

ESTATUTO JURÍDICO DEL ALTO DIRECTIVO LABORAL TRAS LA REFORMA DEL DERECHO DE SOCIEDADES

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA*

1. READAPTACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN A LA NUEVA REALIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA

Casi tres décadas después de la regulación de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (RD 1382/1985, de 1 de agosto, RDPAD), varias son las circunstancias que en la actualidad exigen del jurista, en especial, al del trabajo, un esfuerzo para aproximarse desde una óptica finalista, funcional y sistemática a la ordenación de esta prestación de servicios en nuestro ordenamiento jurídico. La evolución que la realidad social y económica ha experimentado desde que el RDPAD entrara en vigor invita a reflexionar con carácter renovado sobre la delimitación de la figura del directivo, sobre la naturaleza de su relación jurídica de servicios y sobre las reglas de ordenación o contenido de esa prestación.

En este sentido, si con carácter general hay que afirmar que los diferentes sectores del ordenamiento jurídico no son compartimentos estancos, sino que, por el contrario, el jurista especializado en una concreta disciplina jurídica ha de atender a las muy diversas implicaciones que una misma realidad tiene para el ámbito jurídico, con carácter particular hay que tener en cuenta que en fechas recientes (en algún caso, hace sólo unos meses) se han adoptado decisiones de política legislativa, en el ámbito del Derecho de Sociedades, que inciden, de nuevo, en el debate doctrinal y jurisprudencial sobre si el Derecho del Trabajo ha de considerarse como el sector del ordenamiento jurídico al que corresponde disciplinar u ordenar con carácter general la prestación de servicios del directivo, en concreto del alto directivo, optando por un modelo “laboral” de dirección. Modelo que, no obstante, según enseña la práctica, la realidad social de la empresa, la cambiante estructura de la misma, la inserción en la Administración Pública de un sistema de dirección profesional, entre otras consideraciones, debiera ser necesariamente flexible o abierto porque dinámico es el propio concepto que articula el legislador en base a tres criterios o exigencias (funcional,

* Profesora Titular, Acreditada a Catedrática, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid.

Este estudio es parte de uno más extenso que se publicará en la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (REMEYSS), en el número 118, 2015. Lo que ha de tener en cuenta el lector a efectos de su cita.

objetivo y jerárquico) para definir al alto directivo laboral. Desde la heterogeneidad de la prestación de servicios directivos en las empresas y organizaciones, privadas y también públicas, se ha de responder si cabe mantener, reafirmar o replantear, en su caso, la atracción hacia el Derecho del Trabajo de la actividad de dirección con la finalidad de otorgar a estos trabajadores (que prestan servicios retribuidos de dirección, gerencia, administración y representación de las empresas, en especial, de las que adoptan la forma jurídica de sociedad, y de las organizaciones propias del sector público) un marco protector, sustantivo y procesal, propio de esta esfera del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de atender a las peculiaridades o especificidades de su actividad que derivan del diferente ámbito en que ésta se desarrolla y, en consecuencia, de las diferentes reglas y principios que el legislador ha establecido para delimitar su contorno.

1.1.-Regulación legal y peculiaridades de la actividad de dirección

Son varias, como sabemos, las diferencias significativas del régimen jurídico de esta relación laboral frente al que podemos denominar patrón o tipo del contrato de trabajo si comparamos las disciplinas normativas, especial y común, del trabajo directivo. Y también que esas diferencias no se idearon en su momento con la finalidad de separar del patrón común laboral a los altos directivos; esto es, no se pretendió configurar la relación laboral especial de alta dirección como respuesta o reacción frente a la relación laboral común de dirección. La opción de política legislativa, por el contrario, era favorable a la atracción hacia el ámbito de Derecho del Trabajo (y hacia el ámbito de la jurisdicción de lo Social) a quienes prestan servicios de dirección ejecutiva por cuenta y bajo la dirección de Sociedades, en especial, de Sociedades mercantiles. Lo que requería entonces, y también en la actualidad, de una operación legislativa de delimitación de la alta dirección “extralaboral”, definiendo la prestación de servicios que ha de permanecer en el ámbito del Derecho Mercantil y Civil; y de readaptación de principios y reglas normativas típicas y propias laborales, adecuándolos al fundamento de este contrato laboral especial -la recíproca confianza entre las partes derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la Empresa en cuanto a facultades y poderes (Exp.Motivos RDPAD)-, del que deriva un régimen “semi-laboral” del estatuto jurídico del alto directivo sujeto de una relación laboral especial.

En efecto, lo que caracteriza al estatuto jurídico del alto directivo laboral es su peculiar sistema de fuentes (previsto en el art.3º RDPAD) y su proyección en el contenido de esta relación jurídica. En este sentido:

1) El RDPAD se aleja decididamente del Estatuto de los Trabajadores. Atendiendo a la singularidad de la prestación de servicios del alto directivo y al fundamento de su relación, la norma reglamentaria regula directamente los aspectos que la singularizan frente al estatuto jurídico del trabajador directivo común. Es el caso de la regulación sobre forma y contenido mínimo del contrato (art.4º), promoción interna (art.9º) y, en particular, extinción del contrato de trabajo, con previsión expresa del desistimiento empresarial o extinción ad nutum (art.11). Y, en segundo lugar, excluye al Estatuto de los Trabajadores como Derecho Supletorio, optando a favor de que lo sean el Derecho Civil o Mercantil (y sus principios generales).

Con lo que la aplicación de la norma laboral general a esta singular relación de trabajo se produce sólo cuando hay una remisión expresa a la misma, en primer lugar, por el propio RDPAD, tal y como se aprecia en los aspectos siguientes: forma y efectos, salvo indemnización, del despido disciplinario(art.11.2); otras causas de extinción (art.12); infracciones laborales de los empresarios (art.13, con remisión que hoy hay que entender a la LISOS); 15.2 (causas y efectos de la suspensión del contrato); y 15.3 (prescripción y caducidad de acciones).

2) EL RDPAD concede un amplio margen al pacto entre las partes (autonomía de la voluntad) en la conformación de la relación y en la determinación de las condiciones contractuales (individualización de la relación jurídica).

Por un lado, la norma reglamentaria remite al pacto individual en las siguientes materias: retribución convenida (art.4º); existencia o no del período de prueba (art.5º: “podrá concertarse un período de prueba...”); duración del contrato (art.6º, será la que las partes acuerden; salvo pacto escrito, se presume celebrado por tiempo indefinido); tiempo de trabajo (art.7º, que expresa que el tiempo de trabajo en lo que refiere a jornada, horarios, fiestas, permisos y vacaciones será el fijado en las cláusulas del contrato); pacto escrito contrario a la plena dedicación o exclusividad (art.8º.1); pacto de indemnización por daños y perjuicios al empresario en caso de abandono antes tempus de un alto directivo que haya recibido especialización profesional con cargo al empresario (art.8º.2); efectos suspensivos o extintivos de la relación común anterior en caso de promoción interna (art.9º.2); individualización de la indemnización por extinción contractual, sea extinción causal por voluntad del alto directivo (art.10.3), cese ad nutum o desistimiento empresarial (el alto directivo, expresa el art.11.1, tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato; a falta de pacto la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico con el límite de seis mensualidades) o por despido disciplinario improcedente; acuerdo sobre readmisión o indemnización en caso de despido improcedente o nulo; y determinación de faltas y sanciones impuestas al alto directivo (art.13).

Por otro, admitiendo ampliamente la disponibilidad de derechos por las partes. En este sentido, téngase en cuenta que la autonomía de la voluntad de las partes sólo queda limitada:

- a) Por las normas del RDPAD (art.3º.1). Expresión que hay que entender referida a las normas que sean de derecho necesario y, en consecuencia, exige determinar si la norma reglamentaria es una norma de mínimos, si hay un núcleo de derecho necesario.

En este sentido, la norma reglamentaria regula, no subsidiariamente, las materias siguientes: propia delimitación del ámbito de aplicación; cláusulas mínimas que ha de contener el contrato(art.8º.2); duración máxima del período de prueba cuando el contrato es de duración indefinida (art.5º.1, que la fija en 9 meses); duración y requisitos del pacto de no concurrencia post contractual (art.8º.3); formalización por escrito del contrato de alto directivo que haya promocionado desde una relación laboral común (art.9º.1); plazo de efectos de la novación contractual (art.9º.2); no reanudación de la relación laboral suspendida cuando el contrato de alta dirección se haya extinguido por despido disciplinario procedente (art.9º.3); preaviso mínimo de tres meses por extinción contractual ad nutum del alto directivo o del empresario (arts.10.1 y 11.1) e indemnización en caso de incumplimiento del preaviso (arts.10.2 y 11.1; indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido); causas de extinción causal por voluntad del alto directivo (art.10.3); causa genérica de despido disciplinario (art.11.2: “incumplimiento grave y culpable del alto directivo”¹); derecho del alto directivo a las indemnizaciones pactadas el contrato en caso de extinción ad nutum empresarial (art.11.1); exclusión de derechos de representación colectiva (art.16)

Advirtiendo que el RDPAD no remite al art.3º.5 ET, no contiene un precepto similar al mismo, y el Derecho Supletorio es el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, y sus principios generales (en este caso, sobre la renuncia y disponibilidad de derechos, los previstos en los arts.6º.2 y 1255 Código Civil), cabría la posibilidad de entender que las partes pudieran disponer de esas condiciones laborales, , lo que no obstante llevaría a la conclusión de que no hay un núcleo básico, un estatuto jurídico mínimo y común para la relación laboral especial de alta dirección. De ahí que haya que entender que, salvo remisión del propio RDPAD al contrato o salvo que el propio RDPAD se configure como norma subsidiaria respecto del pacto individual, las partes no pueden disponer de las reglas previstas en la norma reglamentaria.

