida por la mercantil⁸⁰.

⁷⁷ SSTs de 29 de septiembre de 1988 o de 4 de junio de 1996.

⁷⁸ STS de 8 de junio de 1994, de 26 de abril de 2002 y otras más recientes, como la STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2005 o STSJ de Madrid de 26 de mayo de 2008.

⁷⁹ STS de fecha 13 de noviembre del 2008.

⁸⁰ STS de 22 y 28 de diciembre de 2011 y de 9 de mayo de 2012.

4.3. Retribución flexible

Por último, hay que hacer mención del concepto de retribución flexible, una parte del salario que se adapta a las necesidades de cada trabajador. Según PATRICIO JIMÉNEZ en su libro “La retribución”, *“la retribución flexible es sistema retributivo que permite que el empleado distribuya el cobro de su retribución una parte en efectivo y otra a través de productos o servicios que le ofrece la empresa. Los productos y servicios más habituales son aquellos que cuentan con ventajas fiscales y que no son considerados rendimientos gravables en el impuesto sobre la renta. Además, las cantidades que se cobran incrementan la retribución neta del trabajador. Es por esto que se transforma en una mayor vinculación del trabajador con la empresa. Es un sistema que se utiliza especialmente para los Altos Directivos. Esta retribución se pacta con la empresa y como ejemplos se pueden presentar los siguientes productos:*

a) El uso de la vivienda y de la plaza de garaje:

Se califica como pago en especie, aunque su uso sea para uso particular, aunque la concesión se haga *“por razón de cargo o condición de empleado público o privado*. No es preciso que sea la vivienda habitual, aunque sí que se trate de la utilización de un inmueble y no de la prestación de servicios de hospedaje.

El derecho a la vivienda se mantiene incluso durante la suspensión del contrato de trabajo motivada por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia natural, y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

En el caso de extinción, el artículo 285 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social señala que una vez firme la resolución de extinción de la relación laboral, se concede al trabajador un mes para el abandono

de la casa, que puede ser prorrogado por dos meses por el secretario judicial, si estima que existe causa para este proceder.

En cuanto a la plaza de garaje sólo se incluye como retribución cuando su utilización va más allá del tiempo de trabajo. Su valoración como retribución en especie varía según se trate de un bien de propiedad de la empresa o se arriende por ésta. Como no existen valoraciones oficiales, como sí ocurre en el supuesto de los vehículos, será preciso solicitar dicha estimación a una empresa tasadora, cuyos gastos tendrá que asumir el empresario

- b) El vehículo, cuando se destina a un uso mixto, es decir fines particulares y laborales, No se ha determinado legalmente una fórmula exacta para calcular el importe concreto de la utilización particular del bien, cuando se combina con el uso laboral.
- c) Gastos de manutención. El coste de las prestaciones en concepto de manutención, hospedajes, viajes y similares. las dietas, siempre que su objeto sea compensar los gastos causados por estar fuera del lugar donde se encuentra sito el centro de trabajo.

Los vales de comida deben ser nominativos, estar numerados, figurar la empresa emisora y el importe nominal. Son intransferibles y el importe es diario, de forma que cuando no se consume no puede acumularse a otros días. Se prohíbe el reembolso de su valor económico ni por parte de la empresa, ni por parte de un tercero. Además, sólo podrá utilizarse en establecimientos de hostelería

- d) Planes de pensiones: El supuesto que aquí interesa es el de los sistemas de empleo, que son los únicos que se pueden incluir como parte de la retribución flexible. El objeto real de estos beneficios es mejorar ciertas

pensiones futuras. Los empresarios pueden asumirlos a través de contratos de seguro, o plan de pensiones, con el fin de complementar las prestaciones de la seguridad social relativas a la jubilación, la incapacidad permanente para profesión habitual o absoluta, y la muerte del partícipe o beneficiario, con independencia de que el resultado sea el cobro de una renta o de una indemnización. Como se trata de un salario en especie, tributará por el IRPF por todo su importe, aunque para la empresa existe la posibilidad de deducirse en el impuesto de sociedades

- e) Tarjetas gasolina: Se trata de tarjetas que los empleados pueden usar de forma permanente y constante, con independencia del vehículo, cuya valoración se realizará de acuerdo con las cuantías reales que hayan sido abonadas a los trabajadores
- f) Costes de colegiación: cuando el trabajador precise de la colegiación para actividades relacionadas con la actividad laboral que desarrolla en la empresa.
- g) Gastos de educación: Se tendrán en cuenta los estudios dirigidos a mejorar la actividad laboral del trabajador, pero se excluyen los estudios de reciclaje.
- h) Acciones: Se refiere a la entrega a los trabajadores de acciones, gratuitas o a precio inferior al del mercado, de la empresa u otra sociedad del grupo, adoptados por los órganos de dirección de la empresa, en virtud de los cuales se determine en qué condiciones e importes. Existe una exención, es decir, se limita a 12.000 euros anuales. Todo lo que se entregue más allá de esta cuantía se incluirá como retribución a los efectos tributarios y de cotización. El cómputo del límite anual debe valorarse de fecha a fecha y no por ejercicio tributario. Además, dichas acciones no se podrán vender en los siguientes tres años a contar desde su entrega

4.4. Retribución específica en las Cajas de Ahorro

En el sistema de retribuciones de las Cajas de ahorros básicamente se pueden distinguir dos etapas, siendo su punto de inflexión la transformación de las Cajas de Ahorros en Bancos, como origen en la creación de un Sistema Institucional de Protección (SIP) de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, que modifica el artículo 8.3 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo.

Aunque en la evolución histórica, se pueden distinguir tres épocas de las cajas de ahorros españolas en función de su concepción sucesiva como establecimientos benéficos, instituciones de carácter eminentemente social o entidades de crédito *stricto sensu*. No son etapas completamente independientes, ni concepciones excluyentes, sino que, como es lógico, se solapan entre sí, contribuyendo a forjar la peculiar identidad y naturaleza que caracterizaría durante la segunda mitad del siglo XX a la institución⁸¹. No hay duda que la última se erige en el periodo de mayor complejidad en su historia, por cuanto representa su era de mayor esplendor, iniciando simultáneamente, no obstante, el ocaso de la institución.

Son varias las razones que contribuyen a esta dicotomía aparentemente irresoluble. De un lado, la liberalización operativa que supuso su equiparación en materia de negocio y actividad crediticia con la banca, lanzando a las cajas a competir entre sí y con la banca privada sin tomar en consideración las dificultades planteadas a este respecto por su propia estructura y

⁸¹ CASARES MARCOS, A. *La historia de las cajas de ahorros: origen y evolución*, Universidad de León, León, 2000, in toto, y la doctrina allí citada.

configuración institucional⁸². De otro, la liberalización geográfica que las animó a expandir su red de sucursales sin control y, lo que es peor, sin una reflexión pausada y serena acerca de las consecuencias e implicaciones de ese crecimiento para la propia entidad. Y, en fin, la mudanza consiguiente de su vertiente o función social, a fin de acomodarla a estas transformaciones, así como a la nueva estructura territorial del poder inaugurada por la Constitución de 1978.

Todo ello sancionará e impulsará aún más la intervención pública decidida en la organización y las decisiones de la entidad. Injerencia que, si bien había planeado siempre sobre la institución, alcanza tras la reforma de 1977 una repercusión desmedida, auspiciada, además, por la doctrina interpretativa del Tribunal Constitucional en relación con el reparto competencial impuesto en la materia por la descentralización territorial del poder ⁸³. Ambas se erigen en caballo de Troya para la entrada de intereses propiamente políticos en el seno de sus órganos de gestión, gobierno y administración. Y así, no cabe duda que las reformas habidas en estos aspectos no han alcanzado la calidad obtenida en otros muchos. No en vano, pese a que el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de cajas de ahorros parece una cuestión zanjada en la jurisprudencia constitucional, el marco de duplicidades competenciales generado por los Estatutos de Autonomía y la doctrina del Tribunal Constitucional deja muchos aspectos en zona de penumbra, cuando no directamente en sombra. Y así, la doctrina no ha dudado en denunciar los efectos nocivos de esta “*dualidad competencial*”.

⁸² Proceso potenciado por la Reforma Fuentes Quintana de 1977, en particular, por el artículo 20 del Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto.

⁸³ La metamorfosis del sistema de gobierno de las cajas de ahorros fue iniciada con la reforma Fuentes Quintana en 1977, profundizando en ella posteriormente la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de normas básicas sobre los órganos rectores de las cajas de ahorros, LORCA, y la legislación aprobada a su socaire.

En el preámbulo del Convenio Colectivo de la Cajas de Ahorros para los años 2003-2006, se anuncian modificaciones buscando una mejora tanto de la productividad del sector como de la mejora de servicios. En todo caso, hay un punto de inflexión en 2010. Antes de esa fecha la retribución se basa en el Convenio Colectivo como Niveles 1 y 2.

Posteriormente el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, las Cajas empiezan a tener condición de Banco, con naturaleza mercantil y con forma jurídica de sociedad anónima. Desde ese momento se les aplica la Ley de Sociedades de Capital, la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y la legislación específica para entidades de crédito y a la supervisión, control y normativa del Banco de España.

Por otro lado, modifica la forma de gobierno de las Cajas, imponiendo su profesionalización e incluyendo ajustes para incorporar los derechos políticos de las cuotas partícipes en los mismos.

Pero, además, se reconocen como órganos de las Cajas a los directores generales y ciertas Comisiones, por ejemplo, la de Retribuciones y Nombramientos y la de Obra Benéfico Social.

Se ajustan, asimismo, los órganos de gobierno y los mecanismos de representación de intereses, en concreto se reconoce la posibilidad de que las Cajas nombren a sus representantes en el Consejo de Administración.

En este sentido, ya en el convenio colectivo de las cajas de ahorros para los años 2010-2014, se estimaba casualmente, que era necesaria esta modificación para conseguir la adaptación de la norma a la realidad. El 20 de noviembre de 2014, fecha de denuncia del convenio 2010-2014, comienza la aplicación conjunta del artículo 3 del convenio denunciado y del artículo 86.3. del Estatuto de los Trabajadores que, de acuerdo con la interpretación

jurisprudencial, producen el efecto de extender el plazo legal de eficacia ultractiva de doce meses, a un plazo de convencional de eficacia ultractiva de dieciocho meses, finalizando su término en el día 20 de mayo de 2016. Es aquí donde comienza el conflicto por la ultraactividad del convenio, hasta el 30 de septiembre de 2020 donde por fin se firma un convenio para el período para el período 2019-2023, que afecta a unos 68.000 empleados⁸⁴.

En este nuevo convenio, desaparecen propuestas en materia de clasificación de oficinas, desaparece la figura del Subdirector, y la consolidación de un nivel cada dos años. Y, al contrario, se incluye en la regulación del teletrabajo y la desconexión digital.

En este punto, parece interesante poner de manifiesto que existen algunos casos concretos, como el del grupo Bankia respecto a las cláusulas de blindaje. En el grupo se decide blindarse jurídica y económicamente mediante contratos, prejubilaciones, jubilaciones parciales y otros seguros y retribuciones en especie⁸⁵. En la misma línea, están las prejubilaciones de la Caja de Ahorros de Segovia, de CajaSur y Caja Mediterráneo (que fueron intervenidas) y de Novacaixagalicia, Catalunya Caixa y Unnim (que fueron nacionalizadas).

Los sistemas de previsión (pensiones complementarias, seguros de vida y figuras análogas) a veces se regulan como una remuneración encubierta, las cuales en exceso pueden provocar riesgos financieros, sobre todo en situaciones de crisis, incluso pueden, en ocasiones, ser calificadas de prácticas delictivas por administración desleal.

El profesor Gómez-Benítez, en su artículo “*Remuneraciones abusivas y simuladas de los Administradores: reflexiones con motivo del caso BSCH*” (Ed.

⁸⁴ Sin contar a los trabajadores de Kutxabank, los cuales tienen su propio convenio colectivo.

⁸⁵ BANKIA, *Memoria de las cuentas reformuladas*, págs. 53 a 61.

VLEX, 2012), puso de manifiesto que es posible que el sistema de la remuneración sea abusivo, al margen de la libertad de las partes de acordarlo, *“pues el derecho de sociedades y, en casos especialmente graves, el penal, no pueden ser insensibles a la situación de pérdidas o de crisis económica de una empresa”*. Es preciso que se determinen criterios legales que determinen si existe *“lesión del interés social e infracción de los deberes de los Administradores”*, para lo cual es fundamental *“el análisis del contenido concreto del deber de los Administradores de fidelidad o salvaguarda del patrimonio administrado”*.

Es importante en este punto las obligaciones de transparencia, que fueron reforzadas a través de la Circular 3/2008, de 22 de mayo del Banco de España, relativa a *“Información sobre remuneraciones”*, introducido por la Circular 4/2011, de 30 de noviembre.

En este sentido, es importante el tenor de la Norma centésima decimonovena de la Circular mencionada, titulada *“autorización y comunicación de los créditos concedidos a cargos de administración de las entidades de crédito”*, que señala que: *“1. Antes de conceder los créditos, avales y demás operaciones a que se refiere el artículo 5.1 de la Ley 31/1968, de 27 de julio, sobre incompatibilidades y limitaciones de los presidentes, Consejeros y Altos cargos ejecutivos de la banca privada, y el apartado 2 del artículo 16 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros, los Bancos, y las Cajas de Ahorros cuando proceda, de acuerdo con la última disposición citada, deberán solicitar la correspondiente autorización al Banco de España.”* [...]

“2. Semestralmente, las entidades de crédito comunicarán a los Servicios de Inspección del Banco de España una relación de las personas que deban calificarse como parte vinculada de acuerdo con lo previsto en las letras d), e) [excluidas las personas mencionadas en los apartados ii) y iii) que no sean

consanguíneos del afectado], f) y g) del apartado 1 de la norma sexagésima segunda de la CBE 4/2004, a las que hubieran concedido facilidades crediticias de toda índole, excepto las que estén amparadas en los respectivos convenios colectivos, cuyo importe acumulado supere los 100.000 euros. En dicha relación se indicará el DNI o NIF del acreditado, el cargo que desempeñe o la relación personal o societaria que determine la comunicación”.

5. DERECHOS DE REPRESENTACIÓN

Debido al *parentesco sociológico* entre empresario y el Alto Directivo, dado que este último se sitúa muy cercano a los intereses de la titularidad empresarial y, en consecuencia, lejano a las reivindicaciones del resto de los trabajadores. Sin embargo, no impide que tenga sus propios intereses colectivos contrapuestos con los del empresario.

De todas maneras, al menos de una manera teórica, no es posible sostener que los trabajadores Directivos tengan vedada la organización de sus intereses y el recurso a los distintos medios de autotutela. No obstante, y pese a que dichos trabajadores pueden afiliarse a cualquier sindicato, la práctica demuestra que no lo hacen, siendo habitual la creación de sindicatos específicos, de ámbito más amplio que la alta dirección, tales como los sindicatos de cuadros o de personal Directivo.

A tenor del art. 16 del RD 1382/1985, el personal de alta dirección queda al margen de la representación unitaria de la empresa. Así, ni participa como elector ni como elegible en los órganos de representación regulados en el Título II del ET, por lo que tienen muy limitados los derechos sindicales. La razón que justifica la exclusión de los Altos Directivos de los órganos representativos unitarios instituidos para el resto de personal es su posición jerárquica en la empresa, acompañada de la representación del empresario.

Asimismo, se le excluye del ámbito de aplicación de los convenios colectivos, aunque se le reconoce los derechos colectivos que regula la Constitución. No obstante, queda permitido que el personal de alta dirección constituya otras formas de representación y defensa de sus intereses legítimos.

6. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

El art. 13 del RDPAD señala que *“el Alto Directivo podrá ser sancionado en virtud de incumplimiento de las obligaciones derivadas de esta relación especial, y en los términos que se pacten en el contrato. Las faltas y correspondientes sanciones serán revisables antes el orden jurisdiccional social”*.

Como puede observarse, en cuanto a la justificación causal del despido del alto directivo, solo alude la norma a una “causa genérica”, el incumplimiento contractual grave y culpable. No recoge la enumeración de incumplimientos contractuales del art. 54.2 ET

El plazo de prescripción de las faltas de los trabajadores, cualquiera que sea su naturaleza, incluidos los Altos Directivos, es amplio y llega hasta los doce meses a contar desde el momento que se cometió la infracción o desde el momento en que el empresario tuvo conocimiento de su comisión.

Contra el despido puede reaccionar el alto directivo, del mismo modo que el trabajador común, de manera que el ejercicio de la acción contra el despido caduca a los veinte días hábiles siguientes a aquel que tuvo lugar.

Por remisión al art. 55 ET y por el tratamiento que hace el art. 11.3 DAD, el juez que proceda a la calificación del despido, lo hará declarándolo procedente, improcedente o nulo.

7. UNA BREVE APROXIMACIÓN AL REGIMEN FISCAL

Es importante analizar en este punto la tributación de la retribución del Alto Directivo, la indemnización por despido y como se tributa en el Impuesto de Sociedades y en el IRPF.

7.1. Tributación de la retribución

En la Ley 35/2006 de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se limita qué se entiende por renta y cómo se calificar. Tiene una vocación extensiva, de modo que se incluye como tal casi cualquier remuneración, con origen en relación laboral o estatutaria, así, en caso de duda, se incluyen todas las contraprestaciones, con independencia de su denominación o de su naturaleza, que pueden ser dinerarias o en especie. En todo caso, hay que tener en cuenta que en la estatutaria es donde caben los Altos Directivos, y que no tengan el carácter de rentas de actividades económicas, esto es importante para “*la teoría del vínculo*” es decir cuando el Alto Directivo es también Consejero.

En la tributación del Alto Directivo se incluye el salario y los gastos de representación, también las dietas y asignaciones para viajes, las contribuciones de promotores o las asignaciones que hagan los empresarios y que se imputen a los Altos Directivo. Todo queda inserto en el concepto de rendimiento del trabajo y, por si acaso, la ley aclara que siempre será calificado como tal la retribución de Administradores y miembros del Consejo de Administración y todas aquellas que deriven de relaciones laborales de carácter especial entre las que están los incentivos. Lo que económicamente o fiscalmente es más rentable, es la posibilidad de deducir gastos, según la ley del

IRPF, para lo cual habrá que estar a lo señalado cuando se trató el tema de la retribución flexible.

Por otro lado, hay que analizar la base de la retención de la retribución del Directivo para saber qué porcentaje de retención hay que aplicar. La base de retención es siempre la misma, la cuantía íntegra recibida no se minorará en el caso de que el Alto Directivo sea a su vez administrador de la sociedad, y que, por lo tanto, tenga que estar dado de alta en el régimen de trabajadores autónomos, no se minoran las cuotas de la Seguridad Social en el régimen de trabajadores autónomos si la paga la empresa, sino que esas cuotas del RETA se meten como mayor retribución del Directivo, y por lo tanto se practican las retenciones sobre ellos.

Evidentemente el cálculo de las retenciones en los Altos Directivos se hace sobre la renta que perciben, tanto la dineraria como la de especie. Además, si la empresa paga la cuota de autónomos del Directivo, que a su vez es el Administrador, dicha cuota se califica como retribución en especie, la cual se integra dentro de la base de retenciones que es lo que repercute en el ingreso.

No hay que perder de vista que la remuneración que reciba el Administrador con cargo de Alto Directivo se califica como rendimiento del trabajo, aplicándole la misma retención que a los Administradores: el 35% o el 19%.

La Dirección General de Tributos que ha ido publicando resoluciones de consultas vinculantes, como puede ser la CV0543-17 y CV0623-18, definiendo el tipo de retención que se aplica a aquellos Directivos que son al mismo tiempo socios y Administradores de la empresa: Si el cargo de administrador en este caso es retribuido, en este caso, los estatutos de la sociedad lo tienen que haber previsto, así como deben señalar el esquema de retribución que tienen, que se considerarían rendimientos del trabajo si está

definido el cargo de administrador como administrador retribuido, es decir se fija la cantidad estatuarimente que tiene que percibir si eres administrador, si es Directivo, socio, etc.

Sin embargo, si el cargo del Administrador en este caso es gratuito, ahí empiezan los problemas. Si es gratuito, evidentemente no puede cobrar nada como administrador, pero si es socio - administrador la renta que percibe dependen de los dividendos.

Si además es trabajador, aparte de ser Administrador, no se cobra por la condición de tal, sino por el rendimiento del trabajo, ya que se considera que lo que hace es prestarle un servicio porque es administrador de la sociedad. En el caso anterior, si además tienes otra sociedad, o es autónomos, estos rendimientos serían actividad económica.

La Agencia Tributaria es bastante rigurosa. Es muy reacia a considerar que cuando alguien es socio de una sociedad, y desarrolla trabajos para la misma, pueda ser calificado ese trabajo como algo distinto a rendimiento del trabajo.

Si un socio de una sociedad cobra por algo que no sea dividendos, porque está desarrollando algún tipo de actividad en la sociedad ,tenemos que tener muy bien acreditado que es una actividad económica ,que es una actividad distinta con varios clientes a los que presta servicios para que se pueda calificar como actividad económica , porque por lo general lo que hace es llevarla siempre como rendimiento del trabajo, caso típico de ello es una sociedad de abogados en las que los abogados son socios y prestan sus servicios. En este caso la Agencia Tributaria tiende a considerar qué servicio se presta cómo condición de trabajador, y no como condición de empresario.

Interesantes son por otro lado los gastos de desplazamiento, pues en función de la forma en la que hayan sido satisfechos, sí hay un reintegro, pues sus gastos por dentro serán fiscalmente deducibles, y no será retribución para el empleado, aunque sí para el Directivo, siempre que se pueda acreditar. En este caso lo que se hace es poner a disposición de los miembros del consejo de administración de los Altos Directivos los medios para desplazarse para acudir a las juntas de reunión y otros. Aquí no hay ningún tipo de retribución. Se trataría como un gasto de representación en este caso, y se tendría que tributar por esa cantidad.

El tipo general de retención para los miembros del consejo de administración es el 35 %. Mientras que para entidades de reducida dimensión es el 19 %, es decir para miembros del consejo de administración que es a su vez es un Alto Directivo.

Por otro lado, puede haber Altos Directivos en pequeñas y medianas empresas que tienen tipos de retención por debajo del 35% que marca el consejo de administración, ya que una vez más, según lo comentado en la teoría del vínculo, en la medida en que un miembro del consejo de administración, sea un órgano de la administración de la sociedad, y a su vez un Alto Directivo, esta teoría del vínculo dice que la relación es mercantil y no laboral, por lo cual el tipo de retención sería aplicable el 35% aunque tuviese otro menor por rendimiento del trabajo.

Sin embargo, si el Alto Directivo no es miembro del consejo de administración, se le calcula la retención en base a lo que dispone el Reglamento del IRPF, como a cualquier otro trabajador, de acuerdo con el total de su renta, teniendo en cuenta, por supuesto, sus condiciones personales, familiares, entre otras.

7.2. Tributación del impuesto de sociedades

Algunas empresas, sobre todo las grandes, aunque también les ha ocurrido a las pequeñas, se han visto afectadas por el criterio que dio la sala de lo mercantil del Tribunal Supremo, en el caso MAHOU, ya mencionado, la normativa mercantil establecía la obligatoriedad de que, si el cargo de administrador era retribuido, se tendrían que fijar en los estatutos cual sería esa retribución y además se tendría que fijar con toda precisión.

La consecuencia de esa sentencia fue contradecir la creencia general de que los socios de las empresas más pequeñas y sobre todo las familiares, no estaban sometidas a un control de una junta con accionistas numerosos, y que por lo tanto los Administradores podían estar llevándose dinero a través de sueldos, salarios, entre otros, sin que estuviese previsto en ningún lado, por lo que la agencia tributaria lo que miraba era la retribución fijada en los estatutos para los miembros del consejo de administración, porque todos estos gastos son fiscalmente deducibles.

Respecto a la retribución de los consejeros ejecutivos, que son al mismo tiempo directores generales de las empresas, y aplican “*la teoría del vínculo*”, hay que señalar que, en primer lugar, se es consejero antes que Alto Directivo, por lo que no se tiene en cuenta la relación de carácter especial si no que volvemos a una relación mercantil.

Por otro lado, podría ser que se fije en los estatutos de la compañía con absoluta precisión que su cargo es el de consejero, pero el responsable ejecutivo no cobra como consejero, cobra solamente como Alto Directivo, por lo que en este caso no queda fijado, de tal manera que al final la Agencia Tributaria considera que en ambos casos tanto lo que se paga a uno u otro, son gastos fiscalmente deducibles.

A finales del año 2014, se aprobó la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, que hasta el momento estaba recogida en el Real decreto legislativo 4/2004, que aprobaba el texto refundido del impuesto de sociedades, el cuál señala que no son gastos fiscalmente deducibles las literalidades, es decir, si las sociedades deciden dar un regalo a un empleado, no se consideraba un gasto fiscalmente deducible. Esto sucede a todos los niveles inclusive a los bancos,

La agencia tributaria también quiere proteger a los accionistas que no tienen capacidad para ceder, o para reaccionar a un posible abuso de los Administradores, como en sociedades familiares en las que los Administradores tengan un 60 o 70% de la sociedad y 30% restante están en manos del resto de la familia, que ven como los sueldos de los Administradores son muy elevados. Está pensado para eso, se ha llevado al ámbito fiscal con los resultados que estamos viendo, porque lo que hace la administración tributaria, por eso he hablado de la liberalidad, es asimilar la liberalidad a la ilicitud del gasto, dice que el gasto ilícito estaba permitido, o fiscalmente deducible.

Esto es lo que dice el art 237 de la Ley de Sociedades, y esta es la sentencia que dispara todo esto, que lo que hace es constar en los estatutos con certeza la precisión del concreto sistema retributivo, y si la retribución consiste en una participación en beneficios, y la determinación exacta del porcentaje, por lo cual es bastante inflexible, ya que los planes de acciones varían de un año a otro, por lo que te obligaría a hacer modificaciones estatutarias continuamente.

Por ello, en caso de que exista una reducción en una asignación fija, es uno de los criterios que lo permiten, con lo cual, si hay una subida de sueldo, una actualización, cada vez que haya un *bonus* que perciba el Directivo, porque haya hecho un trabajo excepcional, si se lo pagan y es Consejero ejecutivo, no hay forma de retribuirle que sea gasto deducible con arreglo a esta sentencia.

De nuevo habrá que estar a la teoría del vínculo, que señala que será exigible a los Altos Directivos, a los consejeros ejecutivos, con lo cual, si no lo tenemos fijado en los estatutos, pues es fiscalmente deducible, esto nos lleva a que, en la práctica, todo consejero que reciba ejecutivas, tiene que estar reflejado estatualmente, y si no las reciba.

Consecuencia por tanto de la retribución sin cobertura estatutaria para los consejeros ejecutivos, son consideradas liberalidades y por lo tanto un gasto no deducible en el impuesto de sociedades.

En este punto, la Agencia tributaria remitió a la Dirección General de Tributos el 12 de marzo 2009, después de las sentencias del caso Mahou, consulta y se emitió un informe del director del departamento de inspección que dijo que es gasto deducible, no es una liberalidad. Dicho Informe concluía que *«los gastos representativos de las retribuciones satisfechas a los Administradores de sociedades mercantiles tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con la normativa vigente regulada en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, cuando los estatutos establezcan el carácter remunerado del cargo, aunque no se cumpliera de forma escrupulosa con todos y cada uno de los requisitos que, para cada tipo de retribución, establece la normativa mercantil»*. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se mantuvo incólume en la calificación de esas retribuciones que carecían de cobertura estatutaria como liberalidad y ha afirmado recientemente en su sentencia de 2 de enero de 2014 (RJ 2014, 534) que *«resulta insólita (...) cualquier interpretación que sostenga que en esta materia no es exigible un escrupuloso cumplimiento de la legislación mercantil»*.

Lo cierto es que en la norma no estaban excluidos como gastos deducibles los que procedían de gastos ilícitos, lo que dice es que cuando el gasto establezca el carácter de remunerado, a efectos fiscales, aunque no se cumpliera con cada una de las condiciones establecidas en la normativa mercantil, va a ser considerado gasto deducible.

Lo que se regula a efectos del impuesto de sociedades, para que sea un gasto fiscalmente deducible, lo que tenemos que tener es registro contable, y por lo tanto que sea un gasto real, pero ya no es condición necesaria, ni suficiente, ni necesario simplemente que lo tengas registrado en contabilidad y que derive de una realidad jurídica y económica.

Cuando esta cuestión fue dilucidada por el Tribunal Supremo, en su sentencia del 2 de enero de 2014 (RJ 2014, 534) dijo textualmente que *“resultaba insólita cualquier interpretación que sostenga que en esta materia no es exigible un escrupuloso cumplimiento de la legislación mercantil, viene a decir que tributos se había pasado, y que lo que no puede decir tributos es que una cosa puede ser un gasto deducible si no se cumple la legislación mercantil”*.

En relación a lo que señala la sentencia del Tribunal Supremo señalada en el anterior párrafo es que hay mucha normativa fiscal que se aleja de la normativa mercantil, pues en fiscal existe la operación de escisión, también la de aportación de rama de actividad, y de segregación que es una escisión de rama de actividad para aportarla a una sociedad, pero todos ellos son conceptos que no están ligados y que por vía de interpretación hay que ligarlos.

Lo que importa es para considerar que la liberalidad es ilicitud, solamente se puede cargar como gasto deducible la retribución del Consejero ejecutivo si se trata como liberalidad, pero es que no es una liberalidad, por lo cual lo que me asimila es la liberalidad a lo ilícito, y esto es absurdo.

Por otro lado, la Agencia Tributaria considera que toda sociedad que esta cotizada, tiene aprobada en sus cuentas anuales la retribución a los miembros del consejo de administración incluidos los Consejeros ejecutivos y se detalla cuánto cobran, porque concepto, entre otras cuestiones.

Es verdad que no está aprobado el Estatuto, pero la protección que se busca para el socio minoritario ante los posibles abusos del órgano de la administración, está en esas cosas, y es evidente que puede rechazar las cuentas anuales si no está de acuerdo, entre otras cosas con esa retribución al Consejero ejecutivo.

En la actualidad la Ley del Impuesto de Sociedades, la Ley 27/2014, determina que la retribución al administrador por el desempeño de funciones de alta dirección u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral, no es liberalidad, y por lo tanto puede ser gasto deducible una vez que se cumple el requisito de la contabilización.

La normativa fiscal exige como en la normativa mercantil añadiendo algo que no estaba en la normativa anterior, que son no deducibles los costes derivados de aquellas actuaciones que se califican de contrarias al ordenamiento jurídico.