¹ Se entiende por la doctrina judicial, a nuestro juicio dudosamente, que no son alegaciones que puedan entenderse como causa de despido, sino como manifestación de la pérdida de confianza, las referidas por ejemplo “a la existencia de mal control en la gestión empresarial y la falta de control y gestión”, STSJ Galicia de 7 de mayo de 2014 (AS 2014/1725)

No hay al respecto una posición unánime. En la actualidad se ha planteado sobre el art.11.1 RDPAD que regula el desistimiento empresarial indemnizado. El TS, Sala de lo Social, en sentencia de 22 de abril de 2014 (ROJ 3088/2014) –con voto particular- advierte que hay un derecho incondicionado a la indemnización por extinción ad nutum (por tanto se entiende que es norma de derecho necesario), sin perjuicio de que sean las partes quienes fijen su cuantía. En ausencia de pacto sobre la indemnización, el RDPAD establece subsidiariamente cuantía mínima equivalente a siete días del salario en metálico (no en especie) con el límite de seis mensualidades.

Y b) por “las demás que sean de aplicación” (art.3º.1.), es decir, por las que sean de aplicación a esta relación laboral especial, sean las del ET (aun cuando no remita a ellas el RDAP²) o al margen del mismo, propias del ámbito laboral o social o de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico o derivadas de la propia CE. En este sentido, y por lo que refiere a los derechos constitucionales, atendiendo a las características y naturaleza de esta relación laboral especial, el ejercicio de esos derechos habrá de modularse conforme al principio de proporcionalidad en sentido amplio y, en particular, con fundamento en el tipo de funciones que desarrolla el alto directivo. Adviértase, no obstante, que el TJUE ha admitido una interpretación amplia del derecho a la no discriminación en las relaciones de trabajo y empleo, en especial, si derivada del género o sexo, aplicable incluso a quienes desde la perspectiva aquí analizada ejercen funciones de dirección como miembros del consejo de administración de sociedades de capital³

² En este sentido, STS de 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012/1094), que aplica a esta relación laboral especial los efectos de la subrogación empresarial prevista en el art.44 ET; por un lado, respecto del mantenimiento de los contratos de alta dirección como consecuencia de la sucesión empresarial y, por otro, respecto de la aplicación de las garantías previstas en el citado precepto estatutario. Es decir, el respeto “de las convenciones contractuales del personal de alta dirección” y, en particular, el pacto indemnizatorio por extinción acordado con la empresa cedente en caso de que la subrogada proceda posteriormente a la extinción de su contrato de trabajo. Solución que apoya en la previsión contenida en la Directiva 2001/23/CE que no exceptiona de su aplicación a la relación laboral especial de alta dirección.

³ Véase, STJUE de 11 de noviembre de 2010, Asunto C-232/09, Caso Danosa, que plantea la cuestión de si es compatible con el Derecho de la Unión una normativa nacional que, al tiempo que prohíbe el despido por causas asociadas al embarazo, no establece en cambio ninguna limitación a la destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital. Y resuelve atendiendo, en primer lugar, al concepto de trabajador que deba utilizarse a los efectos de la Directiva 92/1985 (persona que realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución); en segundo lugar, atendiendo a las circunstancias del caso, es decir, a las condiciones en las que el miembro del consejo fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido; en tercer lugar, asumiendo un concepto autónomo en la Unión Europea de “trabajadora embarazada”. Concluyendo que se opone a la normativa comunitaria una disposición que permita la destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin ninguna limitación, en particular sin tener en cuenta el embarazo de la persona interesada. Expresa el TJUE: “Aun suponiendo que el

Por lo que respecta a normas diferentes al ET y que afecten a la regulación de las condiciones de trabajo –al margen, por tanto, de aquellas otras que trascienden a la relación contractual relativas a aspectos tributarios⁴ y de Seguridad Social-, téngase en cuenta por ejemplo la aplicación de las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo (previstas en la LPRL); las previstas sobre extinción del contrato de trabajo durante la tramitación del concurso (art.65 LC⁵); y, como veremos en este estudio, las nuevas y actuales disposiciones normativas previstas en normas legales y reglamentarias mercantiles y de empleo público que regulan las peculiaridades de la alta dirección en el ámbito privado (sociedades mercantiles) y en el ámbito público (alta dirección pública), respectivamente.

1.2.- Delimitación de la prestación de servicios directivos y opciones de política legislativa

El fundamento legal de esta relación laboral (recíproca confianza entre las partes) y la opción por la individualización de las condiciones de trabajo (o, de otra forma expresado, la afirmación de la autonomía de la voluntad como principal fuente reguladora) marcaron en su momento la decisión de política legislativa sobre la delimitación del ámbito de aplicación de este contrato especial laboral.

En principio, y de acuerdo con la realidad social y económica del momento, sólo se atendió a la prestación de dirección en el sector privado dejando al margen la dirección profesional en el sector público. Téngase en cuenta que en este ámbito no se inició en España un proceso de institucionalización de la función directiva hasta 1997 con la Ley de organización de la Administración General del Estado que diferenciaba los órganos directivos de los órganos superiores, pero aún entonces la dirección pública se mantuvo anclada en un modelo de pura confianza política⁶.

miembro afectado de un consejo de dirección no tenga esta condición, no es menos cierto que la destitución de un miembro del consejo de dirección, que desempeña funciones como las descritas en el procedimiento principal, por razón de embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartados 1 y 7, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207”

⁴ -Vease Ley 26/2014, de 27 de noviembre, de reforma del IRPF. Conforme a esta norma, las indemnizaciones por despido o cese en el contrato de alta dirección tributan en su totalidad en el IRPF, cualquiera que sea la cuantía puesto que la exención –con el límite de 180.000 euros- no se aplica a las indemnizaciones establecidas por contrato o pacto. Las cuantías mínimas previstas en el RDPAD no son derecho necesario, sólo se aplican subsidiariamente en defecto de pacto o contrato.

⁵ Ampliamente, MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho Laboral Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2013, pág.282 y ss, que estima que la LC arbitra “una especie de regulación de empleo individual, de efectos suspensivos o extintivos sobre el contrato del directivo, en beneficio de la masa activa”, moderando o aplazando el pago de las altas indemnizaciones.

⁶ -Véase, al respecto, MAESO SECO, L.F.: *El personal directivo público en España*; La Ley, 2011, pág.188 (con cita de Jiménez Asenjo)

En éste, en el sector privado, la visión paternalista o tuitiva de la persona del trabajador en que se fundamentó el Derecho del Trabajo, interviniendo legalmente con una orientación decidida hacia la compensación o equilibrio de una posición de la parte trabajadora subordinada a los poderes de dirección y control del empresario, no encajaba en una actividad, en una prestación de servicios de dirección y gestión de la política empresarial privada. De ahí que la opción por excluir de las reglas generales del trabajo asalariado laboral a una relación basada en la confianza necesaria para ejercer ese tipo de actividades (las directivas) y una posición económica y profesional de quien ejerce esa actividad equilibrada respecto del empresario, se tradujera en la distinción de tres niveles directivos; uno, en el que quedarían ubicados quienes realizan actividades de dirección y gestión como miembros de los órganos de administración de la sociedad (dejándolo a extramuros del Derecho del Trabajo); otro, el que ocuparían los trabajadores asalariados de dirección no alta (ubicándolo en el ámbito del contrato de trabajo común u ordinario). Y en el nivel intermedio (como puente o suerte de “bisagra”), la relación de alta dirección como trabajo asalariado de carácter especial. Distinción de niveles directivos que en la práctica no ha dejado de plantear cuestiones y debate tanto en la doctrina científica como en la doctrina judicial y jurisprudencia porque en el fondo está la difícil respuesta a la situación idónea sobre el estatuto o régimen jurídico aplicable a cada una de esas prestaciones de servicios y, con el paso del tiempo, la difícil adaptación de las reglas laborales a la organización empresarial cada vez más compleja y al cambio sucesivo en la regulación legal de la que puede entenderse como estructura orgánica en el gobierno y dirección de las sociedades de capital .