7.3. Tributación de las indemnizaciones

En cuanto a las indemnizaciones, cómo sabemos la relación del Alto Directivo puede extinguirse por varias causas, y en principio el empleado con arreglo al Estatuto de los Trabajadores tiene derecho a sus indemnizaciones que en el caso del desistimiento por parte del empresario la indemnización sería de siete días por año de trabajo con el límite de 6 mensualidades, o sería la cantidad pactada.

En el caso el que sea el Alto Directivo el que desista, bien porque hayan cambiado las condiciones del trabajo, bien porque faltaran unos retrasos del pago del salario, cambio de titularidad de la empresa, etc., esa indemnización sería de acuerdo a la cantidad pactada.

En el caso de que haya un despido nulo o improcedente, la indemnización es la cantidad pactada, o los 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades que establece el Real Decreto.

El régimen fiscal en las indemnizaciones por despido, sería de una exención general en la Ley del Impuesto de Sociedades, en la cantidad establecida en el Estatuto de los Trabajadores, siempre que no haya sido pactada, ni convenida, sin meter dentro de ese concepto de pacto o convenio el que derive de un expediente de regulación de empleo, pues establece el límite permitido por el Estatuto de los Trabajadores, con un tope de 180.000 €.

Para un trabajador en condiciones normales, lo que establece el Estatuto de los Trabajadores es que hasta esos 180.000 euros ese límite es exento, y a partir de ahí, con independencia de que pueda o no tener derecho a reducción, tributaria a tarifa general del IRPF.

En el caso del Alto Directivo, nos encontramos con algo ciertamente sorprendente, es decir, tenemos el criterio del Tribunal Supremo reiterado en las sentencias de 21 de noviembre de 1995 y de 13 de junio de 2012. En esas dos sentencias, el Tribunal Supremo lo que viene a decir es que el Real Decreto que regula que en la relación especial del Alto Directivo no se establece ningún límite, ni mínimo, ni máximo, de carácter obligatorio en esas indemnizaciones, y dice que las señaladas en el artículo 11, son a falta de pactos, y en su defecto, y por lo tanto subsidiarias de lo convenido, no hay nada obligatorio según lo establecido en el artículo 7 de la Ley del IRPF, relativo a las exenciones.

Las indemnizaciones satisfechas al personal de alta dirección no están exentas en ningún punto, ni límite de 180.000 €, ni nada, toda la indemnización pagada a un Alto Directivo tributa íntegramente, porque el Tribunal Supremo considera que no es con carácter obligatorio en base a estas sentencias del Tribunal Supremo.

Es cierto que estas indemnizaciones no están exentas, pero también es cierto que se puede aplicar la reducción el 30%, ya que toda aquella renta, que se especifica como regular en el Reglamento del IRPF, o que es generada en un plazo superior a los dos años, tiene derecho a una reducción. Esas reducciones que son del 30%, antes era del 40%, por lo que ahora sean del 30% y que el plazo sea superior a dos años, es importante.

El plazo de generación de una renta, en el caso de una indemnización percibida por un Alto Directivo, es el que ha estado desempeñando la función de Alto Directivo, pero es relevante saber cómo se aplica esta reducción, porque se tienen que imputar a un único periodo impositivo en principio, que además puede ser fraccionado en varios plazos, y con esta modalidad además, se le puede seguir aplicando la reducción, ya que según la normativa, con este fraccionamiento hay que aplicar la regla que dice “que el número de años de generación en la renta, el número de años de servicio del Alto Directivo partido por el número de años de fraccionamiento, es superior a dos”⁸⁶.

Esta regla es importante, porque si no se tiene en cuenta, y se decide fraccionar la indemnización por acuerdo de la empresa con el empleado, podría

⁸⁶ Esto se puede ver con un ejemplo práctico: si yo he estado trabajando como Alto Directivo para un Banco durante diez años, y me despiden, me pagan la indemnización, pero fraccionándola en 3 años, pues diez años partido por tres años de fraccionamiento son 3,33, que es superior a dos, por lo que cabe la reducción del 30%. Si esa misma indemnización la fraccionaran en cinco años, el resultado sería que 10 años partido por 5 es igual dos, por lo que, al no ser superior a dos, no tendría derecho a la reducción, ya que tendría que ser superior a dos.

perjudicar a efectos fiscales, por ello es mejor no fraccionarla⁸⁷. Por otro lado, la reducción se puede aplicar, aunque se cobre de una sola vez, pero la reducción tiene su truco, porque tiene un límite, solo se aplica como máximo a 300.000 € quiere decir que la reducción máxima son 90.000 € a tributar, 90.000 € que son el 30% de 300.000⁸⁸.

Pero estos límites han producido muchos abusos, por lo que el legislador estableció que si se cobraba entre 700.000 y 1.000.000 de euros de indemnización por despido, esos 300.000 € se van a ir reduciendo, porque lo que dice la norma es que la cuantía del rendimiento sobre la que se le aplicará la reducción no podrá superar el importe que resulte de minorar 300.000 € de la diferencia entre la cuantía del rendimiento y 700.000 €, y además dice el segundo límite si se superan los 700.000 € y hasta un millón de euros se va a ir reduciendo.

⁸⁷ Por ello, ejemplo de una indemnización de 300.000 €, de los que se ha estado trabajando diez años, y la empresa no pudiese pagarle, alegando que solamente puede hacerse cargo de 100.000 € en tres años, entonces sería diez años de generación, partido tres años en los que se cobraría la renta. En este caso entonces se puede aplicar la reducción. Si el caso fuera que son cinco meses en dos ejercicios fiscales, es decir por ejemplo los cinco meses de noviembre, diciembre, enero febrero y marzo, serían dos ejercicios fiscales distintos, por lo que aquí la imputación atiende al concepto de exigibilidad. En este caso, la administración va a tener en cuenta que son dos años distintos, es decir, si se cobrara en dos ejercicios fiscales, la Agencia Tributaria va a tener en cuenta que el fraccionamiento se ha producido en dos años, y entonces habría que ver si el número de años de generación partido por esos dos años de fraccionamiento, aunque sean cinco meses, repartidos en dos años da más o menos a dos.

⁸⁸ Si al Alto Directivo le indemnizan con 300.000 €, y es irregular, 300.000 euros por el 30 % 90.000, es decir se restan 90.000 € a los 300.000, luego 210.000 € tributarían en su integridad.

Por otra parte, la norma establece que no son fiscalmente deducibles las indemnizaciones que superen un millón de euros o el límite obligatorio previsto en el Estatuto de los Trabajadores⁸⁹.

En poco tiempo ha cambiado esta estructura, porque lo que sí es cierto es que la sentencia del año 95 del Supremo es antigua y choca un poco con el propio concepto de Alto Directivo, porque el Alto Directivo sigue siendo un empleado, no es el dueño de la sociedad, a priori no tiene porqué ser el dueño de la sociedad por el hecho de pasar a un estatuto de Alto Directivo.

Muchos empleados que entran en un perfil más junior van evolucionando, y pasan de ser empleado normal a empleado de Alto Directivo, y resulta que, si en ese momento pierden su condición de empleado, son despedidos, pues el hecho de que no tenga ningún tipo de exención, puede considerarse injusto.

Todo ello cambió con la STS de 5 de noviembre de 2019 (sentencia 528/2019) que consideraba que la empresa no estaba obligada a practicar retención por la indemnización satisfecha en un cese de personal de alta dirección, textualmente dice que “*no nos hallamos ante una indemnización por*

⁸⁹ Para entenderse bien se van a exponer una serie de ejemplos: Si se ejercen funciones de Alto Directivo en una multinacional durante más de diez años y entonces el presidente de su Consejo de Administración determina su cese, en este caso la renta sometida a tributación en el caso de 300.000 € son 210.000 (se renta el 30%). En el caso de que la indemnización fuera de 450.000 euros, la reducción máxima que se puede aplicar es del 30% sobre 300.000, que son 90.000 € se resta 90.000 y da un resultado de 360.000 euros. En los dos casos hemos aplicado el 30% sobre 300.000 porque no se supera el límite de los 700.000 euros. En el caso de que la indemnización fuera de 850.000 euros, la norma que se cogen los 300.000 sobre los que vas a aplicar la reducción, y se van a aminorar en la diferencia entre la indemnización pactada y 700.000 €, la diferencia entre la indemnización pactada y 700.000 € es 150.000 €, luego puede aplicarse solo a 150.000 € y el 30 % de 150.000 € es 45.000. Así, se ha pasado de reducir 90.000 euros, 850.000 € menos 45.000 € son 805.000€, hemos reducido a la mitad. Así funciona esta regla, se va retribuyendo por encima del límite que establecido de 700.000 €, y así se limita la capacidad a reducir un millón de euros.

libre desistimiento del empresario sino ante una indemnización por despido del art. 52-c) ET por causas técnicas, económicas, organizativas o productivas”.

Anteriormente otras sentencias ya habían modificado la anterior doctrina que mantenía que el contrato de alta dirección podía extinguirse por decisión unilateral tanto del Directivo contratado de la sociedad con un preaviso mínimo de tres meses, sin derecho a indemnización. Se modifica y se entiende que, aunque se permita el libre desistimiento, esto no puede implicar que no venga acompañado de indemnización.

Esto produjo una modificación de la doctrina, porque una indemnización mínima es obligatoria hasta el límite establecido en la regulación específica de la relación de alta dirección debería estar exento.

Teniendo en cuenta la beligerancia de la Dirección General Tributaria en relación con este tipo de indemnizaciones en los últimos años, lo más prudente sería declarar la indemnización como sujeta y no exenta y, posteriormente, solicitar la rectificación de la autoliquidación presentada, con devolución de ingresos indebidos, puesto que de acuerdo con la regulación anterior, con independencia de la jurisprudencia mencionada del Tribunal Supremo, la AEAT sigue aplicando el criterio de que no es obligatoria la exención, que consideran que si no existe una indemnización establecida en el contrato ,o existiendo una exención establecida en el contrato ,se acuerda satisfacer esa cantidad ,esa indemnización pactada, por ser pactada ,te excluye la exención ,con lo cual como solo quedan exentas aquellas exenciones obligatorias según el Estatuto de los Trabajadores ,siempre que no hayan sido objeto de pacto o convenio ,en la medida en que se pacte una indemnización en el contrato que coincida con la mínima ,o se remita a uno en el contrato a que se pagará la indemnización mínima prevista en la normativa, como ya está pactada ,decimos que no está exenta.

Todo esto es una extralimitación de la Dirección General de Tributos y del TEA, ahora mismo se puede retorcer la interpretación de la norma que ya está dada por el Tribunal Supremo que es el máximo intérprete en demostrar la normativa del Derecho español, para tratar de defender que algo está no exento, con un tipo de lograr más Altos los Altos Directivos, o quizás para que tampoco haya tantos Altos Directivos a los que se les esté despidiendo.

En definitiva, salvo prohibición expresa, la promoción del empleado a Alto Directivo hace que la relación laboral común quede rescindida, es decir, si en ese caso fuese despedido, podría solicitar la reincorporación a la relación laboral de origen que estaba suspendida y no extinguida.

Evidentemente el despido de un Alto Directivo en estas circunstancias podría llevar a la reincorporación. Si se admite la indemnización, se seguiría el criterio visto anteriormente, es decir la reducción del 30%, siempre que sea sobre 300.000 €, si se superan los 700.000 € ; hasta el millón se va aminorando, y si es superior al millón de euros, se queda fuera, porque según el criterio del TEA y de LA Dirección General de Tributos y no habría exención.

En cambio sí hay una indemnización por despido improcedente, por la relación laboral común, en este caso si cabría la exención, que estaría sujeta a lo dicho anteriormente, teniendo en cuenta el límite previsto con carácter obligatorio en el estatuto de los trabajadores que no se haya pactado y los 180.000 euros y, por supuesto, sobre la cantidad no exenta vuelve a caer la reducción del 30%, eso sí, si el empleado decide no reanudar la relación laboral, es decir, si está en suspenso no habría exención.

8. PROTECCION DE DATOS

Antes de cerrar este Capítulo, se va a realizar una breve referencia a la protección de datos de los trabajadores, que también es aplicable a la Alta Dirección.

BLÁZQUEZ AGUDO define la protección de datos en su *libro “Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales”* “como el derecho de disposición y control sobre los datos personales que se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, obtención y el acceso a aquellos datos, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o posibles usos por un tercero”.

La protección de datos es un derecho fundamental no recogido expresamente en el texto constitucional. La entrada en vigor del reglamento comunitario de protección de datos no hace necesario el consentimiento del trabajador para el tratamiento de sus datos personales en todo lo referente a los fines de la contratación, aunque está garantizada dicha protección.

En el RGPD puede establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral sobre la aplicación *sobre la base del consentimiento del trabajador; los fines de la contratación; la ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Ley o por convenio colectivo; la gestión, planificación y organización del trabajo; la igualdad y seguridad en el lugar de trabajo; la salud y seguridad en el trabajo; así como con los fines del ejercicio y disfrute, sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo; y a los efectos de la rescisión de la relación laboral”* .

El artículo 18.4 de la CE reconoce un derecho fundamental a la protección de datos al exponer que «la Ley limitará el uso de la informática para

garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y de la propia imagen” en el que se incluye dentro del centro de trabajo. Asimismo, el derecho al secreto de comunicaciones está conexas con el derecho a la intimidad.

Otro derecho que puede estar implicado en el tratamiento de la protección de datos personales de los trabajadores es el recogido en el artículo 18.3 de la CE, cuando se graban conversaciones vía telefónica, del correo electrónico o de cualquier tipo de mensajería.

El acceso al ordenador y, por ende, a los correos electrónicos como medio de control empresarial de la prestación de servicios de los trabajadores puede también vulnerar el derecho al secreto de comunicaciones, para lo que se tomarán medidas adecuadas de protección.

Hay un grupo de datos personales que deben ser tratados de forma especialmente cuidadosa. En concreto, el artículo 9 del RGPD prohíbe el tratamiento de los datos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

También recoge como datos de categorías especiales los relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas, los cuales sólo pueden tratarse bajo la supervisión de las autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. (art 10 RGPD).

Por otra parte, el art. 77 del RGPD establece el derecho a presentar una reclamación para el caso de incumplimiento ante una autoridad de control. Pero, en cualquier caso, el procedimiento de protección que se utiliza en el ámbito laboral es el de la tutela de derechos fundamentales en los que además de poder pedir una indemnización por daños y perjuicios, tendría opción de pedir la extinción del contrato de trabajo de acuerdo al art. 177 LRJS.

CAPÍTULO III.

LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

CAPÍTULO III.

LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

La extinción de la relación contractual de personal de alta dirección podrá realizarse por las causas mencionadas según el estatuto de los trabajadores. Estas causas son: extinción del contrato por voluntad del empresario (despido disciplinario o desistimiento); extinción por voluntad del Alto Directivo (baja voluntaria); y otras causas de extinción.

Ambas se encuentran reguladas por el art. 11 de RELAD, estableciendo para cada una un régimen diferenciado entre sí y también frente a la legislación laboral común. La distinción alcanza principalmente a la necesidad o no de alegar una causa justa para desplegar toda su eficacia, lo que conlleva además un régimen indemnizatorio de distinta cuantía y contrapuesto.

La regulación específica del Real Decreto 1382/1985 al efecto establece en su artículo 11.1 que en caso de extinción unilateral empresarial del contrato el Alto Directivo tiene derecho a las indemnizaciones pactadas en el contrato o, a falta de pacto, percibirá siete días de salario en metálico por año de servicio.

Para lo cual solo tendría que abonar esa indemnización “casi simbólica”, de 7 días de salario por año de servicio con el límite de 6 mensualidades, salvo que se hubiera pactado alguna otra en el contrato de trabajo según establece dicho Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que establece también que se encuentran exentas de tributación por revestir carácter obligatorio.

Partiendo de tal consideración, el Tribunal Supremo estableció⁹⁰ que la indemnización respecto de los Altos Directivos se considera una cuantía de derecho mínimo indisponible. La Audiencia Nacional⁹¹ revoca un fallo del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), confirma la posición de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y establece que el carácter complementario de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el ordenamiento jurídico hace obligatoria su aplicación a todos los efectos, por lo que los siete días por año de indemnización con un máximo de seis mensualidades debería estar exenta en el IRPF⁹².

⁹⁰ STS, Sala de lo Social, de 22 de abril de 2014 (recurso 1197/2013)

⁹¹ SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 8 de marzo de 2017 (recurso 242/2015).

⁹² Esta sentencia ha sido recurrida en casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (recurso 2727/2017), se ha admitido a trámite y se encuentra pendiente de fallo en la actualidad, por lo que no es posible pronunciarse definitivamente al respecto.

1. EXTINCIÓN POR VOLUNTAD DEL ALTO DIRECTIVO

Dos son las modalidades de extinción por voluntad del Directivo, una es por dimisión, y la otra por extinción previo incumplimiento grave del empresario.

1.1. La dimisión del Alto Directivo

Según el art. 10 del RD 1382/1985 el contrato se extinguirá por voluntad del Alto Directivo, de manera unilateral y voluntaria bastando únicamente la puesta en conocimiento al empresario. Se demanda un preaviso mínimo de tres meses o de hasta seis, si así se establece por escrito en los contratos celebrados por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años. (Art. 10.1. RADAD). El preaviso no es necesario en los casos de incumplimiento contractual grave del empresario.⁹³.

No obstante, no se admite la dimisión en los contratos estipulados por tiempo inferior a tres meses, sino que es preciso esperar a la expiración del término pactado. Y en los contratos temporales de menos de cinco años, podrán las partes, quienes fijen una duración que supere los umbrales mínimos, con algunos límites: siempre por debajo de los seis meses, pero, además, debe ser proporcionada y no abusiva.

Pero, según regula el art. 10.2. del Real Decreto de Alta Dirección, “en caso de incumplimiento total o parcial, del deber de preavisar del alto directivo a su empresario, éste tendrá derecho a una indemnización equivalente, a los salarios correspondientes a la duración del periodo incumplido”.

⁹³ SSTs, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2009 (Recurso 900/2008) y de 08 de noviembre de 2006 (Recurso 2979/2005).

El alto Directivo puede libremente desistir, salvo cuando se hayan pactado, como ya se analizó, cláusulas pactadas de permanencia en la empresa, por ejemplo cuando recibido una especialización profesional con cargo a la empresa durante un periodo de duración determinada (art 8 RD 1382/1985).

1.2. **Incumplimiento grave del empresario**

También por voluntad del Directivo, podrá extinguir el contrato unilateralmente cuando el empresario cometa un incumplimiento grave del empresario que dificulten el normal desarrollo de la prestación de servicios, pero siempre a consecuencia de unas determinadas causas, con derecho a indemnización y sin obligación de preaviso.

El Alto Directivo puede dar por finalizada su relación laboral con las mismas consecuencias indemnizatorias que en el supuesto de desistimiento del empresario, esto es, con siete días de salario por año de servicio con un máximo de seis mensualidades, salvo pacto en contrario.

Así, el Alto Directivo podrá extinguir el contrato de trabajo, fundándose en las siguientes causas, de acuerdo al artículo 10.3 del Real Decreto de Alta Dirección y que se encuentran tasadas:

- En caso de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo, pero solamente cuando se perjudique su formación profesional, pero también si se menoscaba su dignidad, o el empresario actúa trasgrediendo la buena fe.

En este caso hay que precisar que el Tribunal Supremo, ha equiparado la naturaleza de dicha indemnización a las cláusulas penales, al señalar que “los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de alta dirección, se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a

las normas del DAD y a las demás que sean de aplicación (DAD 3.1)”, añadiéndose que “las demás normas de la legislación laboral común, incluido el ET, sólo serán aplicables en los casos en que se produzcan remisión expresa por parte del DAD, o así se haga constar en el contrato específicamente (DAD 3.2)”;

(TS 16 diciembre 1989, RJ 9245).

- “La falta de pago o retraso continuado en el abono del salario pactado” de acuerdo con en el artículo 10.3 b) del Real Decreto 1382/1985. La jurisprudencia lo configura como una responsabilidad objetiva. Se genera a un derecho a las indemnizaciones pactadas en el contrato, salvo pacto en contrario, traslada esta situación al art. 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.

Los tribunales son los que medirán el alcance, de la gravedad de la conducta omisiva del empresario y los perjuicios inferidos al trabajador, para dar por válida la extinción. Entre otras: la STSJ Madrid 30 noviembre 1999 (AS1999, 348), y la STS 25 septiembre 1995, (RJ 1995,6892).

- La sucesión o cambio de titularidad de la empresa, que lleve a la modificación de la conformación de los órganos rectores o de su actividad principal. Esta extinción solamente podrá llevarse a cabo en un plazo de tres meses a contar desde la producción de tales cambios. Hay que mencionar, que esta causa para el trabajador común, es una causa en la que o se produciría una subrogación en la nueva empresa o terminaría en una baja voluntaria por parte del trabajador sin derecho a ninguna indemnización; en ningún caso podría ser una causa de resolución de contrato con derecho a indemnización.

- Cualquier otro incumplimiento grave de los deberes empresariales incluidos en el contrato, salvo en los supuestos de fuerza mayor.

De estas causas, las tres primeras se refieren a incumplimientos de las obligaciones y deberes empresariales equiparables a las previstas en el art. 50 del E.T.,

En estos casos, se reconoce derecho a las indemnizaciones pactadas y, en su defecto, habrá que estar a la fijada por el RDAD (siete días de salario por año de servicio con un máximo de seis mensualidades).

2. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL EMPRESARIO

En este ámbito hay que analizar dos supuestos. Por una parte, el desistimiento por parte del empresario (art. 11 del RD1382/1985), que se fundamenta en la relación de confianza entre las partes; por otra, el despido cuando existe causa legítima para que el empresario decida la finalización del contrato, esto es, el despido disciplinario (art. 11.2 R.D. 1382/1985) o por causas objetivas (art. 49.1 ET).

Hay otras causas, inherentes al empresario, que también pueden dar lugar a la extinción de la relación laboral. Entre ellas, se pueden señalar las siguientes: *“Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, ..., o por extinción de la personalidad jurídica del contratante* (art. 49.1.g E.T.); o la fuerza mayor que impida la prestación de trabajo o la cesación de actividad empresarial por crisis. Sobre estas no se va a entrar en este capítulo por ser cuestiones comunes con la relación laboral común.

2.1. Despido sin alegar causa alguna por el empresario

Esa figura es el citado desistimiento del empresario, es decir el empresario puede extinguir el contrato de trabajo del Alto directivo sin alegación de causa, es la gran peculiaridad del régimen jurídico de la relación laboral especial de extinción del Alto Directivo, que está basada en la confianza entre las partes. Además, esta figura no se contempla en la relación común.

Lo que sí es necesario que medie un preaviso y que se haga por escrito, no estableciendo una regulación específica del preaviso, remitiéndose al régimen establecido en el art. 10.1 del R.D. 1382/1985, que establece que es preciso preavisar, al menos, con tres meses de antelación, preaviso que se puede elevar hasta seis meses, si se establece por escrito en los contratos celebrados por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años. Se excepciona de esta obligación al trabajador cuando se prueba un incumplimiento contractual grave del empresario⁹⁴.

En caso de incumplimiento del preaviso, el Alto Directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido. Además, en caso de desistimiento, tendrá derecho a la indemnización pactada y, en caso de falta de pacto, la equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

El plazo de prescripción para reclamar la indemnización en el caso de que la empresa no efectuara el pago de manera voluntaria, es de un año.

⁹⁴ STSJ Cataluña de 12 de junio de 2001 y STSJ Cantabria de 29 de abril de 2002.

Si mediara un despido al Alto Directivo, bien sean disciplinario u objetivo, se abonan los salarios de tramitación como si se tratara de una relación común. En cambio, en los supuestos de desistimiento empresarial no se abonan salarios de tramitación.

En conclusión, dos son únicamente los efectos de dicho desistimiento y son la extinción del contrato de trabajo y la obligación de indemnizar al trabajador, según lo pactado, que en todo caso si no se hubiera establecido, el RDPAD. fija en su art.11.1 la relativa a “*siete días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades*”, aunque en la práctica lo habitual y probablemente lo más adecuado es pactar dicha cantidad.

2.2. La extinción por despido

El RDPAD se remite a las *causas y procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores* en los supuestos de *incumplimiento grave y culpable del Alto Directivo con base en el artículo 55 del ET*.

El concepto del despido coincide con el contenido en el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, se exige en ambas relaciones laborales, común y especial, la apreciación de un incumplimiento contractual, que reúna los requisitos de gravedad y culpabilidad.

Las causas del despido no se regulan específicamente en el RD 1382/1985. Sin embargo, la inobservancia no impedirá utilizar las causas del despido común (desobediencia, deslealtad, abuso de confianza, disminución voluntaria y continuada del rendimiento).

Esto supone dotar al empresario de mayor libertad a la hora de valorar los comportamientos del Alto Directivo y así propiciar la extinción del contrato de trabajo, siempre que exista causa justificada o probada.

En cualquier caso, la forma y efectos serán los mismos para el trabajador de régimen común y, será aplicable, por expresa remisión normativa, el art 55 ET (notificación por escrito con relación circunstanciada de hechos y fecha de efectos). El plazo para ejercitar la acción de despido también será de 20 días hábiles y podrá ser calificado como procedente, improcedente o nulo con las mismas indemnizaciones que fija la norma general.

a) La calificación del despido

De acuerdo con el artículo 14 del RDPAD, los conflictos que surjan entre el personal de alta dirección y las empresas deben resolverse en la jurisdicción social.

A través de la jurisprudencia social, se puede analizar cómo se califican los diferentes despidos. Por ejemplo, se considera procedente cuando el Alto Directivo actúa de forma que la empresa tiene graves pérdidas (abuso de tarjetas de crédito para fines propios), con independencia de que su actuación haya sido culpable o no, aunque no haya existido culpabilidad. Al contrario, se entiende como improcedente en caso de que el Alto Directivo crea una empresa con idéntica actividad, lo cual es lógico desde el punto de vista de la confianza recíproca. En ocasiones, los tribunales han considerado el despido como nulo, **cuando se fundamenta en** la imputación de hechos ficticios; la relación laboral común ha sido sustituida por otra de alta dirección y el empresario extingue el primero argumentado no haber elegido al trabajador para el puesto de alta dirección.

b) La indemnización en caso de despido improcedente o nulo

Según el artículo. 11 del Real Decreto 1382/1985, en caso de despido calificado como improcedente, las indemnizaciones dependen de lo que se hubiese pactado entre las partes. En caso de que no se hubiese acordado nada sobre esta cuestión, *el importe será de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades*⁹⁵.

En la relación laboral especial de alta dirección, el despido nulo no tendrá como efecto único y exclusivo la readmisión como sucede en la relación laboral común, ya que se podría optar por el abono de las indemnizaciones económicas previstas en la ley o pactadas con el alto directivo, esto se debe a la relación de confianza existente entre ambas partes.

En todo caso, el tiempo de duración de la relación laboral de alta dirección no computa a efectos del cálculo de la indemnización por despido derivada de la extinción de la relación laboral común⁹⁶.

En la relación laboral especial de alta dirección, el despido nulo no tendrá como efecto único y exclusivo la readmisión como sucede en la relación laboral común, ya que se podría optar por el abono de las indemnizaciones económicas previstas en la ley o pactadas con el Alto Directivo, esto se debe a la relación de confianza existente entre ambas partes.

De modo que, si el despido se declarara improcedente o nulo, se deberá acordar entre el empresario y el Alto Directivo la readmisión o el abono la indemnización prevista. En el caso de que el despedido se reintegrase al empleo

⁹⁵ STS, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2009 (Recurso 933/2008) y STSJ de Andalucía de 7 de enero de 2000.

⁹⁶ SSTs, Sala de lo Social, de 27 de septiembre de 2011 (Recurso 4146/2010), de 17 de junio de 2009 (Recurso 1697/2008) y de 13 de febrero de 2008 (Recurso 4348/2006).

anterior, tendrá la opción de volver a la relación laboral original, sin menoscabo de las indemnizaciones a que le puedan corresponder por la extinción.

c) Cláusulas de blindaje

Las cláusulas de blindaje son acuerdo entre el Alto Directivo y la empresa, donde se establecen causas, requisitos y efectos de la extinción del contrato de trabajo. Su fundamento es reforzar la posición del primero frente al segundo. En caso de duda interpretativa sobre la extensión de dichas cláusulas se debe valorar de forma restrictiva y solamente aplicable a los supuestos que han sido contemplados expresamente.

Dichas cláusulas podemos definir las, como aquellos acuerdos incluidos en el contrato, que reconoce una compensación económica, si se resuelve el contrato de alta dirección, por importes muy superiores a los previstos en la norma. Y que tiene por finalidad, la persuasión hacia el empleador y la defensa del Alto Directivo, que trata de reforzar su posición, frente a una resolución contractual del empresario, no amparada en despido disciplinario.

En consecuencia, el Directivo encuentra en el blindaje, la protección de que carece en la norma legal. Y para ello puede articular cualquier acuerdo, siempre que sea lícito. En ningún caso la cláusula podrá rebasar los siguientes límites: no podrá ser abusiva; ni fraudulenta; deberá responder a su verdadera naturaleza indemnizatoria; y, en todo caso tendrá que respetar las exigencias derivadas de la buena fe. Por último, se exige que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público de acuerdo con el art.1255CC.

Se suelen reconocer indemnizaciones que suelen ser dinerarias. Aunque pueden consistir en otros beneficios, por ejemplo, reconocer la opción de compra de acciones de la empresa. Entre los pactos más habituales, podemos

señalar: remisión a las cuantías indemnizatorias del ET para el régimen común, cantidades a tanto alzado, o esta otra muy utilizada, como es, estipular como indemnización una, dos o tres anualidades, del salario, que se esté percibiendo en el momento de la extinción, y en este sentido, se suele pactar, que el importe indemnizatorio sea más elevado, por ejemplo, los primeros años y que vaya disminuyendo por el transcurso de los años, hasta llegar a un tope que permanecerá ya invariable.

d) El supuesto especial de los Altos Directivos con vínculo con el Consejo de Administración

Suele ser común que, en caso de cese, el Consejero perciba una indemnización. No obstante, para determinar este derecho no se pueden aplicar las reglas que rigen el contrato de Alta Dirección (entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de fecha 30 de diciembre de 1992 y la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Social, de 7 de abril de 1992). En caso de que exista una doble relación, Consejero o administrador que a su vez sea Alto Directivo, la indemnización en caso de cese de la relación dependería de los Estatutos y lo que decidiese la Junta General.

No obstante, existen pronunciamientos jurisprudenciales admitiendo la relación de doble vínculo. Es posible la compatibilidad de la relación mercantil con la laboral, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003, aunque en este caso se requiere que el Estatuto reconozca la retribución por el cargo de administrador, independiente que la reconocida al Alto Directivo por sus servicios.