La atracción hacia el Derecho del Trabajo de quienes desarrollan este tipo de funciones con fundamento en la especial relación de confianza, generó a nuestro juicio dos soluciones contradictorias. En lo que respecta a la delimitación “hacia arriba”, es decir, en relación con las categorías de directivos que debían quedar al margen de la relación laboral especial, tal vez no se esperaba que se adoptara -atendiendo a la realidad de la compleja estructura de la empresa en el sector privado- una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la relación laboral especial de alta dirección, extrayendo de su núcleo a quienes prestan actividades de dirección vinculadas a la dirección u organización de personas jurídicas, en especial, las que se dicen hoy de capital (también las cotizadas) para ubicar su prestación de servicios en el ámbito del Derecho Mercantil, en particular, del derecho de Sociedades. Interpretación que tenía por finalidad articular mecanismos de limitación o restricción a la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de condiciones de trabajo de estos sujetos, en especial, la retribución adicional e indemnización `por cese de quienes, por delegación del Consejo de Administración y como miembros del Consejo, ejercen una actividad de dirección por cuenta de la sociedad.

Y en lo que respecta a la delimitación “hacia abajo” es decir en relación con la categoría de directivo no alto, que se asimilara “*cargo de confianza*” a personal de alta dirección, resultando entonces una ampliación del régimen semi-laboral previsto en el RDPAD. .

Es el caso, por citar algún caso tradicional, del Capitán de Buque, que la doctrina judicial y la jurisprudencia siguen calificando como alto directivo. En este sentido debe advertirse que la actual Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014, de 24 de junio), incluye al Capitán del Buque entre las “categorías” básicas del personal marítimo (art.160); prevé que sus funciones son las de mando y dirección del buque, jefatura de su dotación y representación de la autoridad pública a bordo (art.171); lo califica como cargo de confianza (art.172), pero no se pronuncia sobre la relación jurídica que le une al armador, precisando sólo al respecto que las indemnizaciones por cese serán las que correspondan de “acuerdo con la legislación laboral”. Desde esta perspectiva, a nuestro juicio, debiera replantearse la opción a favor de su calificación como alto directivo; la remisión a la “legislación laboral” debe entenderse a la común u ordinaria y de esta forma se evitarían distorsiones en la solución de algunas controversias desde la óptica del trabajo asalariado común o tipo. En este sentido, por ejemplo, la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/8125), partiendo de que el capitán de buque es alto directivo, interpreta que un desistimiento empresarial que encubriera un despido por violación de un derecho fundamental (en el caso, el de huelga que había ejercido el Capitán de Buque), ha de ser declarado nulo y, en consecuencia, con efecto obligado a la readmisión (cuando, recuérdese el art.11.3 RDPAD estima que queda a la voluntad de las partes optar por la indemnización o por la readmisión). Y la incoherencia no está en que se advierta que el alto directivo es titular en su prestación de servicios de derechos constitucionales, sino que no haya modulación o adecuación de su ejercicio en la alta dirección (ante el hecho no adecuado a la realidad organizativa de la empresa que un alto directivo, que ejerce funciones de dirección y gestión de los intereses y objetivos generales de la empresa, ejercite una huelga en contra de su empresario); que al Capitán de Buque se le siga calificando como alto directivo y, por último, que se opte por una solución contraria a la prevista en el RDPAD (readmisión obligatoria y no opción entre readmisión e indemnización⁷).

Desde la perspectiva de la dirección pública, hace menos de una década que se optó por dar cobertura legal a la “dirección profesional” pública, ubicándola en la relación laboral especial de alta dirección cuando se presta por trabajadores asalariados (art.13 Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP). Opción, no obstante, que también desde un visión

⁷ Se aplica, entonces, la doctrina del TC al respecto, considerando que la solución prevista en el RDPAD (opción entre readmisión e indemnización) no es aplicable al supuesto de nulidad “material” . Para un supuesto, también de Capitán de Buque, declarando un despido nulo por violación de la garantía de indemnidad (STSJ Madrid, 25 de enero de 2012, AS 2012/500).

concreta de lo que sea en el ámbito del sector público, el interés, el interés público, y con influencia de la situación económica general de nuestro país en los últimos años, ha sido en la actualidad replanteada con la finalidad de limitar o restringir la autonomía de la voluntad de las partes y su materialización en la fijación o determinación de las condiciones laborales de los directivos públicos (en especial, retribución e indemnización por cese).

Es así como, desde diferentes ámbitos, pero en torno a un mismo objetivo o finalidad, a saber, la limitación de la autonomía individual en la determinación de las condiciones económicas para algunos de los colectivos que encajan en la definición legal de alta dirección (ya sea en el sector privado como en el sector público), se han adoptado soluciones no plenamente satisfactorias por la doctrina judicial y jurisprudencia (social y civil) y se aprecia ahora intervención legal que readapta el concepto de personal de alta dirección laboral y su estatuto jurídico.

Si no hay un criterio definidor único del tipo “relación laboral especial” frente a la “relación laboral común u ordinaria” y tampoco un criterio definidor único de la especialidad de las relaciones laborales especiales⁸, hoy tal vez haya que afirmar que tampoco hay un criterio definidor único del tipo “relación laboral especial de alta dirección”, sino, por el contrario, varias relaciones laborales especiales de alta dirección. O, expresado desde la regulación jurídica, que en la “relación laboral especial de alta dirección” hay que incluir diferentes prestaciones de servicios de dirección pero atendiendo también a sus peculiaridades, atraídas por otros sectores del ordenamiento jurídico, en concreto, respectivamente, Mercantil y Administrativo, que coadyuvan a la conformación completa del régimen jurídico de esta prestación de servicios y que definen hoy en día un complejo panorama ordenador que responde a una orientación legal, la de integración sistemática de diversos sectores del ordenamiento jurídico (de sus principios y reglas) a partir de un rasgo común mínimo, el directivo alto es el puente entre los órganos que definen la política empresarial o de la organización (lo que se ha convenido en denominar en el sector privado, gobierno corporativo, y en el público directamente política o gobierno, y sus respectivos titulares, órganos de la sociedad y altos cargos públicos) y la puesta en práctica efectiva y real de la gestión empresarial y la gestión puramente administrativa, respectivamente.. Actividad que se fundamenta en una relación de estrecha confianza entre quien participa en y ejecuta la política empresarial y el titular de la organización, compatible con un rasgo que define la prestación de servicios -la ajenidad (en sus múltiples acepciones)- porque la dirección ha de dar respuesta al interés social o al interés general, respectivamente, y ese interés (y los principios-valores que lo presiden, eficacia, eficiencia y calidad).

⁸ MONTROYA MELGAR, A.: “Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador”, *REDT*, núm.109, 2002 pág.10

En las páginas siguientes se analiza una de las perspectivas que confluyen en la delimitación de la figura del alto directivo laboral y en su estatuto jurídico. A saber, la que puede denominarse administración ejecutiva en las sociedades de capital y alta dirección laboral.

2. ALTA DIRECCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

La realidad organizativa en el ámbito de la empresa en el sector privado exige articular los diferentes sectores del ordenamiento jurídico, que, desde distintas perspectivas, regulan la actividad de dirección. Derecho Mercantil, Derecho Civil, Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Tributario han previsto reglas que, en su conjunto, permiten aprehender el estatuto completo y complejo de la relación jurídica de alta dirección.

Sin remontarnos aquí a los antecedentes⁹, atendiendo a la nueva realidad y con el objetivo de dejar constancia en estas páginas del estado de la cuestión y contribuir al debate sobre la que pudiera entenderse solución más ajustada al actual contexto social, económico y organizativo, debe advertirse que aún hoy – siquiera replanteada- sigue abierta la discusión acerca del elemento o elementos que permiten diferenciar los tres niveles de dirección si atendemos a los distintos estatutos jurídicos aplicables, uno extralaboral; otro laboral especial; otro laboral común.

Gestionar, dirigir la propia actividad en que consiste la empresa, en un sentido económico, y, por tanto, atribuir a personas físicas las facultades que en el ámbito jurídico corresponden al empresario imprimen tal carácter a esta prestación de servicios, a este trabajo, que el legislador debía atender esa realidad empresarial sobre todo cuando el empresario no es persona física, sino jurídica, y más específicamente cuando adopta la forma jurídica de sociedad, en concreto, de capital y cuando la actividad de dirección se articula en varios niveles ordenados jerárquicamente o cuando se parcela o distribuye horizontalmente en diferentes ámbitos territoriales y/o funcionales, dando lugar a la que pudiéramos denominar alta dirección colegiada. En el primer supuesto, el legislador laboral debía articular la configuración de la alta dirección laboral con la que el Derecho de Sociedades califica como administración de las Sociedades de Capital, y en particular, con las cotizadas; y tomar la decisión de política legislativa de si quien presta servicios (normalmente retribuidos) como administrador ha de permanecer

⁹ -Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, A.L.: “Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, A.L.(Direct.): *El Régimen Jurídico del persona de alta dirección, aspectos laborales y de seguridad social*. Edit.Comares, Granada 2010

al margen de la legislación laboral, y, con carácter previo, por tanto, si la prestación de servicios de administración tenía o no naturaleza contractual.

2.1. El administrador “ejecutivo” de las sociedades de capital y la revisión de la teoría del vínculo

La nueva Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC¹⁰, sobre todo tras su reforma a finales de 2014, es un punto de inflexión en la delimitación hacia arriba de la figura del alto directivo laboral porque la que puede entenderse solución jurisprudencial tradicional (tanto en el ámbito civil como en el social) favorable a una interpretación amplia de la exclusión del Derecho del Trabajo bien pudiera ser ahora replanteada, reformulando también la tesis que ha venido sustentándola.

La frontera entre el alto directivo laboral y el que por ahora identificamos como administrador en las sociedades, en especial, en las de las de capital, es decir la persona física que es designada para ocupar los cargos de administración en las muy diferentes formas en que el órgano societario puede estructurarse, no ha sido ni lo es en la actualidad clara, indubitada, porque la opción de política legislativa excluyente del ámbito de aplicación de las normas laborales de la prestación de servicios de quienes actúan o trabajan como administradores de esas personas jurídicas sigue generando discusión e interpretaciones no exactamente coincidentes.

Así, la cuestión relativa a si la exclusión legal, prevista en el art.1º.3.c) ET, es declarativa o constitutiva no ha sido resuelta de forma unánime ni por la doctrina mercantilista ni por la laboralista¹¹. Duda que, a nuestro juicio, queda resuelta hoy por el legislador cuando, atendiendo a las diferentes circunstancias en que puede materializarse la prestación de servicios de los administradores en las sociedades de capital, distingue la prestación de servicios por cuenta propia de la de por cuenta ajena, definiendo directamente el trabajo autónomo en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (en adelante, LETA) utilizando una fórmula contrapuesta a la del art.1º.1 ET y, en consecuencia, partiendo de dos rasgos que se expresan contrarios al trabajo asalariado; a saber, autonomía e independencia en la prestación de servicios. Definición legal que se completa con

¹⁰ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 1 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Bajo la expresión , reforma de 2014, nos referimos a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de modificación de la LSC para la mejora del gobierno corporativo (BOE de 4 de diciembre)

¹¹ Así, declarativa, DE VAL TENA, A.L.: “Los empleados directivos: delimitación de la figura”, en MONEREO Y DEL VAL, op. Cit., págs..89, 102, 104. Por el contrario, constitutiva, DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: “En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios”, *RMTIN*, núm.83, pág.58

una inclusión expresa y una exclusión expresa, en las que aparecen los administradores de las sociedades de capital.

Por un lado, inclusión expresa, se consideran trabajadores por *cuenta propia* los que ejercen funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, ..., a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando *posean el control efectivo*, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos por la Disp.Adic.27ª LGSS (art.1º.2.c LETA). El trabajo prestado por los administradores en estas circunstancias es, por tanto, una modalidad de trabajo autónomo en el sentido de que el control directo determina que los frutos o utilidad del trabajo recaen sobre quien lo ejerce, que asume, también, los riesgos de la actividad o de la explotación económica.

Por otro lado, exclusión expresa, y atendiendo a otras circunstancias de la prestación de servicios de los administradores (por definición legal, no titulares del control efectivo económico de la sociedad), se dice que *quedan al margen del ámbito de aplicación de la LETA* (art.2º.b) “la actividad que se limite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, de conformidad con los establecidos en el artículo 1º.3.c) ET”. Descripción de la exclusión de la LETA que coincide exactamente con la exclusión del ET y que responde a la opción de política legislativa de dejar a estos administradores al margen de la relación laboral (diríamos, no es para el legislador laboral trabajador asalariado) y ahora también de la prestación de servicios derivada de la LETA (no es a efectos de esta Ley trabajador autónomo). Lo que a nuestro juicio quiere expresar, uno, que en este caso, la prestación de servicios de los administradores (cuando no poseen el control efectivo de la sociedad) es un trabajo realizado por cuenta ajena aun cuando el legislador laboral los mantenga en la actualidad a extramuros de la regulación del trabajo asalariado (exclusión ex lege). Y dos, que no modificada a lo largo de estos años (más de tres décadas desde su entrada en vigor) la delimitación legal de la exclusión prevista en el art.1º.3.c) ET, y aceptando que la prestación de servicios de los administradores de la sociedad es un trabajo por cuenta ajena y dependiente, sigue en la actualidad planteada la cuestión sobre la frontera entre esta prestación de servicios extralaboral y la que, por el contrario, el legislador ha configurado como prestación laboral de servicios de alta dirección.

La delimitación exige, también en la actualidad, adoptar solución sobre la naturaleza de la relación societaria de administración (cuando, recordemos, el administrador no posee el control efectivo de la sociedad), sobre si exclusivamente es una relación orgánica o aquella relación es compleja y queda integrada por dos aspectos, el orgánico y el obligacional. O, desde una perspectiva actual, superado aquel primer debate, si esa relación societaria de administración se articula a

través de un contrato propio, autónomo y específico del Derecho de Sociedades, el denominado por algunos autores “contrato de administración”.

La cuestión tradicionalmente debatida por la doctrina (mercantilista y laboralista) y por la jurisprudencia (civil y social), desde la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se formula a raíz de una no menos discutida situación, a saber, la de la retribución e indemnización por cese de un determinado tipo de administradores cuando el órgano de administración se ordena de una determinada forma. En concreto, cuando éste se estructura como Consejo de Administración y delega funciones o facultades en uno o varios miembros del Consejo, a los que se denomina legalmente Consejeros-Delegados (doctrinalmente Consejeros ejecutivos). Se planteaba entonces si a la retribución como administrador (con la correspondiente cobertura estatutaria, conforme al entonces art.74 LSA 1951) podía añadirse una retribución específica como Consejero-Delegado o Consejero Ejecutivo; lo que se elevó a la general de si a la relación derivada de su nombramiento como miembro del consejo por la junta general (relación a la que la doctrina ha calificado de las formas más diversas, relación societaria, contrato sui generis de administración o, en fin, contrato civil de mandato) se podía unir otra relación contractual al aceptar la delegación de las funciones denominadas *ejecutivas*. Y, en caso de respuesta afirmativa, si esa relación podía encajar en alguno de los tipos contractuales de prestación de servicios que nuestro ordenamiento jurídico preveía, mandato, arrendamiento de servicios, con fundamento en el principio general de la libertad contractual. La respuesta fue favorable a la compatibilidad o concurrencia de relaciones con fundamento en la distinción entre actividades de gestión societaria y actividades de gestión empresarial o más acertadamente - atendiendo a las diversas formas de organización de la administración (en particular cuando adopta la forma de administración única, administración solidaria y administración mancomunada)- considerando que ambas actividades eran propias del órgano de administración y que alguna o algunas de las funciones que forman su contenido se podían delegar ex lege en quienes eran administradores cuando aquél se organiza como Consejo de Administración.

Tras la entrada en vigor en los años ochenta del SXX de varias normas, ET/1980, norma reglamentaria de regulación de la relación laboral especial de alta dirección (RDAP) y LSA/1989, la doctrina mayoritaria (mercantilista y laboralista) siguieron defendiendo la tesis de la compatibilidad y, con ella, la viabilidad de una retribución adicional (incluida indemnización por cese) cuando el administrador (consejero, miembro del Consejo de Administración) asumía funciones de gestión y representación ejecutiva, pese a que el art.130 LSA/1989 optaba por una “reserva estatutaria” de la retribución de los administradores. El fundamento se buscó en el art.141 LSA/1989 (que admitía la delegación de facultades del Consejo de Administración designando uno o más Consejeros-Delegados) y hubo de nuevo que razonar sobre la naturaleza de esta relación

contractual concurrente interpretando conjuntamente los artículos 1º.3.c ET y 2º.1 RDPAD.

La jurisprudencia social rechazó de plano la tesis de la compatibilidad. ¿Qué motivos había para rechazar esa tesis?. ¿El pragmático de ubicar en la jurisdicción civil todos los aspectos relativos a la prestación de servicios de los administradores, cualquiera que fuera el modo en que se hubiera organizado el órgano de administración y, por tanto, aunque hubiera delegaciones internas de facultades del Consejo de Administración a los Consejeros-Delegados?. O, uno más social y moral, ¿limitar o restringir los posibles excesos o en terminología usual las cláusulas de blindaje de remuneraciones e indemnizaciones por cese ligadas a la delegación de facultades y, por tanto, adicionales a las que pudiera percibir como administrador?