Por otro lado, el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de julio de 2006 analiza las retribuciones que reciben dos miembros del Consejo de

Administración en el momento de la fusión entre el Banco Santander y el Central Hispano, cuyas cuantías son especialmente llamativas. Se entiende, dice el Alto Tribunal, que es posible que se haya violado el código ético, pero, la calificación como tal depende del análisis del mercado en su conjunto, esto es, de cuáles son los importes usuales de dichas indemnizaciones. En todo caso, y sobre el otro asunto que se ha tratado en este epígrafe, se reconoce que las indemnizaciones fueron aprobadas por la Junta General, pero, sin embargo, no se recogían en los estatutos de la sociedad, por lo que lo que en realidad la sentencia reconoce la compatibilidad de funciones, consejero y Alto Directivo, en una misma persona, es decir, reconoce la posibilidad del doble vínculo.

2.4. La extinción derivada de procedimiento concursal

Si la extinción es decidida por la Administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, será el juez quien decida sobre el importe de la indemnización a tenor del artículo 186 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal⁹⁷. De esta forma, quedará, al margen el acuerdo entre las partes que se hubiese recogido en el contrato.

En todo caso, no significa que se deje al margen la norma analizada sobre la indemnización a percibir en caso de extinción, sino que la decisión judicial se coordinará con las reglas examinadas. Lo que se está permitiendo es que el juez modere el importe de la indemnización. Además, la cuantía determinada no podrá sobrepasar el límite de la indemnización por despido colectivo, es decir, 20 días

⁹⁷ El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal incluye una novedosa regulación al establecer un régimen específico, cambiar radicalmente la situación del Concurso.

de salario por año de servicio, sin que en ningún caso pueda superar dicha cuantía la suma de 12 mensualidades.

En esta norma se valora que el Alto Directivo constituya una relación laboral especial, próxima a la mercantil, tiene ciertas condiciones a tener en cuenta: La especial posición requiere menor protección; que sus funciones son asumidas por Administrado Concursal; que sus sueldos elevados constriñen la masa activa y la posible asunción de Responsabilidad Personal por la insolvencia.

A tenor del artículo 187 del texto refundido de la Ley Concursal (TRLR), cuando se decide la suspensión del contrato, el Alto Directivo puede decidir poner fin a la relación laboral, siempre preavisando con un mes de antelación y, además, mantendrá su derecho a la indemnización que se determinará de acuerdo con las reglas generales.

CAPÍTULO IV.

RESPONSABILIDAD DEL ALTO DIRECTIVO

CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD DEL ALTO DIRECTIVO

El artículo 236.4 de la Ley de Sociedades de Capital expone que en los supuestos que no haya delegación de carácter permanente a favor de facultades directivas en consejeros delegados, entonces las obligaciones y responsabilidad de estos recaerán en quien desarrolle una relación de alta dirección. Desde este tenor, se puede concluir que el Alto directivo asume la delegación de las facultades del consejo, cuando no existe una delegación ad hoc de otras personas.

De acuerdo con el art. 236.5 de la misma Ley, la responsabilidad por daños frente a la sociedad, por tanto, no solo es de los Administradores, sino también de los Altos Directivos. Aunque este tenga una relación laboral especial, el mero hecho de que tenga un contrato de esta tipología produce dichas consecuencias⁹⁸.

Por otra parte, si en un momento determinado los términos del contrato no se cumplen, a partir de ese momento hay responsabilidad contractual, sin que se pueda eludir la norma desde el punto de vista general de la responsabilidad civil, así como la tributaria por el hecho de que se tenga la relación que establece un contrato, si ese contrato se incumple.

Pero, además, puede darse el caso que la responsabilidad sea de tipo extracontractual y, por lo tanto, aunque haya respetado el clausulado y no haya generado responsabilidad por un cumplimiento defectuoso, lo haya generado sus daños. En este sentido, el artículo 1902 del Código Civil señala que “*el que*

⁹⁸ Sobre cómo funciona la responsabilidad por daños frente a la sociedad, desde el punto de vista puramente judicial, requisitos que tienen que darse, cómo funciona, como se interpone y cuáles son las principales resoluciones que la han delimitado. Vid. SAP de Madrid del 8 de marzo de 2019.

por omisión o acción causara un daño tiene que responder de él “, todo ello siempre que se den los requisitos de imputación.

En conclusión, la responsabilidad de la alta dirección es extraordinariamente amplia, aunque no forme parte del Consejo de Administración, es decir, son quienes están en la primera línea ejecutiva dependiendo directamente del órgano de administración, porque tienen que reportar a dicho órgano, aunque tengan una elevada autonomía de decisión, respondiendo prácticamente al mismo nivel de responsabilidad que un administrador. Así, cuando se pide responsabilidad la prueba es compleja, de tal manera que ya no se necesita que sea formalmente sea un administrador, basta con que se tenga una autonomía de decisión más o menos elevada para hacerle responsable.

Por ello cuando se puede probar quién es el Administrador de hecho, porque se tenga una prueba material, si se consigue demostrar que ese sujeto era el que daba las órdenes al que estaba formalmente nombrado, si se consigue vincularlo desde el punto de vista de la toma de decisiones, se le puede solicitar responsabilidad igualmente. Por eso se persigue al que materialmente toma las decisiones, aunque no esté formalmente probado, y aunque no esté formalmente nombrado.

El artículo 236.3 de la LSC define al Administrador de hecho como aquel que ejerce las funciones de administrador, sin título o con título nulo o extinguido. Sobre esta figura la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016 (RJ 2016,1232) entiende que no se puede calificar como *“administrador de hecho, a efectos de subordinación de sus créditos en los procesos concursales a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, ni tampoco la cualidad de socia ocultas ya que sus funciones no son de gestión o administración, sino únicamente de supervisión y control de los fondos públicos*

invertidos por la administración". Como una de las reformas más novedosas de la LSC, es reconocer que, si no existe delegación permanente, todos las obligaciones y derechos recaerán sobre aquella persona que tiene atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad, con independencia incluso de que se trate de un administrador de hecho, sin perjuicio de las acciones de la sociedad frente a esta persona.

Sobre el tema de la responsabilidad es ilustrativo el análisis de la jurisprudencia a los efectos de comprender mejor este asunto. En la sentencia del Tribunal Supremo del 24 de octubre de 2007 (número de recurso 263/2006 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) se impugna la resolución sancionadora, impuestas por haber cometido infracciones muy graves recogidas en la Ley del Mercado de Valores. No se está de acuerdo con esta calificación, dado que el director solamente tenía esta condición de modo formal, pero no desarrollaba las funciones propias de este cargo.

Sin embargo, el recurrente entiende que *"[...] el nudo gordiano de la argumentación [...] que sirve para desestimar el recurso contencioso-administrativo, es que la ostentación formal del cargo de Director General y el hecho de formar parte del Consejo de Administración [es] lo que determina la responsabilidad de mi representado y la no aplicabilidad al mismo del principio de presunción de inocencia, pero insistimos, sin precisar nexo de causalidad alguno entre la infracción y la conducta del ahora recurrente o su grado de participación". Se busca demostrar, sobre la base de los poderes asignados y de otras circunstancias, que las funciones del Director General encomendadas eran más nominales que reales y que sólo se dedicaba al "día a día de la Agencia", a la vez que relativiza su papel como vocal del Consejo de administración de "Eurodeal Agencia de Valores, S.A.". Pero, tales alegaciones no han sido aceptadas por el tribunal a quo y la decisión acerca del grado de participación "real" y "no nominal" en aquellas funciones directivas y de*

administración societaria en ella se confirma la imputación de responsabilidad efectuada al director de una entidad de crédito cuya función tenía carácter ejecutivo.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL

Desde el artículo 225 hasta el artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital se regulan los deberes de los Administradores, y a partir del artículo 234 la responsabilidad por daños.

La responsabilidad civil por daños es una conducta que puede ser activa u omisiva, que tiene el mismo valor jurídico, tanto por el que hace algo que no debe, cómo el que omite algo de lo que debe hacer.

De esa conducta, bien por acción, bien por omisión, se deriva un daño y ese daño es el que jurídicamente se persigue o no y del que es capaz de concretarse en el daño directamente al patrimonio social o al individual, por tanto cuando es a la sociedad lo que le reconoce la ley, es una acción social de responsabilidad , y cuando lo que se produce es un daño individual, es una acción indemnizatoria pura, es una acción individual a ese daño específico, ya que quién es capaz de demostrar con carácter general lo que se llama la relación de causalidad, tiene que ser capaz de demostrar que el daño es consecuencia directa de la conducta que se ha realizado o qué en efecto existe esa relación causal entre esa acción u omisión y el daño producido, y luego por otro lado se tiene que tener en nexo de imputación ,porque en el nexo de imputación con carácter general a veces algunos daños aunque se produzcan, no son imputables, en ocasiones se producen daños y esos daños no pueden terminar siendo imputables al sujeto que los ha realizado porque directamente no haya imputación.

De acuerdo con la jurisprudencia, en el mismo sentido la acción por daños presupone la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) comportamiento, activo u omisivo, de los Administradores;

- b) que el administrador infrinja la ley, los estatutos o no se ajuste al patrón de diligencia exigible y su conducta sea calificada como antijurídica;
- c) que la conducta activa u omisiva sea imputable al administrador en cuanto tal, al menos, a título de culpa;
- d) producción de un daño al socio o acreedor, que lesione su patrimonio, lo que la diferencia de la acción social que se ejercita por los legitimados para resarcir un daño sufrido directamente en el patrimonio de la sociedad;
- e) existencia de relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño⁹⁹.

Lo importante son el cumplimiento de los deberes, porque si el sujeto vulnera la ley o los estatutos, invierte la carga de la prueba. Lo que señala la ley es que un sujeto sea un administrador, o sea un Alto Directivo, o sea un administrador de hecho puro, si incumple la ley, o incumple los estatutos, se presume su culpabilidad. Es cierto que se admite prueba de contrario, pero se presume la culpabilidad siempre que con carácter general un sujeto haya vulnerado, en este caso un Alto Directivo, o alguien con autonomía, que aún era válido en los estatutos.

⁹⁹ En este sentido, Vid. SSTs de 7 de marzo de 2006, de 28 de abril de 2006, de 14 de marzo de 2007, de 18 de abril de 2016, de 13 de julio de 2016 y de 5 de mayo de 2017, entre otras muchas.

2. VALORACIÓN DEL DEBER DE LEALTAD

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo modifica el artículo 227 y establece que los Administradores societarios deben desempeñar su cargo con lealtad, buena fe y buscando el interés de la sociedad. En caso de incumplimiento de este deber, el Administrador deberá indemnizar el daño causado al patrimonio social y, además, devolver el enriquecimiento injusto obtenido.

La norma indicada también incluye cambios en la definición de los tipos de delitos de apropiación indebida y administración desleal. Esta obligación lleva consigo algunas prohibiciones como no ejercitar funciones reconocidas con fines distintos a los que justificaron su reconocimiento.

Pero, además, existe una obligación de desempeñar sus actividades bajo el principio de responsabilidad personal en el ejercicio de sus libres e independientes decisiones respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

Por último, es preciso adoptar medidas con el fin de evitar situaciones en los que los intereses del administrador entren en conflicto con el interés social.

El artículo 229 del cuerpo legislativo mencionado también señala que hay que evitar situaciones de conflicto de interés, por lo que es fundamental con este objetivo abstenerse de las siguientes actuaciones:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del

patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad”.

Hay que poner de manifiesto que todos los administradores deberán comunicar a los demás Administradores, al consejo de administración, o, a la junta general, cualquier situación de conflicto que pudiesen tener con los intereses sociales. Esto es aplicable a ellos mismos, pero, también a personas a las que estén vinculadas.

Por su parte, el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital refleja lo señalado a través del deber de lealtad que hay que cumplir de manera imperativa. Este deber de lealtad se extiende no solo a su propia conducta inapropiada, sino de cualquier persona vinculada a este. Y esta obligación es trasladable al Alto Directivo, porque se le trasladan a cualquier sujeto que realice la alta dirección.

3. ELEMENTOS DE LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA

Así, si un Alto Directivo ha incumplido la ley, los estatutos, el deber de diligencia o el deber de lealtad a través de una conducta antijurídica en la toma de decisiones en una sociedad, será responsable. Pero, además esa conducta tiene que haber generado un daño, no es suficiente con que la conducta no sea correcta, tiene que haber generado un daño para exigir responsabilidad.

Y, por otro lado, es preciso un nexo de imputación o causal entre esta conducta antijurídica y la generación del daño imputable desde el punto de vista civil, entendiendo todo sujeto que está tomando decisiones con respecto al ámbito general de una sociedad es teóricamente imputable por esa conducta antijurídica que genera un daño¹⁰⁰. El problema está en que la imputación no es objetiva, es decir, no por el hecho de ser Alto Directivo o por el hecho de ser administrador, siempre se va a ser imputable por una conducta porque la ley tiene alguna causa de exoneración, el problema con dichas causas es que son muy difíciles de aplicar a la alta dirección de acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar, un Administrador puede exonerarse de responsabilidad si prueba que no participó en la toma de decisiones del acto lesivo, cosa que no puede hacer el Directivo porque como no participa en el órgano de administración, dado que no vota. Así, deviene absolutamente imposible para el Directivo. La segunda es que se haya hecho todo lo posible para evitar las consecuencias del acto lesivo. Si el Alto Directivo tampoco participa en el órgano de administración, tampoco tiene fácil traslación a su ámbito. En este caso, el Alto Directivo tampoco va a encontrar ninguna forma

¹⁰⁰ STS de 20 de junio de 2005 y SAP de Madrid 411/2018, de 13 de julio de 2018,.

de ser capaz de demostrar que su conducta antijurídica no le es imputable porque él hizo algo para que en efecto ser capaz de evitar el daño.

4. TIPOS DE DEMANDAS MÁS COMUNES

Debido a su perfil profesional y características del puesto que desempeñan, los directivos están expuestos a bastantes reclamaciones judiciales.

Como se trata de puestos de gran responsabilidad, las reclamaciones se cuantifican generalmente en grandes cantidades de dinero de las que finalmente en la mayoría de los casos responden las aseguradoras, por lo que es importante que siempre tengan contratada una póliza de responsabilidad civil.

Estas reclamaciones suelen abarcar materias que no son objeto de una sola jurisdicción, sino tanto de tipo civil, como laboral, mercantil y penal.

De tipo civil suelen ser reclamaciones de cantidad debido a impagos, incumplimientos de contratos, etc.

De tipo laboral, suelen ser por reclamaciones de despido, y por otros tipos de incumplimientos contractuales. También relativos a materia de seguridad social, hacienda y otros organismos públicos debido a incumplimientos normativos.

De tipo mercantil, por reclamaciones de socios y accionistas muchas veces relativas a incumplimientos y a una mala gestión.

De tipo penal, por competencia desleal, violación de prácticas de mercado o espionaje industrial.

En general hay muchas demandas por cualquier incumplimiento que pueden ser también provocadas por clientes.

CAPITULO V.

LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ALTOS DIRECTIVOS

CAPITULO V. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ALTOS DIRECTIVOS

El tipo de vinculación y la consideración del colaborador bien como Alto Directivo o bien como administrador o Consejero puede tener además otras implicaciones diferentes en el encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social, o bien en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) como trabajador por cuenta ajena o como asimilado a trabajadores por cuenta ajena, o bien en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA).

Aún a riesgo de simplificar la cuestión, se partirá de la base que los Directivos de régimen común o personal de alta dirección, que no sean al mismo tiempo miembros de los órganos de administración, su inclusión, sin duda, se hará en el Régimen General de la Seguridad Social, por ser ambos trabajadores por cuenta ajena en sentido técnico-laboral.

Como contrapunto a esta simple declaración una de las cuestiones que tradicionalmente han suscitado más problemas en torno al trabajo de los Directivos, ha sido el encuadramiento de la seguridad social según su calificación como socio – trabajador de sociedades mercantiles capitalistas o como Administradores sociales de las mismas

Por derivación, también ha afectado al encuadramiento de quienes laboralmente resultan calificables como personal de alta dirección, e incluso de quienes siendo trabajadores con contrato de trabajo ordinario se ven afectados por la dificultad de precisar los contornos de la alta dirección de una sociedad.

Hay que advertir que no existe correspondencia entre las categorías laborales y de Seguridad Social, en el sentido de que la asimilación de determinados colectivos al RGSS en situación próxima a la de los trabajadores

por cuenta ajena, esto es, no supone que se les extiendan las instituciones y derechos que se atribuyen a los trabajadores por cuenta ajena.

1. EL ENCUADRAMIENTO DE LOS SOCIOS Y MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Una de las cuestiones que han suscitado más problemas en torno al trabajo de los directivos, ha sido el encuadramiento de la seguridad social de los socios – trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas y de los administradores sociales de las mismas que ha afectado también al encuadramiento del alto directivo y de los trabajadores con contrato ordinario que realizan funciones de dirección, ya que no existen en este colectivo correspondencia con el resto de categorías laborales y de Seguridad Social.

1. La evolución legislativa y jurisprudencial en materia de encuadramiento

Hasta 1991, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo compartían como criterio que las empresas societarias debían tener, al menos, una persona física que dirigiera la sociedad y estuviera encuadrada en el Régimen general, excepto para “el Consejero delegado, administrador único o solidario, cuando desempeñen cometidos inherentes a un miembro del órgano de administración”:, los cuales, según el criterio del Tribunal Supremo (STS 27-1-92, RJ 76; STS 22-12-94, RJ 10221.) deberían estar comprendido en el RETA, y no en el régimen general.

En 1992, la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social dictó resolución, que no fue publicada, siendo el antecedente de la Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social 2034, de 29 diciembre de 1992 que determinaba que cuando no se apreciara existencia de la relación laboral, los

Administradores no deberían estar incluidos en el Régimen General, si no en el RETA basándose en *“los Administradores que desarrollaban sus funciones ejecutivas, de forma habitual, personal y directa, a título lucrativo, y sin existencia de dependencia o ajenidad en la relación que le vinculaba a la empresa, independientemente de que el administrador ostentará o no la condición de socio”*.

Debido a la poca clarificación normativa, esta situación fue muy criticada por parte de la doctrina, por lo que para poder solucionarlo el Tribunal Supremo, dictó dos importantes sentencias¹⁰¹, que determina la no inclusión en el RETA de los miembros de los consejos de administración activos considerando que deberían ser incluidos como trabajadores por cuenta ajena, o bien asimilados a trabajadores por cuenta ajena, lo que conllevaría su encuadramiento al ámbito del Régimen General de la Seguridad Social, aunque si bien excluida de la protección por desempleo.

Pese a estas sentencias y otras posteriores con el mismo pronunciamiento jurídico¹⁰², la Tesorería siguió incluyendo a los consejeros ejecutivos en el RETA.

Pero a pesar de ello, todavía no se tenía clara la situación por la falta de normativa, hasta que se aprueba la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social que cuya disposición adicional 2ª se reconoce la necesidad de regular el encuadramiento de los socios

¹⁰¹ STS 4 junio 1996 (RJ 1996/ 4882), donde reduce el alcance jurídico de las resoluciones administrativas de 1992 (resolución y circular), privándolas de naturaleza normativa.

¹⁰² Entre otras, SSTS 30 enero de 1997, 18 febrero de 1997, 4 marzo de 1997, 26 de mayo de 1997, 4 junio de 1997 y 3 de julio de 1997.

trabajadores y Administradores de las sociedades mercantiles dentro del sistema de la Seguridad Social en ese mismo ejercicio.

Esta Disposición da lugar a la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativa y del Orden Social de acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado aplicables para 1998, introduce a una nueva Disposición Adicional 27ª en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Sin embargo, la regulación contenida en dicha Ley 66/1997 obtuvo numerosas críticas y no consiguió su objetivo, que no era otro que clarificar la confusión existente en cuanto al encuadramiento de los Administradores sociales. El panorama se complica, dado que al año siguiente se modifica de nuevo esta normativa a través de la ley 50/1988 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, cuyo artículo 34 modifica la Disposición Adicional 27ª de la Ley General de la Seguridad Social, añadida por la Disposición Adicional 43 de la Ley 66/97. Asimismo, se modifica el texto de las letras a) y k) del apartado 2 del artículo 97 de la LGSS que ya había modificado anteriormente la citada Ley 66/1997 y que les incluye en el Régimen Especial de autónomos (Art. 27 de la LGSS) a quienes ejercen funciones de dirección y gerencia o prestan servicios para la sociedad, cualquiera que sea la relación jurídica bajo la que los presten; perciben por ello una contraprestación; y, además, poseen el control efectivo, de forma directa o indirecta, de la sociedad, lo cual se presume cuando:

1. *“Si menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.*

2. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3.- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.”

2. EL ENCUADRAMIENTO

Hasta el 1 de enero de 1998, el Consejero delegado, administrador único o solidario se incluía en el RETA y no en el régimen general cuando desempeñaba cometidos inherentes a un miembro del órgano de administración¹⁰³. Pese a ello la doctrina entonces vigente sostenía que los Administradores sociales ejecutivos con participación minoritaria (inferior al 50 %) en el capital social quedaron incluidos en el Régimen General. No obstante, no estaban protegidos por las prestaciones por desempleo, sin que cotizasen por tal contingencia.

Con posterioridad al 1 de enero de 1998, quedan incluidos en el Régimen General, con plenitud de efectos, los socios o Altos cargos que desempeñan su trabajo en la sociedad como asalariados – con relación laboral común o especial - aun cuando pertenezcan, simultáneamente, al órgano de administración de la misma, siempre que esta pertenencia no implique la realización de funciones directivas y/o gerenciales de la sociedad.

Aunque se sigue excluyendo la protección por desempleo y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en cuanto a que siguen considerándose como asimilados por cuenta ajena, los Administradores o Consejeros de sociedades mercantiles capitalistas, cuando no tienen su control, desarrollen funciones de dirección (Consejeros activos o internos) y reciban una retribución de la sociedad.

Por otro lado, quedan incluidos en el Régimen especial de Autónomos, de acuerdo con la Disposición Adicional 27 LGSS, como ya se ha comentado, los que ejercen funciones de dirección y gerencia o prestan servicios para la

¹⁰³ SSTs de 27 de enero de 1992 (RJ 76) y de 22 de diciembre de 1994 (RJ 10221).

sociedad, cualquiera que sea la relación jurídica bajo la que los presten; perciben por ello una contraprestación; posean el control efectivo, de forma directa o indirecta, de la sociedad”.

Así, los Consejeros se incluyen o no en el RGSS, según si contratan o no la sociedad para la que trabajan y en cuanto al concepto de control efectivos habrá que acudir al juego de las presunciones que ya se ha analizado con anterioridad, que recoge la Disposición Adicional vigésimo séptima de la LGSS.

Por otro lado, hay otros casos particulares; bien por el tipo de actividad o por el tipo de sociedad, como son los trabajadores del mar y los que prestan sus servicios en sociedades laborales.

Por otro lado, se excluyen de *la Seguridad Social los socios de las sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social sea la mera administración del patrimonio de los socios*, con independencia de que sean o no Administradores.

El fundamento de esta exclusión está, en que la existencia de una sociedad, para la simple realización de labores de administración de patrimonio de los socios, no se considera como justificativa de la inclusión en el campo de protección del sistema de Seguridad Social.

Al margen de lo señalado, hay que poner de manifiesto que estas reglas que dicta la norma, he de matizar a mi entender, que no son reglas laborales, sino de Seguridad Social y que, por tanto, solo puede servir como guía, pero no como criterio normativo determinante para concluir si la actividad de un socio es o no trabajo asalariado, entiendo que para esto debe tenerse en cuenta y han de ser los del Derecho del Trabajo. Aunque si bien es cierto pueden servir de indicios, no es menos cierto que mediante presunción iuris tantum de prueba en

contrario, podría consistir en la demostración que, desde el punto de vista del ordenamiento laboral, el trabajo prestado es en verdad trabajo asalariado (como, por ejemplo, haber conseguido una sentencia reconociendo la laboralidad).

En conclusión, tal y como indica la norma, estarán obligatoriamente incluidos en el RETA, *“quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de Consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella”*.

3. SÍNTESIS DEL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE AL PERSONAL DIRECTIVO

Dada la complejidad normativa reguladora en esta materia y con el fin de simplificar y aclarar, los distintos supuestos de encuadramiento, creo conveniente insertar un cuadro -resumen¹⁰⁴ que nos permita de una manera rápida, saber cuál es el Régimen apropiado, dependiendo de cada circunstancia, de Directivos, socios trabajadores o Consejeros/Administradores.

¹⁰⁴ La fuente de este cuadro, es del Memento práctico de Relaciones Especiales 09/10, de la editorial Francis Lefebvre y contrastada con la Guía jurídica para Altos cargos, editada por Cinco Días y elaborada por el Bufete Cuatrecasas en el 2000.

DISTINTOS SUPUESTOS DE ENCUADRAMIENTO DE LOS SOCIOS Y ADMINISTRADORES EN LA SEGURIDAD SOCIAL

TIPO DE SOCIEDAD	CARGO DESEMPEÑADO	SUPUESTOS Y REQUISITOS	RÉGIMEN SS APLICABLE
SOCIEDADES MERCANTILES: SL y SA (Ley General de la Seguridad Social, art. 97 y disp. adicional 27º)	ADMINISTRADOR O CONSEJERO	1º Requisitos: • Funciones de dirección y Gerencia. • Retribuido en Estatutos. • Socio con <25% capital social, o no socio, salvo supuesto 6º	RÉGIMEN GENERAL ASIMILADO (sin desempleo ni FOGASA)
		2º Demás situaciones no comprendidas en el cuadro anterior	AUTÓNOMOS
	SOCIOS TRABAJADORES	3º Requisitos: • Sin funciones de dirección y Gerencia. • Socio con <33% capital social, salvo supuesto 6º	RÉGIMEN GENERAL
		4º Requisitos: • Socios con ≥ 33% capital social	AUTÓNOMOS
		5º Requisitos: • Funciones de dirección y gerencia • Socios con ≥ 25% capital social	
		6º Requisitos: • Socios con ≥ 50% capital social, incluyendo las participaciones de cónyuge y familiares hasta 2º con los que conviva.	
7º Cuando la Administración demuestre que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.			
SOCIEDADES LABORALES: SLL y SAL (Ley 4/1997, de Sociedades Laborales, art. 21; y ley 27/2011, disp. adicional 47º)	SOCIOS TRABAJADORES (*)	8º Requisitos: • Funciones de Dirección y Gerencia • Retribuido en Estatutos • No concurrir supuesto 10º	RÉGIMEN GENERAL ASIMILADO (sin desempleo ni FOGASA)
		9º Requisitos: Funciones de Dirección y Gerencia Relación Laboral de alta dirección No concurrir en el supuesto 10º	
		10º Requisitos: • Socios con ≥ 50% capital social, incluyendo las participaciones de cónyuge y familiares hasta 2º con los que conviva	AUTÓNOMOS
		11º Resto de los trabajadores, aunque formen parte del órgano de administración	RÉGIMEN GENERAL
SOCIEDADES COOPERATIVAS (Ley General de la Seguridad Social, disp. adicional 4º)	SOCIOS TRABAJADORES (OPCIONAL)	12º Requisitos: • Fijado en Estatutos • Todos los Socios	RÉGIMEN GENERAL
		13º Requisitos: • Fijado en los Estatutos • Todos los Socios	AUTÓNOMOS

(*) Conforme a la Disp. Adic. 47ª de la Ley 27/2011, los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuando el número de socios no sea superior a 25, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que correspondan en función de su actividad, así como la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Se hace necesario analizar la legislación española reguladora de la relación laboral de alta dirección, y, en consecuencia, determinar si el trabajador debe ser incluido en dicha categoría. En este trabajo se ha tratado de analizar todo lo relativo al Alto Directivo que en resumen desglosamos en lo siguiente:

PRIMERA. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ALTA DIRECCIÓN

El artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985 considera personal de alta dirección a los trabajadores que tengan poderes adscritos a la titularidad de la organización empresarial, dirigido a los objetivos generales a la entidad, que desarrolla con plena autonomía y, además, total responsabilidad, que solamente queda limitado por los criterios emanados del empresario, persona física, o de los órganos superiores de gobierno y administración cuando la empresa tenga forma jurídica de sociedad.

Como puede comprobarse, tres son los elementos que configuran la alta dirección: la existencia de poderes, el modo de actuar y las relaciones con los órganos superiores de la sociedad.

Si se observa la definición legal de Alto Directivo, se comprobará que la legislación española exige la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que enumera. Basta que exista un solo dato que se aparte de ellos o los contradiga para negar la alta dirección.

Por tanto, el elemento más importante de la relación de Alta Dirección es la adquisición de poderes.

El art. 2.1. a) E.T. tiene carácter subordinado ya que, aunque concurren las notas propias del Alto Directivo, no lo es si puede encuadrarse en el art. 1.3c) ET, que es de aplicación excluyente.

Además, los Administradores, personas físicas, cuando actúan ejercitando cualquier facultad en nombre de la sociedad lo hacen en virtud de su cargo, puesto que las facultades de administración comprenden cualquier “dirección” propia de la titularidad de la empresa, en este caso el administrador no actúa por cuenta ajena, si no por cuenta propia

EL CONCEPTO DE EXISTENCIA DE PODERES.

A continuación, se concluye sobre los elementos esenciales de este concepto:

- a) Este elemento no debe reducirse a la mera existencia de poderes a favor del presunto Alto Directivo, sino que es imprescindible el ejercicio de dichos poderes. De no existir tal ejercicio, aunque exista un acto formal de apoderamiento, no podrá considerarse al mandatario como Alto Directivo. No importa contar con los poderes, sino utilizarlos de hecho.

Todo poder se caracteriza por ser una delegación de facultades. Como puede comprobarse, la definición legal de Alto Directivo omite toda mención “cuantitativa” en lo concerniente a las facultades. Esto no significa que no pueda ser significativo el disponer de un número amplio de facultades, pero no es el criterio numérico el que va a determinar si el apoderado es un Alto Directivo. El acento debe ponerse sobre criterios cualitativos, por abstracta que pueda parecer esta expresión.

La importancia, pues, debe atribuirse a la intensidad del poder. Este punto será tratado con mayor detalle al analizar la problemática relativa a los objetivos generales de la empresa.

- b) Los poderes deben ser inherentes a la titularidad jurídica de la empresa: al igual que lo mencionado en el apartado anterior, esta expresión debe ser entendida en términos de intensidad. Existen poderes inherentes a la titularidad jurídica cuando se detentan funciones de dirección y de decisión. La jurisprudencia lo recoge como “círculo de decisiones fundamentales o estratégicas”.
- c) Los poderes deben ser relativos a los objetivos generales de la empresa: Esta es la segunda característica que se exige a los poderes que debe disponer un Alto Directivo, y, en cierta forma, dota de contenido al elemento anterior, por cuya generalidad adolece de cierta indefinición.