Sabemos que ésta es la tesis que ha permanecido hasta la actualidad, pero también conocemos que ha sido fuertemente criticada atendiendo a la realidad social, económica y organizativa en las sociedades de estructura compleja. Los administradores ejecutivos por delegación de facultades del Consejo de Administración (Consejero-Delegado o miembros de una Comisión Ejecutiva) aceptan esas funciones de dirección y gestión ordinaria si va acompañada de una retribución adicional e incluso de una indemnización por cese y los sucesivos informes sobre Gobierno Corporativo (Informe Olivencia, 1998; Informe Aldama, 2003; Código Unificado de 2006; Código de Buen Gobierno de 2015¹²) la han aceptado como situación habitual en la organización de esas sociedades. Y conocemos también que la jurisprudencia social adoptó una teoría nueva, la del *vínculo*, con fundamento en una interpretación diferente de las normas citadas pero también, a nuestro juicio, utilizando otros argumentos (fraude, riesgo de autocontratación y conflicto de intereses) que le impulsaron a calificar gráficamente a la que a su entender abocaba la tesis de la compatibilidad, como huida de estos administradores del Derecho de Sociedades y huida hacia el Derecho del Trabajo.

Recordemos, brevemente, cuáles han sido los razonamientos sobre los que se asienta esta tesis de incompatibilidad o teoría del vínculo.

En primer lugar, atendiendo a la dicción del art.1º.3.c) del ET, que excluye la prestación de servicios “*que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*”. Precepto, no olvidemos, no modificado a lo

¹² Nos referimos al Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, aprobado por la CNMV en febrero de 2015, que dedica el apartado III.3.6 a la “retribución de los Consejeros”.

largo de estos años desde la inicial redacción del ET/1980, y si no deudor sí atento a la tesis predominante en la época, la de la compatibilidad o concurrencia.

A partir de la entrada en vigor del RDPAP, la Sala de lo Social del TS (primera sentencia, la del caso Huarte, de 29-X-1988, Ar.7143¹³) estimó que inherentes al cargo (cualquiera que sea la forma que adopte el órgano de administración, por tanto también en caso de Consejo de Administración) son todos los cometidos que el Derecho de Sociedades otorga al administrador de la Sociedad.

En segundo lugar, atendiendo a la dicción del art.1º.2. RDPAD, que incluye en la relación laboral especial de alta dirección a quienes prestan un trabajo en régimen de ajenidad y dependencia (trabajadores) consistente en el ejercicio de *“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”*. Del que deriva coincidencia entre las funciones o cometidos inherentes al cargo de administrador y los que el legislador laboral estima propios de la alta dirección (poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma), y, concluyendo entonces que si en una misma persona (supuesto de los consejeros ejecutivos cuando son miembros del Consejo de Administración) recaen ambas funciones, prevalecerá la relación societaria (a la que la jurisprudencia social denomina relación orgánica), desplazando cualquier relación contractual de alta dirección laboral.

Situación diferente, y que no ha planteado problema en la doctrina y jurisprudencia, es la de apoderamiento o atribución de esos poderes inherentes a los órganos de administración a sujetos extraños a los mismos, de forma que en este caso, ausente la integración de estos sujetos en tales órganos, la actividad de dirección se calificaría como laboral de alta dirección y, en consecuencia, quedaría sometida al régimen jurídico previsto en el RDPAD, en particular, en lo que refiere a la retribución e indemnización por cese.

La “tesis del vínculo” trasciende al orden civil de la jurisdicción que ha tenido que resolver si, desde la perspectiva exclusiva del Derecho de Sociedades, se puede aceptar la reclamación de retribuciones o indemnizaciones por cese de actividad por Consejeros-Delegados, que, a la vista de la solución en el ámbito social (expulsión de la relación laboral de alta dirección) formaliza contratos civiles de arrendamiento de servicios (no de alta dirección laboral). Inicialmente la jurisprudencia civil niega su competencia para conocer de estas demandas (véase

¹³ -Seguida de otras muchas, las más actuales, SSTS (Social) de 24-V-2011(Rec.1427/2011) y de 20-XI-2013 (RJ 2013/1073), 24-II-2014 (rec.1684/2013). Doctrina que concluye afirmando que la única posibilidad de compatibilidad refiere a la realización de trabajos que pudieran calificarse de comunes u ordinarias.

la STS-Civil-Caso Huarte, de 30-XII-1992, Ar.10570, a la que se acude tras rechazar el orden social que la relación fuera laboral de alta dirección); posteriormente, en el caso Mattel (STS, Sala de lo Civil de 9-V-2001, Ar.7386), se admite la concurrencia de dos relaciones, la de administración y la contractual de arrendamiento de servicios civil, para, no obstante, a partir de esa sentencia, aceptar la solución del orden jurisdiccional de lo social, tal y como expresa una de las últimas sentencias del TS (Civil), caso Hispasat, de 25-VI-2013 (RJ 2013/5188). Es así como de la indivisibilidad objetiva de la función de administración y de la función directiva (inherentes ambas al cargo del administrador societario) se llega a la inviabilidad de un doble título jurídico, quedando la relación toda ubicada en la única viable, la societaria, y, en consecuencia, reafirmando el orden jurisdiccional civil la reserva estatutaria prevista en las normas mercantiles en la fijación o determinación de la remuneración de los administradores y, en consecuencia, rechazando que los Consejeros Delegados puedan ser remunerados por el Consejo de Administración.

Conocemos alguna de las consecuencias jurídicas de esta teoría. Por un lado, en el ámbito mercantil, los consejeros ejecutivos (a los que se niega que tengan relación contractual alguna y, en particular, que esa fuera laboral especial) en su condición absorbente de administradores no pueden recibir más retribución que la prevista en los estatutos y autorizada por la junta general (y si la reciben, han de ser devueltas porque el título contractual yuxtapuesto es nulo). En el ámbito fiscal, esas cantidades no podrán incluirse como gasto deducible a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto de Sociedades.

Y también sabemos cómo el legislador ha resuelto de forma distinta en materia de Seguridad Social, incluyendo en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social al consejero ejecutivo (conforme a la LGSS, disp..adic.27^a, consejero activo) que recibe retribución por tal cargo. Norma de Seguridad Social que lo distingue de quien es consejero no ejecutivo (o consejero externo, en la terminología más aceptada en la práctica mercantil; o consejero ordinario; o en fin, consejero pasivo en la terminología legal de seguridad social). Solución legal que lejos de entenderse racional y coherente con la realidad orgánica, se consideró autónoma, independiente de la que cabía en el ámbito del Derecho del Trabajo, advirtiendo que las categorías previstas en las normas de seguridad social no podían proyectarse o carecían de equivalente en el terreno del Derecho del trabajo o del Derecho de sociedades¹⁴.

2.2. Delimitación de la exclusión legal y Ley de Sociedades de Capital

¹⁴ Véase, por ejemplo, DE LA VILLA GIL, L.E.: “Administradores sociales y seguridad social”, Revista Tribuna Social núm.88, 1998, págs..15-16

En primer lugar, se ha de volver sobre una cuestión, ¿a quién refiere la exclusión prevista en el art.1º.3.c)ET? ¿a todos los administradores, con independencia de la forma de organización del órgano de administración?. Atendiendo al Consejo de Administración ¿a todos los consejeros? O ¿sólo a los consejeros ordinarios (no ejecutivos, externos o pasivos) y no por tanto a los consejeros ejecutivos?.

Recordemos que iniciábamos este estudio afirmando que la alta dirección es una realidad dinámica, abierta, flexible. Del mismo modo, según nos enseña la práctica en la organización y gestión de las empresas que revisten forma jurídica de sociedad, y en particular, en las de estructura compleja, bajo el término genérico “administrador de sociedad” no hay un cargo y una función únicos. Las formas de organización de la administración de la sociedad son varias y, en consecuencia, no hay un cometido único, sino diferentes cometidos inherentes al cargo de administrador social atendiendo a las diferentes estructuras del órgano conforme a la LSC, que distingue en función del tipo de sociedad, sociedades simples o estructuras sociales complejas.

Las funciones de administración son de muy diverso signo y, según indicamos, y enseña la teoría de las organizaciones, bajo el término administración hay que integrar las funciones de dirección, supervisión, programación y ejecución, una función más deliberativa (más política, si se quiere) y una función más ejecutiva o de gestión. Todas estas funciones son inescindibles cuando el órgano de administración se estructura bajo formas propias de las sociedades simples, esto es, administrador simple, administradores mancomunados o solidarios (que son siempre administradores ejecutivos); y, por tanto, esos son sus cometidos a los que refiere el art.1.3.c) ET.