Es un error considerar que la expresión “objetivos generales” implica que el Alto Directivo únicamente podrá ser aquel que ejerce los poderes inherentes a la titularidad de la empresa en todos sus ámbitos territoriales y funcionales. Incurriríamos en el error denunciado al hablar de los poderes, de interpretar el apoderamiento exclusivamente en términos cuantitativos, en este caso de tipo geográfico u organizativo (lo que no significa que las facultades de un Alto Directivo no puedan extenderse sobre estos ámbitos, pero la nota que define los objetivos generales debe ser otra).

La jurisprudencia ha manifestado que los poderes son generales cuando se extienden a diferentes ámbitos funcionales, que tienen, sin lugar a vital importancia para el desarrollo de la empresa y se refieran a la íntegra actividad de esta; en definitiva, participar e intervenir en el gobierno de la empresa. Como puede comprobarse, el acento se pone en la intensidad del poder.

Los objetivos generales deben ser finalidades estables propias de la empresa, no coyunturales, y precisos para el desarrollo normal de la empresa, sin los cuales se pondría en peligro la buena marcha del negocio.

- d) En consecuencia, con todo lo visto anteriormente, los poderes que se otorgan a un Alto Directivo son aquellos precisos para organizar y dirigir la actividad empresarial atendiendo a principalmente a su fin económico.

Por tanto, los poderes deben ser amplios y no necesariamente notariales, pero lo más importante es el ejercicio efectivo de los mismos y que estén referidos a objetivos generales.

LA ACTIVIDAD EJERCIDA CON AUTONOMÍA Y PLENA RESPONSABILIDAD

Si los elementos anteriores relativos a los poderes se referían a las facultades de que dispone el Alto Directivo, este y el siguiente establecen el modo en que deben ejercerse dichas facultades.

Puede afirmarse que con dicha autonomía el Alto Directivo dispone de libertad de actuación, siempre cumpliendo con los objetivos de la empresa y atendiendo a sus fines.

Lo mismo puede decirse del término “responsabilidad”. Debido a la inclusión en este colectivo de poderes empresariales deriva la responsabilidad del Alto Directivo por los actos ejecutados en el desarrollo de su actividad. Por ello, cualquier actuación de estos Altos Directivos hace que le sean imputables los efectos y los resultados de los mismos, el cuál responderá únicamente ante el titular jurídico. Ejemplo de ello es entre otras la STSJ de Madrid de 25 de abril de 2006, la cual establece que “los poderes se

ejercitan con autonomía y responsabilidad plena, es decir con libertad y capacidad de actuación absolutas, solo limitadas por los criterios e instrucciones directamente emanados del consejo de administración (criterio jerárquico)”

El personal de alta dirección debe actuar con un poder superior no sometido a órganos intermedios, pero lógicamente limitado por los criterios de quien establece las pautas globales a seguir, que no es otro que el órgano de administración y de las instrucciones que de él emanen.

LIMITADA POR LOS CRITERIOS E INSTRUCCIONES DIRECTAS EMANADAS DE LA PERSONA O DE LOS ÓRGANOS SUPERIORES DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE LA ENTIDAD:

No obstante, estas instrucciones solo podrán ser las que directamente emita el titular del negocio o del órgano de administración que corresponda, sin que se admita persona intermedia. Aunque no perderá la condición de alto cargo, si los criterios son recibidos por el Consejero Delegado sin funciones ejecutivas, que solamente trasmite las órdenes, sin añadir su propio criterio.

Estos criterios se interpretan desde una óptica restrictiva. Solo se admiten instrucciones puntuales, y no habituales, ya que, en caso contrario, se pierde la nota de autonomía y plena responsabilidad que son consustanciales al cargo.

SEGUNDA. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA RELACIÓN LABORAL DE ALTA DIRECCIÓN.

En el artículo 1 del ET se define el contrato laboral ordinario, donde el trabajador se obliga a prestar determinados servicios por cuenta del empresario y bajo su dirección, a cambio de una retribución. Mientras que en su artículo 1.3 excluye expresamente a los Altos Directivos del campo de aplicación de esta norma laboral y declara que la relación laboral del personal de alta dirección tiene carácter especial.

Las fuentes del contrato de trabajo son, en primer lugar, el Estatuto de los trabajadores, y como secundaria, el Convenio Colectivo y, por último, el propio contrato de trabajo. Dichas fuentes son distintas y se permutan para regular el contrato de trabajo de alta dirección, el cual, primeramente, se encuadra a través del RD 1.382/ 85 y, subsidiariamente, se aplica el derecho civil y mercantil, y solo se aplica el ET por remisión expresa de su RD.

Si bien la calificación del contrato es un indicio fundamental para determinar cuál es la naturaleza de la relación laboral existente, sin embargo, son las notas y condiciones de la prestación de servicios, las que determinarán antes qué tipo de contrato se está. En todo caso, la determinación de las fronteras del contrato laboral ordinario y del contrato de alta dirección, son difíciles de fijar y en muchas ocasiones es preciso que los tribunales diriman esta situación

En todo caso, de acuerdo con la STS de 16 de marzo de 2015 (Recurso 819/2014) 'se entiende por relación de alta dirección aquella en la que la prestación de servicios se efectúa con autonomía, solo limitada por quien asume la titularidad empresarial, y plena responsabilidad, que alcanza los objetivos generales de la empresa.

TERCERA. SOBRE LA TEORÍA DEL DOBLE VÍNCULO

Se entiende por doble vínculo cuando la misma persona ejerce funciones de alta dirección (vínculo laboral) y ostenta un cargo en la empresa (vínculo mercantil).

Ante esta situación, la jurisprudencia ha desarrollado la teoría del doble vínculo, señalando que, en su caso, debe prevalecer la condición mercantil, de lo que deriva que sea la Jurisdicción Civil o, en su caso, la Jurisdicción mercantil, la que conozca de las controversias entre la empresa y el Alto Directivo.

Lo que viene a decir la teoría del vínculo a grandes rasgos es que no hay diferencia funcional entre un Consejero y un Alto Directivo en lo que se refiere en régimen laboral (art. 1.2 RDAD), ya que la diferencia está en el tipo de vinculación mercantil o laboral especial, así el administrador ejercita sus facultades por el hecho de formar parte del órgano de gobierno de la sociedad, mientras que el Alto Directivo asume las funciones de acuerdo a su contrato de trabajo.

La sentencia del Tribunal Supremo (STS de 9 de diciembre de 2009, Recurso 1156/09) establece la presunción iuris tantum de que todo lo que haga el administrador forma parte del cargo. Lo mismo ocurre con la sentencia (STS) de 22 de diciembre de 2004, Recurso 2889/93).

CUARTA. LA SUCESIÓN DE UN CONTRATO LABORAL ORDINARIO A UNO DE ALTA DIRECCIÓN

Si un trabajador ordinario es promocionado de acuerdo con sus competencias y habilidades pasa a ser Alto Directivo, si posteriormente la empresa exige su contrato de trabajo, se plantea cómo se valora la primera relación laboral, dicho en otras palabras, cómo se contabiliza la antigüedad.

El artículo 9.2 del RD sobre Alta Dirección señala que en el nuevo contrato (de alta dirección), a criterio de las partes, debe determinar, en primer lugar, si la nueva relación sustituye a la anterior, o si esta última, simplemente, se suspende. Esta última es la solución que debe aplicarse, si no se especifica nada más al respecto en el segundo contrato. En todo caso, no se podrá perder de vista que, en el momento de sucesión entre las relaciones, si no se establece los efectos económicos futuros de la primera, se perderá cualquier expectativa de derecho creada respecto a ese primer contrato.

Una regla añadida es que, si se opta por la sustitución de la relación laboral común por la especial, tal renovación no produce efectos de forma inmediata, sino que habrá que esperar a que trascurren dos años desde la novación, permaneciendo la primera en una suerte de latencia durante el periodo mencionado a contar desde la suscripción del nuevo contrato de trabajo.

En todo caso, si se suspende la relación laboral común, al extinguirse la especial, es posible que en un futuro se pueda optar por reanudar la primera, sin perjuicio de las indemnizaciones a las que pueda tener derecho, con excepción de los supuestos de despido disciplinario declarado procedente.

La figura del Alto Directivo, se encuentra a mitad de camino entre el trabajador ordinario y el empresario, lo que le sitúa en una posición, que no se da en ninguna otra relación especial.

El Alto Directivo, pese a no asumir la titularidad jurídica, y no ser propietario de los medios de producción, se comporta como tal, lo que conlleva en cierto modo, un alejamiento del trabajador común, y una alineación junto al empresario, debido al Alto grado de identificación que se da con la empresa, sustentado a su vez, en el grado de confianza.

Esta recíproca confianza de las partes, junto con los derechos y obligaciones concernientes a la mismas, se regularán por la voluntad de ambos, con sujeción a las normas de su Real Decreto 1382/1985, y las demás que resulten de aplicación, normas civiles y mercantiles, quedando las normas laborales relegadas, salvo pacto en contrato o remisión expresa de su Real Decreto, hacia ellas.

Consecuencia de ello, es una normativa menos tuteadora, que para el trabajador ordinario. Como hemos podido ver, el Alto Directivo viene a asumir un papel peculiar y ambivalente, donde sus funciones le llevan a ser el alter-ego del empresario, lo que explica, que verdaderamente, el conflicto surja, cuando rota la confianza, se extinga la relación, y aflore el problema de delimitar el concepto de alta dirección.

Y esto nos lleva a considerar, que el denominador común de todas las sentencias que he leído sobre el tema, vaya en la misma dirección, su extinción.

No se da antes ninguna conflictividad en cuanto a reconocimiento de que tipo de relación le une a su empresario, pero llegada la extinción, será el caballo de batalla, el eje principal del litigio, y todo ello por una simple cuestión económica, la indemnización, a percibir o a abonar, será mayor o menor, en función del tipo de Directivo que se reconozca.

Por otro lado, debemos considerar, que los verdaderos problemas, sin perjuicio de lo comentado anteriormente, también se dan con frecuencia,

a la hora de la promoción interna y cuando concurren o se interpongan dos relaciones opuestas, la relación laboral especial de alta dirección y la relación orgánica, dueña de la titularidad jurídica de la empresa, en este caso la segunda absorbe la primera, vaya al Alto Directivo y produciéndose en cierta medida una inseguridad jurídica hacia su persona.

Para paliar esto, mi opinión al respecto, es que nuestros legisladores, debieran crear una normativa específica, donde se acotase el ámbito de los poderes y funciones inherentes a esa titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma. Es decir, marcar una clara diferenciación entre la actividad relativa al ejercicio de la organización de la sociedad y la relativa al ejercicio de la empresa social. Así la primera quedaría circunscrita al ámbito de los órganos societarios (relación mercantil) y la segunda al de los Altos Directivos (relación laboral especial), pudiendo coexistir ambas a la vez, salvo que fuese de tal magnitud, los poderes concedidos y su implicación dentro de la empresa, que no quedase más remedio, que admitir la pérdida de dependencia y ajenidad, que toda relación laboral debe tener.

Otro aspecto a comentar, es que, debido a esa supuesta disminución, de “protección” frente al empresario, (no hay que olvidar, que existe una presunción iuris tantum a favor de la relación ordinaria en caso de duda) se opte por cláusulas de blindaje, donde se suelen pactar, cifras muy impactantes en caso de resolución del contrato, sobre todo cuando se viene de promoción externa, (a mi entender se intenta proteger así mismo, de una manera sobreelevada económicamente, a la vez que trata de proteger su prestigio profesional). Sin embargo, en la promoción interna, esas cifras, suelen ser menos astronómicas, e incluso, las partes no se percatan, o se obvian de incluirse, (quizás por no alterar, esa supuesta confianza mutua que se da por

hecho, y no herir susceptibilidades al respecto), por el fin de haber conseguido una elevación en su estatus profesional.

Elevación que, en definitiva, se traduce también, en más privilegios y prebendas dentro de la organización empresarial, que cualquier otro empleado pudiera tener. Ya sabemos que el vínculo con la titularidad jurídica de la empresa, está en el mayor estadio posible y la confianza generada debió ser la máxima, pero, aunque lícito, estos pactos, es de justicia social, para el resto de empleados, que algunas veces ven minorado sus salarios, para que la empresa, pueda hacer frente a estos acuerdos, en caso de producirse la desavenencia. Y aunque lícito, que estos Altos Directivos, a los que se les ha extinguido su relación laboral, por motivos ajenos a su voluntad, aparte de cobrar su blindaje, tengan derecho a prestación por desempleo, es de justicia social percibirla a partir de unas cifras astronómicas ya cobradas.

En conclusión, a lo que me refiero, es que, en situaciones de grave crisis, como la que estamos atravesando, debiera hacernos reflexionar, sobre los valores y moralidad de determinadas normas, que, aunque lícitas hoy, creo que no debieran aplicarse por motivos, llamémosles de “fuerza mayor” y al respecto se debiera legislar, algo en tal sentido. Pero, en fin, esto abriría otro debate en un escenario completamente distinto, a este que hoy nos atañe.

QUINTA. EN CUANTO AL CONTRATO DE TRABAJO Y LA EXTINCIÓN

El art. 2.1.a) del ET incorpora en el ámbito laboral como relación especial, al personal de alta dirección, y que por definición supone una exclusión del Estatuto de los Trabajadores.

Se saca de la relación general a ciertos colectivos, como son estos Altos Directivos porque la confianza es el elemento fundamental además de la responsabilidad.

De los derechos y obligaciones concedente a las relaciones del personal de la alta dirección se regularán por la voluntad de las partes. Aquí es muy importante el contrato, mucho más que la relación laboral ordinaria.

Esto implica que va a tener unas regulaciones especiales como son la regulación de la jornada , las vacaciones , basado todo ello principalmente en la voluntad de las partes, precisamente porque está confianza implica algo más que la contratación común, como es entre otras la extinción por desistimiento que es un tipo de extinción característica de la relación laboral que no existe en la relación laboral común.

Este tipo de extinción es característico de la pérdida de confianza, que es un modelo de extinción específica, sin causa.

Además de las formas de extinción expuestas anteriormente hay que añadir que, en cuanto a la cuantía de la indemnización, la establecida en el R.D. se considera como mínima.

Por otro lado, nos planteamos si se puede pactar el desistimiento empresarial sin derecho a indemnización. En este caso a juicio del TS hay que estar a la sujeción de las normas de este Real Decreto de Alta Dirección, por lo

que tendrá que estar sometido a la voluntad de las partes tal como establece el art. 3.1.

Hay que además añadir que se consideran inválidos los pactos en contratos de alta dirección que excluyan la indemnización por decisión unilateral de la empresa.

La ley en sí o el Real Decreto que lo regula lo que dice es que no se puede tratar por esa confianza y por esa responsabilidad como un trabajador normal.

SEXTA.- EN CUANTO AL ALTO DIRECTIVO EN ENTIDAD BANCARIA.

El Alto Directivo es el ejecutivo por excelencia, con un estatus empresarial diferente a cualquier otro empleado de empresa, tanto a nivel de cualificación profesional, características de contratación, retribución, etc.

Dentro de ese perfil hay que encuadrar al alto directivo en entidad bancaria, que nada tiene que ver con el empleado de banca conocido en las llamadas sucursales, ya que estos están sujetos a una relación laboral por cuenta ajena de las definidas en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, siendo esta una relación similar a la de cualquier trabajador de oficina con una formación académica similar de grado universitario, y una cierta especialización sin más.