Por el contrario cuando la sociedad de capital es compleja (más aún si es cotizada), la forma típica del órgano de administración es el Consejo de Administración (única posibilidad, por cierto, que la LSC establece para las sociedades de capital cotizadas) y la realidad demuestra que éste, el Consejo, puede delegar internamente sus funciones en miembros del Consejo, figura del Consejero-Delegado o Comisión Ejecutiva, y, si la sociedad es cotizada, se permite que entre los diferentes tipos de consejeros se nombre al “consejero ejecutivo” (art.529 octodecimos LSC). Sin perjuicio, para una mayor complejidad, según enseña la práctica de la organización de estas sociedades, que el Consejo de Administración delegue funciones en personas –externas a la empresa o previamente vinculadas a la misma por una relación laboral- que no forman parte del Consejo (apareciendo así la figura tradicional del Director General y hoy la que se conoce como CEO, Chief Executive Officer); o que pueda coexistir el Consejero Ejecutivo(normalmente Presidente del Consejo), el Consejero-Delegado y/o el CEO (uno o varios) y/o uno o varios Directores y en este caso con división funcional de

sus áreas de dirección...integrados todos en el que se suele denominar en la práctica societaria Comité de Dirección o Comité Ejecutivo de Dirección.

Ello quiere decir que cabe distinguir las funciones que siguen siendo propias del consejero sin más (consejero externo, en la terminología legal de la LSC prevista para el Consejo de Administración en las sociedades cotizadas) –al que cabe referirse desde el art.1º.3.c) ET como “mero” o “simple” consejero-, de las que pasa a ejercer el consejero ejecutivo y el consejero-delegado. Las funciones del primero son sólo las cabría entender como deliberativa y de supervisión (que sigue ejerciendo el consejero como miembro del Consejo de Administración, puesto que éste no puede delegarlas¹⁵) y la función ejecutiva o de gestión ordinaria del consejero ejecutivo y del Consejero-Delegado. Función ejecutiva que no deriva del nombramiento previo como consejero por la Junta General sino de la delegación de facultades acordada por el Consejo de Administración¹⁶, al que la ley confiere posibilidades amplias de descentralización.

La actual LSC (reforma 2014) admite bajo el término “delegación de facultades” (arts.249 y 249 bis), y sin perjuicio de los apoderamientos (es decir de la descentralización a través de contratos celebrados con directivos no pertenecientes al Consejo de Administración), que éste designe de entre sus miembros a uno o varios Consejeros-Delegados o Comisiones Ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación. Y el art.529 duodecimos admite, como especialidades del Consejo de Administración de las Sociedades de Capital Cotizadas, diferentes categorías de consejeros –propias de la práctica del gobierno corporativo en nuestro país-, los consejeros ejecutivos (que son los que “desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo”) y los consejeros no ejecutivos (consejeros dominicales, consejeros independientes u otros externos).

Define el art.249 LSC la relación de la Sociedad con estos consejeros ejecutivos como **contractual**, exigiendo que el contrato sea aprobado previamente por el Consejo de Administración con el voto favorable de 2/3 de sus miembros (debiendo abstenerse el consejero afectado tanto de asistir a la deliberación como de participar en la votación), lo que restringe de forma evidente los peligros de autocontratación y de conflicto de intereses.

¹⁵ Expresa hoy la LSC(art.249 bis) las funciones que en ningún caso puede delegar el Consejo de Administración. Entre ellas están la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad (función deliberativa) y la supervisión de la actuación de los órganos delegados (facultad de supervisión y control)

¹⁶ Véase PAZ-ARES, C.: “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, Revista *InDret*, enero 2008, pág.22 y ss; tal vez el máximo exponente en la doctrina mercantilista del replanteamiento de la teoría del vínculo (la que él denomina “tesis estándar”) que ha influido en el texto final de la reforma 2014 de la LSC.

Y previendo imperativamente que en el contrato se detallen todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución, no por su condición de consejero, sino, expresa la ley, “por el desempeño de funciones ejecutivas” (con lo que, indirectamente está distinguiendo el legislador entre las que cabe definir como funciones deliberativas, propias del simple consejero, y las funciones ejecutivas o de dirección o gestión), incluyendo la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones¹⁷ y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro.

El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstas en el contrato, que deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general. Esta política de retribuciones es a la que refiere el art.217 LSC, relativo a la remuneración de los administradores que, en sentido tradicional en el Derecho de Sociedades, se considera que es un cargo gratuito salvo que los estatutos establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración, que, en función de un criterio general, el de proporcionalidad (en relación a la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento, los estándares de mercado de empresas comparadas) y el de adecuación de la cuantía (en atención al logro del fin social), determinará el concepto o conceptos retributivos. Conceptos que, a título ejemplificativo, la LSC enumera: asignación fija; dietas o primas de asistencia; participación en beneficios -desarrollada en el art.218-; retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; remuneración en acciones o vinculada a su evolución - art.219- ; indemnización por cese siempre y cuando no estuviera motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador; y sistemas de ahorro o previsión.

De acuerdo con ese sistema retributivo, la Junta General ha de aprobar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, correspondiendo a éstos (y en caso de Consejo de Administración, al propio consejo) su distribución entre los distintos administradores atendiendo tanto a las funciones como a las responsabilidades asignadas a cada consejero.

¹⁷ Adviértase, al respecto, la diferente naturaleza de la indemnización por cese anticipado en las funciones como consejero ejecutivo de las que, con carácter general, prevé el art.217 para el cargo de administrador (indemnización por cese de este cargo). . Aún cuando la LSC no exprese que el derecho a la indemnización por cese anticipado en las funciones ejecutivas se limita al supuesto en que haya desistimiento ad nutum por parte del Consejo de Administración, la práctica societaria en nuestro país (la política de retribuciones que se ha ido adaptando a la reforma 2014 de la LSC) precisa que se trata de una indemnización por extinción de su relación con la Sociedad, siempre que la terminación de la relación no sea consecuencia de un incumplimiento imputable al consejero ejecutivo ni se deba exclusivamente a su voluntad. Expresión ésta última que, no exenta de duda, pudiera entenderse que se trata de extinción por dimisión, no por incumplimiento previo imputable a la propia Sociedad.

La LSC permite, a nuestro juicio, una interpretación sistemática diferente de la exclusión legal art.1.3.c) ET en atención a las diversas formas de organización del órgano de administración. Frente a la teoría del vínculo, el Derecho de Sociedades actual admite la compatibilidad de relaciones jurídicas y adopta al respecto reglas limitativas en la configuración de la prestación de servicios de los consejeros delegados o consejeros ejecutivos (lo que, dicho sea de paso, contrarresta una de las críticas formuladas por la teoría del vínculo que pretendía frenar la que se calificaba como huida de los Administradores hacia el régimen semi-laboral y flexible del personal de alta dirección). En efecto, esta teoría expulsa a los consejeros-delegados de este sector del ordenamiento jurídico, en concreto de la legislación laboral matizada prevista en el RDPAD –que, como sabemos, basa su regulación en la autonomía de la voluntad de las partes en la fijación de las condiciones de la relación jurídico-laboral, en especial ,de las condiciones económicas, retributivas e indemnizaciones por cese- y, con esa finalidad, la de evitar la atracción de la legislación laboral especial, exige control y límite a la remuneración desde el Derecho de Sociedades, interpretando ampliamente el precepto que regula la remuneración de los administradores (antiguo art.130 LSA/1989, nuevo art.217/LSC) para se dice, evitar el fraude consistente en sustraer de esa norma legal la retribución de los consejeros-delegados. Teoría que, por el contrario, nada objeta a que el fraude en la retribución pudiera lograrse a través de la delegación externa de facultades del Consejo de Administración en personas extrañas al mismo porque este caso quedaría al margen de la reserva estatutaria y pasaría a entrar en el ámbito de la competencia de la descentralización de funciones del consejo (tal y como preveía el art.141 LSA/1989 y ahora establece el art.249 LSC). Delegación externa (y ejercicio de facultades directivas) que, de acuerdo a la teoría del vínculo, quedaría integrada en el ámbito de aplicación del RDPAD como relación laboral especial de alta dirección; la persona que ejerciera esas facultades definida como trabajador de alta dirección (supuesto que se suele conocer como Gerente, Director-General, CEO...); y su relación sujeta a las reglas que la norma reglamentaria laboral establece en materia de retribuciones e indemnizaciones por cese.

Volvamos a la actual LSC y su reforma de 2014. Admitida legalmente la posibilidad de yuxtaponer dos relaciones jurídicas cuando la administración de la sociedad es colegiada, el legislador mercantil no califica la que une al administrador (consejero) y la sociedad y, por el contrario, admite una relación contractual, que podríamos denominar por ahora relación contractual de servicios directivos, sin que haya calificación legal de la naturaleza del contrato de dirección ejecutiva de los Consejeros-Delegados (o miembros de una Comisión Ejecutiva del Consejo) y de los Consejeros Ejecutivos en las sociedades cotizadas, respecto de los que el art.529 octodecies remite al art.249 LSC a efectos de los términos y condiciones de sus “contratos”.

Conviene precisar que hoy un sector muy importante de la doctrina mercantilista, aun cuando con diferentes matices, ha replanteado la naturaleza de la relación jurídica entre el administrador y la sociedad, quedando totalmente superada la concepción exclusiva de esa relación como meramente orgánica y admitiendo mayoritariamente que la relación societaria de administración tiene un doble componente, orgánico-obligacional. Discutiéndose, no obstante, la naturaleza que haya de otorgarse a ese contrato de servicios de los administradores. Baste aquí indicar, puesto que desde la perspectiva del Derecho del Trabajo es totalmente accesorio porque esa prestación de servicios queda ex lege al margen de su ámbito de aplicación, que por un lado, se califica como contrato de administración (con la idea de dotarle de unos caracteres propios del derecho de sociedades) pero por otro, se ubica en una de las figuras contractuales propias del derecho general de obligaciones, en particular, en el mandato.

Cuando el órgano de administración se organiza como Consejo de Administración la relación societaria de administración en su componente obligacional tiene una doble vertiente, por un lado la que une al consejero en cuanto tal con la sociedad, como integrante del Consejo, y la que une al consejero en caso de delegación de facultades, atendiendo así a las diferentes funciones que ostentan los consejeros no ejecutivos y los consejeros ejecutivos, tal y como ahora reconoce o precisa la LSC, que además enumera las facultades indelegables por el Consejo (art.249 bis). Si ya hace tiempo, cuando se defendía la concurrencia de relaciones, una societaria de administración, otra contractual de servicios, se planteaba si podía ser calificada como contrato laboral de alta dirección, la opción contractualista del Derecho de Sociedades actual exige que planteemos la cuestión y adoptemos alguna solución, teórica, al respecto¹⁸.

¿Cumple ese contrato con las premisas o rasgos de una relación laboral?. Y en caso de respuesta afirmativa, ¿cumple con las características típicas del contrato laboral de alta dirección?. Si es así, ¿ambos sectores del ordenamiento jurídico, Derecho del Trabajo y Derecho de Sociedades, exigen una integración sistemática de sus reglas?. La ajenidad y dependencia, propias de la relación laboral existen, si no hay control efectivo de la sociedad por el consejero-delegado no hay trabajo por cuenta propia; si presta sus servicios en interés ajeno y la utilidad patrimonial de su prestación de servicios revierte en la sociedad, hay ajenidad en su trabajo. La dependencia existe en tanto que el Consejo de Administración mantiene las facultades de supervisión o control de la actividad que realiza el Consejero-Delegado, que, pese a su autonomía y responsabilidad, quedará sometido a las instrucciones del Consejo de Administración. En este sentido hay que advertir que la LSC, art.249 bis, en la lista de facultades que el Consejo no puede delegar, en ningún caso –lo que quiere decir que el legislador

¹⁸ Aún cuando, como bien apuntaba la doctrina, pueda carecer de utilidad alguna; MARTÍNEZ MORENO, C.: “Consejeros y administradores sociales”, en GARCÍA MURCIA, J. (Dtor): *El Trabajo Autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*; Thomson Aranzadi, 2007, pág.207

reafirma que son funciones propias del órgano de administración-, se incluye la “supervisión de... la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado”. Y, en fin, es un cargo retribuido.

En base a esas premisas, y atendiendo a que el Consejero-Delegado no es un mero o simple consejero, su prestación de servicios de dirección ejecutiva responde a las características del contrato laboral de alta dirección si nos atenemos al triple criterio que utiliza el legislador para delimitarlo. Criterio funcional, en tanto que realiza cometidos propios de dirección y gestión de la actividad económica en que consiste la empresa; criterio objetivo, en tanto que sus funciones de dirección son las relativas al objetivo general de la empresa, el interés o fin social de la sociedad en caso de que sea una persona jurídica; y criterio jerárquico porque el Consejo de Administración retiene las facultades de supervisión y control de la actividad del consejero delegado, aun cuando éste preste servicios con autonomía y responsabilidad.

Si ello es así, habrá que integrar sistemáticamente las normas de diferentes sectores del ordenamiento jurídico que, debido a las peculiaridades de la administración social directiva por delegación del Consejo de Administración, han de encajar en la regulación general de esa prestación de servicios que ofrece el RDPAD. Así, quedarían imbricados el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social¹⁹. Y en lo que respecta al Derecho de Sociedades y al Derecho del Trabajo, habría que indagar si hay ajuste perfecto o, en caso de que hubiera algún mínimo desajuste, optar por la solución que mejor responda a las reglas de articulación entre diferentes sectores del ordenamiento jurídico.

La solución legal hoy permite concluir que no hay una única relación laboral especial de alta dirección. Habría que definir como relación laboral de alta dirección “tipo” la de aquellos sujetos, que ejercitando funciones de dirección ejecutiva en las sociedades de capital, las realizan por delegación externa (es decir, sin formar parte de los órganos de administración). Por otro lado, habría que calificar como relación laboral especial de alta dirección con peculiaridades la de quienes como consejero, miembro del Consejo de Administración de las sociedades de capital –y siempre que no posean el control efectivo de las mismas-, realizan funciones de dirección ejecutiva, bien como Consejero-Delegado o miembro de la Comisión Ejecutiva o bien como consejero ejecutivo (en las sociedades cotizadas) En este caso, y con integración sistemática de las normas de Derecho de Sociedades y de Derecho del Trabajo, la relación laboral especial se regiría por el RDPAD, salvo en aquellas materias (retribución e indemnización por cese) que el Derecho de Sociedades regula e impone como límite a la autonomía de la voluntad

¹⁹ Y en materia Fiscal, habrá que estimar que se trata de rendimientos de trabajo y no serán consideradas liberalidades a efectos del Impuesto de Sociedades, pudiendo ser, entonces, deducibles sin mayor problema

de las partes. Normas que a estos efectos se calificarían como *lex specialis* frente a lo dispuesto en la norma reglamentaria laboral

La solución, no obstante, no está exenta de dudas y se plantean algunas cuestiones. Por ejemplo, si el Consejero-Delegado o Consejeros Ejecutivos pueden coexistir con el cargo de Director General que recaiga en otra persona y, si en este caso, se podrá hablar de una alta dirección colegiada, cada una con sus reglas. La realidad organizativa de las sociedades demuestra que el Director General o, en su caso, los diferentes Directores por áreas, forman parte de un Comité de Dirección en el que también está el Consejero Delegado y/o el Presidente Consejero Ejecutivo; en este caso, aunque hay una dependencia directa de éste (lo que, en principio, podría pensarse que excluye la alta dirección de los otros cargos que dependen directamente de él), primero, no puede olvidarse que tanto el Consejero Delegado como el Consejero Ejecutivo (Presidente) son miembros del órgano de administración, del Consejo de Administración, que, como advertimos, retiene la facultad de supervisión de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado; también el nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de algunos de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución (art.249 bis LSC).

De otro lado, si quien es previamente alto directivo laboral en una sociedad es nombrado miembro del Consejo de Administración como Consejero-Delegado, su relación contractual con la sociedad no cambia, relación laboral especial de alta dirección, aunque a partir de ese momento se ha de ajustar a las reglas previstas en la LSC en materia de retribución e indemnización y, además, yuxtaponer a la misma su condición necesaria de miembro del órgano de administración. No habría suspensión ni extinción de la relación laboral de alta dirección previa porque se mantiene tras su designación como Consejero-Delegado. Situación, por el contrario, diferente si el alto directivo es designado administrador ejecutivo (único, solidario o mancomunado), exigiéndose entonces que hubiera un pacto de suspensión de aquella relación laboral mientras desarrolla su actividad como administrador ejecutivo, sin que haya posibilidad en este supuesto de compatibilidad de cargos.

Y, por referirnos a otra cuestión problemática, sin intentar agotar la lista, la conexión entre la posible no renovación el cargo como consejero y el contrato de alta dirección que pudiera formalizarse como Consejero-Delegado cuando el pacto es de duración indefinida; supuesto que habría que incardinar en el desistimiento ad nutum indemnizado previsto en el RDPAD de acuerdo con las previsiones que, al respecto, se hubieran establecido en el citado contrato conforme a la LSC.

Y, en fín, los efectos en materia concursal y, en concreto, en la especie de regulación de empleo suspensiva o extintiva de los contratos de alta dirección previstos en la LC.