El alto directivo en la entidad bancaria, tiene además una formación más dirigida a la gestión empresarial, con grandes dotes de liderazgo y comunicación, el cual tiene que asumir para poder desempeñar su puesto una gran responsabilidad.

Esa responsabilidad conlleva una relación basada en la confianza, por la existencia en el Alto Directivo de unos poderes inherentes que les vincula por una relación de Alta Dirección de las que establece el Real Decreto 1382/85 de Alta Dirección, ya que este Alto Directivo de entidad bancaria como el reto de los Altos Directivos de otros sectores, tienen que tener un gran poder de resolución a la hora de tomar decisiones, por lo que además tienen que tener grandes dotes de negociación, y mantener la compostura en muchas situaciones.

El Real Decreto de Alta Dirección establece la contratación basado en la voluntad de las partes, que se plasma en la mayoría de las cláusulas que se pactan y las retribuciones tanto salariales como indemnizatorias, a pesar de que exista un convenio laboral para banca que lógicamente es más utilizado para el empleado por cuenta ajena.

Por tanto, las características de estos altos Directivos de las entidades bancarias, como el resto de los Altos Directivos, exigen que los procesos de selección sean muy rigurosos a la hora de elegir un candidato de estas características y con unas determinadas peculiaridades tanto para la selección como para la contratación.

CUADRO ANEXO

Llegado el final de esta exposición, me gustaría sintetizar, de una manera muy breve, esquemáticamente en un cuadro al efecto, las cuestiones básicas, que he pretendido clarificar:

Tipos de Directivos	CONSEJEROS Y ADMINISTRADOR	DIRECCIÓN ORDINARIA	ALTA DIRECCIÓN (RD 1382/1985)
Cargo (ejemplo)	Consejero/presidente consejo/secretario consejo/Administrador social/Consejero delegado, etc.	Director: financiero, de RRHH, de sucursal, zona, subdirector, Gerente, etc.	Director general, director gerente, etc.
Tipo de relación Jurídica	Civil y mercantil no contractual	Laboral ordinaria (contrato de trabajo)	Laboral especial, contrato alta dirección (Autonomía, voluntad-reciproca confianza).

<p>Normas reguladoras y Erg. SS.</p>	<p>Estatutos de la sociedad y legislación mercantil.</p> <p>SS: Con control efectivo – R E T A .</p> <p>Sin control- simulado.</p> <p>También pueden estar excluidos, en función del objeto social</p>	<p>ET y legislación laboral.</p> <p>SS: RGSS</p>	<p>Contrato de trabajo de alta dirección, RD1382/1985, legislación civil y mercantil, y solo por remisión el ET.</p> <p>SS: RGSS, salvo concurrencia con los órganos de administración.</p>
<p>Percepciones</p>	<p>No salariales</p>	<p>Salariales</p>	<p>Salariales</p>
<p>Indemnizaciones</p>	<p>No existen, salvo previsión específica, en estatutos de la sociedad</p>	<p>Ordinarias del ET y posibles mejoras en el contrato</p>	<p>Mínimos fijados en el DAD (7 o 20 días/año) y acuerdos o blindajes previstos en su contrato de AD</p>

1BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, E., *La relación laboral del Directivo*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

ALEMANY ZARAGOZA, E.: *La relación laboral del Directivo. Contrato y extinción. El contrato blindado*. Aranzadi, 1994.

ALONSO OLEA, M./ BARREIRO GONZÁLEZ, G. *El Estatuto de los trabajadores*. Cívitas, Madrid, 1991.

ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M. *Derecho del Trabajo*, Civetas, Madrid, 2005.

ARANCIBIA, S., *Un sector dinámico en constante cambio*, Revista Valenciana de Estudios Autonómicos, 23/1998.

BALLESTER PASTOR, M.^a A., *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

BARBANCHO, F., *Personal de alta dirección y Fondo de Garantía Salarial*. A propósito de la STJCE de 16 de diciembre de 1993, Tribuna Social núm. 40/1994.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, CISS, 2018.

BORRAJO DA CRUZ, E., *El personal de alta dirección en la empresa*. Aranzadi, 2010.

- *Altos cargos laborales*, Edersa, Madrid, 2009.
- “Exclusión del personal de alta dirección del FOGASA” en *Actualidad Laboral*, núm. 1/1990.

CARDENAL CARRO, M., “A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (I)” en *Aranzadi Social*, núm. 9/ 2000.

CASTBERG, F., *La méthodologie du Droit international public*, Editions de l' Université de Bruxelles, 2017.

CISCART, N., Los Consejeros o Administradores societarios y los Altos cargos Directivos. A propósito de la STS de 3 de junio de 1991, RL, TI, 1992.

- La frontera entre la relación laboral especial de personal de alta dirección y la relación societaria, *Tribuna Social*, núm. 11/2011.

DEL REY GUANTER, S., *Sociedad mercantil y relación laboral*, La ley, 2008.

DESDENTADO BONETE, A., *Administradores sociales, Altos Directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

- “En los límites del contrato de trabajo: Administradores y socios” en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83/2009.
- “Socios, Altos Directivos y Administradores sociales ante la Seguridad Social: otra vuelta de tuerca” en *Mes a mes social*, núm. 40/2000.
- “El campo de aplicación del régimen especial de la seguridad social de los trabajadores autónomos y las nuevas incorporaciones: El trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados” en *Revista del Poder Judicial*, núm. 64/ 2011.

- “Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la seguridad social. un repaso crítico por la última jurisprudencia” en *Revista de Justicia Laboral* núm. 21/2005.
- “Administradores sociales: últimas noticias contradictorias” en *La Ley*, núm. 5891/2003.
- “El encuadramiento en la Seguridad Social de los Altos Directivos laborales, los Administradores sociales y las personas que prestan servicio para sociedades capitalistas. Un examen de la Disposición Adicional 43ª de la Ley 66/1997” en *Revista de Derecho Social*, núm. 2/2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. / RODRÍGUEZ PIÑERO M., “La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985 (I y II)” en *Relaciones Laborales*, 2008, II.

FERRER VICENTE, J.M., “Las acciones de reintegración y los contratos de alta dirección en el nuevo derecho concursal” en *Revista General del Derech.*, Mayo 2007.

GARCÍA-PERROTE, E.,” Flexibilización y ajuste de la noción de Alto Directivo en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo” en *Relaciones Laborales*, II, 2012.

GETE, P., “La protección por desempleo del personal de alta dirección” en *Relaciones Laborales*, I, 2007.

GONZÁLEZ DE LENA, F., ”Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores” en *Relaciones Laborales* I, 2006.

IGLESIAS CABERO, M., *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección: Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto*, Civitas, Madrid, 1991.

IGLESIAS CABERO, M., *Relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección*, Civitas, Madrid, 2006.

LIMÓN LUQUE, M. Á., *Administradores y Directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

MÁRQUEZ FERRER, V., *Estudios sobre la relación de trabajo (Administradores sociales, trabajadores de alta dirección, agentes, concesionarios, franquiciados y productores de seguros)*, Dykinson, Madrid, 2002.

MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*, Thomson – Civitas. Año 2007.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. / ARUFE, A. / CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del trabajo*, Netbiblo, La Coruña, 2006.

MARTINEZ MORENO, C.: *La relación de trabajo especial de alta dirección*. Edición CES 1994.

-*La extinción del contrato de alta dirección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- “El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y Administradores de las sociedades mercantiles de capital” en *Derecho de los Negocios*, núm. 89/ 2008.

- “El incierto destino de los Administradores sociales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Consideración especial de la

sentencia de la Sala de lo Social de 26 de febrero de 2003” en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6/2014.

- “Trabajo y actividad profesional a la altura del siglo XXI. Una investigación desde el Derecho del Trabajo” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2/2004.

MARTINEZ MORENO, C., *La extinción del contrato de alta dirección*, Tirant Lo Blanch, 1995.

MARTÍN VALVERDE, A., *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976.

- “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social” en *Revista de Política Social*, núm. 71/1996.

MARTÍN VALVERDE / RODRÍGUEZ SAÑUDO / GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2009.

MOLERO MANGLANO, C., *Alta dirección: una revolución jurisprudencial, en: El contrato de Alta dirección*, Civitas, 2007.

-El sistema de protección por desempleo en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MONEREO PÉREZ, J. L., *Régimen jurídico del personal de alta dirección: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2015.

MONTOYA MELGAR, A, “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo” en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 91/ 1998.

- Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2014.

MORENO VIDA MARÍA N. / FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *El tratamiento del personal de Alta Dirección en la Ley Concursal*, Comares, Granada, 2006.

MONEREO PEREZ, J.L., *Régimen jurídico del personal de alta dirección*. Comares, 2010.

MONEREO PÉREZ, J. L. / MOLINA NAVARRETE C. / MORENO VIDA, M. N., “Suspensión y extinción de los contratos de trabajo (I): Contrato de alta dirección” en *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones socio-laborales en la Ley Concursal*, Comares, 2006.

MUÑOZ CAMPOS, J., “El concepto de trabajador Directivo en la Jurisprudencia y en el Real Decreto 1382/85,” en *Relaciones Laborales*, I. 2006.

ORTEGA PRIETO, E., *El encuadramiento en la Seguridad Social de los Administradores, Altos Directivos, socios trabajadores y familiares de socios: Régimen general o de autónomos*, Praxis, Barcelona, 2013.

PORRET, M., “Fondo de Garantía Salarial, prestaciones por desempleo y salarios de tramitación en relación al personal con contrato laboral especial de alta dirección” en *IV Congreso nacional del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2013.

PUIGBÓ OROMÍ, J., *Socios, Administradores y Altos cargos de la empresa: su situación laboral y respecto de la Seguridad Social*, Barcelona, 2003.

- *La situación laboral de Administradores, socios y Directivos*, Turpial, 2009.

RAMOS HERRANDO, M.J., *Altos Directivos y Desistimiento Empresarial*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017.

DEL REY GUANTER, S., *Estatuto de los trabajadores. Comentado y jurisprudencia*, Lay Ley, Madrid, 2007.

DEL REY GUANTER, S. / DESDENTADO BONETE, A., “El encuadramiento en la Seguridad Social de los Altos Directivos laborales, los Administradores sociales y las personas que prestan servicio para sociedades capitalistas. Un examen de la Disposición Adicional 43ª de la Ley 66/1997” en *Revista de Derecho Social*, núm. 2/2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido” en *Relaciones Laborales*, I, 2006.

SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los Altos cargos Directivos de las empresas*, Deusto, Bilbao, 2014.

- *Relaciones laborales 2007*. Tirant lo blanch laboral, 2007.

SALINAS, C., “La problemática de los contratos blindados o paraguas dorados en la acumulación de figuras de Consejero Delegado y Director General” en *Revista General de Derecho*, núm. 584/2003.

SALLESES, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, Civitas, Madrid, 2013.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores en las sociedades de capital*, Civitas, 2005

SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, M J./ SERRA, J., “Régimen laboral y de Seguridad Social de los socios que prestan servicios en las sociedades de capital” en *Revista de Trabajo y de Seguridad Social* (CEF), núm. 103/1991.

SÁNCHEZ FIERRO, J., “Seguridad Social y Directivos de empresa” en *Relaciones Laborales*, I, 2006.

SÁNCHEZ GIMENO, S., “Los contratos –civiles o laborales- de alta dirección celebrados con Administradores ejecutivos de sociedades” en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 245/ 2002.

SANCHEZ URAN AZAÑA, Y., *El Alto Directivo laboral: (un estudio jurídico sobre la titularidad y el ejercicio del poder en la empresa)*, Tesis, 1991.

“Administradores y Altos Directivos” en *Revista Española de Derecho*, 2010.

“Alta dirección laboral en el sector público. La nueva relación laboral especial <con peculiaridades> de alta dirección en el empleo público tras el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la Reforma del mercado de trabajo (...)” en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155/ 2012.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V., “Ocho preguntas sobre relaciones laborales especiales” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 746/ 2008.

SCHWARZENBERGER, G.: *The Inductive Approach to International law*, London, 1965.

TAPIA HERMIDA, A., “Efectos del concurso de acreedores sobre la relación laboral de Alta Dirección” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 264/ 2005.

VAL TENA, Á. del: *Los trabajadores Directivos de la empresa (Consejeros y Administradores, personal de alta dirección, empleados Directivos)*, 2ª edición, Aranzadi – Thomson, 2010.

- *Los trabajadores Directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

VAL TENA, Á., *El trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 2002.

VAL TENA, Á/ ALCÁZAR ORTIZ, S./ ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “La relación laboral especial del personal de alta dirección”, en *Relaciones*

laborales especiales y contratos con particularidades” en VV.AA., *El contrato de trabajo*, Aranzadi, 2011

VICENT, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, TI, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2011.

VILLA DE LA SERNA, L. E., de la, “Administradores sociales y Seguridad Social” en *Tribuna Social*, núm. 88/2008.

- “Los Altos cargos y el Sistema de Seguridad Social: inclusiones y exclusiones, Régimen General y Régimen de Autónomos” en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 76/2010.

RELACIÓN DE SENTENCIAS EXAMINADA

TRIBUNAL SUPREMO

STS 6 marzo 1985 (RJ 1985/1282)

STS de 4 de diciembre 1986.

STS Contencioso-Administrativo 22 octubre 1987 (RJ 19987/6902)

STS, Sala 4ª, 25 de junio de 1989 (RJ 1989, 5916)

STS de 24 de enero de 1990, Ar. 205.

STS de 11 de abril de 1990.

STS de 25 de noviembre de 1992, AR 8833.

STS, sala 1ª, de 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10570)

STS 22 de diciembre de 1994, RJ 10221.

STS 22 de abril de 1997, RJ 3492.

STS de 20 de octubre de 1998, Ar. 4062

STS de 16 de junio de 1998, Ar. 5064.

STS de 4 de junio de 1999, Ar. 1972.

STS, sala 1ª, de 9 de mayo de 2001 (Rec. 1058/1996).

STS de 4 de febrero de 2002, RJ 2650.

STS 28 junio 2002 (RJ 2002/9083)

STS 18 febrero de 2003 (RJ 2003/3806)

STS, Sala 4ª, de 19 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3246)

STS de 26 de febrero de 2003, RJ 3258.

STS, Sala 4ª, de 13 de noviembre de 2008

STS 6 febrero 2009 (RJ 2009/621)

STS 14 mayo 2009 (RJ 2009/ 3001)

STS 26 marzo 2014 (RJ 2014/1575)

STS, Sala 4ª, de 9 julio 2014 (recurso 828/2013)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ Cataluña 24 noviembre 1997 (AS 1997/3943).

STSJ Comunidad Valenciana 6 junio 2000 (AS 2000/4421).

STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de abril de 2003 (AS 2003, 1835).

STSJ Castilla León-Burgos 22 febrero 2007 (AS 2007/1773)

STSJ Comunidad Valenciana de 18 de septiembre de 2007 (AS 2007,3478).

STSJ Madrid de 21 de diciembre de 2009 (AS 2009, 732)

STSJ Comunidad Valenciana 6 julio 2011 (AS 2011/2014)

STSJ Castilla-La Mancha de 21 de junio de 2012 (Rec 629/2012).

STSJ Cataluña 3287/2013, de 9 de mayo.

STSJ País Vasco 27 abril 2014 (AS 2014/1090)

STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2014 (Rec 361/2014).

STSJ de Andalucía de 10 de septiembre de 2015 (Rec 2086/2014).

STSJ Galicia de 26 de octubre de 2015 (Rec 2437/20159).

STSJ de Asturias de 13 de diciembre de 2016 (Rec 2407/2016).