La complejidad de esta situación, unida a la atribución de competencias a dos órdenes jurisdiccionales diferentes (civil, en cuanto a la relación de servicios como miembro del órgano de administración; y social, en la relación contractual de delegación de facultades), tal vez requiera de una pronta decisión de política legislativa futura por el legislador, que, con la finalidad de configurar un estatuto jurídico único²⁰ para quienes desempeñan cargos de administración en las Sociedades, reformulara la definición legal de exclusión prevista en el art.1º.3.c) ET, para expresar que queda al margen del ámbito del Derecho del Trabajo en sentido estricto la prestación de servicios de los administradores ejecutivos de las personas jurídicas que revistan la forma de sociedad. Término “Administradores ejecutivos” en el que quedarían integrados los que cabe calificar como tales en sociedades simples (administradores únicos, mancomunados y solidarios) y los previstos legalmente en las sociedades complejas (miembros del Consejo de Administración que son nombrados Consejeros-Delegados, miembros de Comisiones Ejecutivas y consejeros ejecutivos). Exclusión que, aún constitutiva o ex lege, solucionaría a nuestro juicio los problemas derivados de la aplicación de dos regímenes normativos y que hoy encuentra total acomodo en el Derecho de Sociedades, que reconoce que existe relación contractual entre el Consejo de Administración y sus consejeros ejecutivos y disciplina los aspectos básicos de la misma.

2.3 Alta dirección y dirección no alta.

Esta situación compleja trasciende a la solución que haya de darse a la delimitación “hacia abajo” del personal de alta dirección, a la frontera entre la relación laboral especial de alta dirección y la relación laboral común de quien ejerce funciones directivas no altas, aunque sea un cargo de confianza.

De nuevo aquí, la realidad social, económica y organizativa de la empresa, en particular, cuando adopta la forma jurídica de sociedad de capital, se impone, sin que, a nuestro juicio, deba partirse de apriorismos, tales como, por ejemplo, que rige una presunción a favor de la relación laboral directiva común o que la alta dirección ha de interpretarse restrictivamente. Lo cierto es que si no hay un concepto unitario de alto directivo tampoco se puede pretender determinar o diferenciar en bloque el colectivo de trabajadores a los que cabe identificar como

²⁰ De “unidad de régimen jurídico de la administración social” hablan DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: “En los límites del contrato de trabajo....”, cit., pág.59

de dirección no alta. Y menos aún que se identifique toda una actividad profesional (caso típico de Capitán de Buque, Director de Hotel o Director de Periódico) como de alta dirección supeditando la naturaleza real de la prestación con el nomen iuris.

La descentralización de funciones directivas es la situación tipo en las estructuras organizativas empresariales, sean más o menos complejas, como también lo es que sea consustancial al ejercicio delegado de las mismas una autonomía funcional compatible con el sometimiento a órdenes e instrucciones y, por tanto, a control de su actividad.

El art.1º.2 RDPAD proporciona los elementos que delimitan su ámbito de aplicación. Por un lado, es inherente a la alta dirección la naturaleza y extensión de las facultades ejercidas, que precisa de la conjunción de varios criterios para distinguirla de la dirección no alta; criterios a lo que cabe denominar cualitativo y cuantitativo. Así, desde la primera perspectiva, creemos que sigue siendo válida la distinción entre organización de la actividad encaminada a la consecución del fin económico de producción de bienes y servicios para un mercado (en que consiste la empresa) y la organización de la actividad encaminada al fin técnico de producción para la consecución del fin económico. Sólo parece que corresponden al alto directivo las facultades que el Derecho de Sociedades (en concreto la LSC) reserva a los órganos de administración en cuanto tienden a la organización efectiva y real de la actividad empresarial en que consiste su objeto social. Si es así, los poderes relativos a los “objetivos generales” que la norma reglamentaria atribuye a los altos directivos ha de entenderse conjuntamente a la de ejercicio de “poderes inherentes” a la titularidad jurídica de la empresa. Dicho de otra forma, los poderes atribuidos (delegados) al alto directivo son los referidos a las decisiones fundamentales o estratégicas de la empresa.

Si atendemos al segundo criterio apuntado, el cuantitativo, habría que atender a las funciones directivas relacionadas con el fin económico de la actividad empresarial y con su distribución en diversos sectores territoriales o funcionales de acuerdo a la estructura organizativa de esa actividad. Como acabamos de apuntar, la expresión “objetivos generales” no tiene, a nuestro juicio, una dimensión cuantitativa y, en consecuencia, nada impide que en la práctica empresarial se opte por una “alta dirección colegiada”, de manera que pudiera encajarse en el contrato especial a quienes ejercen facultades propias de la alta dirección aunque las desarrolle en sectores territoriales o funcionales concretos de la actividad económica en que consiste la empresa.

No obstante, habrá que intentar fijar el límite entre los diferentes niveles de dirección, entre los distintos escalones –alta y no alta dirección- porque el legislador distingue dos estatutos jurídicos, uno semi-laboral y otro laboral común y, en este caso, delimitado de forma residual o indirecta. En este sentido, del

elemento funcional u objetivo prioritario en la definición normativa del alto directivo, derivan otros dos rasgos, que a su vez son una consecuencia del otro.

En este sentido, el alto directivo ejerce las facultades siempre por delegación directa de quienes son administradores ejecutivos de la sociedad. Son funciones que no las ejerce como cargo de administración sino que las obtiene por transferencia directa, derivando entonces también en una vinculación directa del directivo a quien ostenta la titularidad jurídica de la empresa y, en consecuencia, en un sometimiento a los criterios e instrucciones emanadas por quien ejerce facultades de administración ejecutiva. El límite, por tanto, entre niveles directivos que exige el art.1.2 RDPAD requiere de una estructura empresarial jerarquizada en la que el alto directivo laboral ocupa un puesto o nivel inmediatamente inferior al del propio empresario persona física o al de los órganos de administración de la sociedad, a los que corresponde el establecimiento de la política general de la actividad empresarial.

Esta delegación de facultades de primer grado exige analizar caso a caso y no puede quedar al margen de la solución legal que sobre gobierno corporativo, en particular, sobre la estructura de los órganos administrativos ha fijado la LSC (sobre todo tras la reforma 2014). Si entre el administrador ejecutivo (sea propio de sociedades no complejas, administrador único, administrador solidario, administradores solidarios; o propio de sociedades complejas, Consejo de Administrador que nombre uno o varios consejeros ejecutivos o/y Consejero-Delegado) no hay un sujeto que, externo al órgano de administración, desarrolle funciones de coordinador general, los sujetos que dirijan sectores o áreas territoriales son altos directivos, siempre que quede acreditado que hay una real y efectiva autonomía funcional puesto que, no olvidemos, son precisamente poderes empresariales de decisión ejecutiva los que ejerce. Y en este caso concreto, atendiendo al Consejo de Administración, aunque haya delegado en un Consejero-Delegado; si así fuera, éste mantiene su condición de consejero o miembro del Consejo de Administración a quien, conforme a lo dispuesto en el art.249 bis LSC, sigue correspondiendo las funciones de supervisión y control de la actividad de los directivos. En este caso, convendría hacer alguna matización a la expresión legal “plena responsabilidad”, que utiliza el art.1º.2 RDPAD como posible rasgo del alto directivo laboral (sea único o “colegiado”) porque, a nuestro juicio, aunque formalmente no es equiparable a la que la LSC establece para los órganos de administración, puede entenderse aquí, puesto que se trata de una relación jurídica basada en la mutua confianza, que está sometido a un deber de diligencia, de lealtad y de evitación de conflictos próximos a los que define el Derecho de Sociedades. No es aventurado pensar que la práctica societaria utilice las previsiones sobre esos deberes (art.225 y ss LSC) como guía para delimitar y graduar los propios de los altos directivos.

Si responsabilidad es aquí la derivada de su actuación cuando incumple los criterios e instrucciones fijados por el empresario, debe entenderse equiparada a la transgresión de la buena fe contractual que preside el contrato de trabajo y, por tanto, causa suficiente para extinguirlo, bien por desistimiento bien por despido disciplinario (cuando el incumplimiento es grave y culpable); con independencia de la añadida responsabilidad civil y/o penal que esa actuación pueda conllevar. Sin olvidar al respecto, cuando el empresario es persona jurídica que adopta la forma jurídica de sociedad de capital, que hoy adquiere una dimensión nueva el aspecto externo de su actividad, es decir, el daño que pueda causar el alto directivo por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. En este sentido, si bien el art.236 LSC refiere en primer a los administradores, extiende todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de éstos (acción social e individual de responsabilidad) - cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados- a “la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad”.

Si, por el contrario, junto al cargo de administrador ejecutivo o consejero-delegado (o consejero ejecutivo en caso de Consejo de Administración en las sociedades de capital cotizadas) se nombra a un Director General que, ajeno a los órganos de administración, asume la dirección y coordinación de las diferentes áreas o sectores, los directores quedarán sometidos a sus órdenes e instrucciones y, por tanto, habrían de ser considerados directivos no altos de régimen laboral común.