

SOFÍA BELTRÁN MIRALLES

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en
la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rovira i
Virgili de Tarragona*

Sumario:

- I. Introducción.
- II. El ámbito subjetivo de la relación laboral.
 - 1. El concepto de alto directivo.
 - 1.1. El criterio legal restrictivo.
 - 1.2. La delimitación jurisprudencial del concepto.
 - 1.3. La ampliación del concepto de alto directivo.
 - 2. Los límites de la relación laboral de alta dirección.
 - 2.1. Los órganos de la empresa.
 - 2.2. La relación laboral común.

III. El reforzamiento del ámbito subjetivo del personal de alta dirección.

1. Introducción.
2. La constitucionalidad de la regulación de la relación laboral especial.
 - 2.1. La reserva de ley.
 - 2.2. El trato diferenciado de la relación laboral de alta dirección.
3. Análisis de las fuentes: el artículo 3.º del RDPAD.
 - 3.1. La voluntad de las partes y sus límites.
 - 3.2. El Derecho del Trabajo.
 - 3.3. Supletoriedad de la legislación civil y mercantil.
 - 3.4. La aplicación del Derecho comunitario.

IV. Conclusiones del estudio.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.	Artículo.
CC	Código Civil.
CCEE	Comunidades Europeas.
CE	Constitución Española.
Cco.	Código de Comercio.
DA	Disposición Adicional.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial.
LCT	Ley de Contrato de Trabajo.
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical.
LRL	Ley de Relaciones Laborales.
LSA	Ley de Sociedades Anónimas.
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
RD	Real Decreto.
RD-L	Real Decreto-Ley.
RDPAD	Real Decreto regulador de la relación laboral del personal de alta dirección.
RRM	Reglamento del Registro Mercantil.
S.	Sentencia.
SA	Sociedad Anónima.
SL	Sociedad Limitada.
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada.
TC	Tribunal Constitucional.
TJCCEE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la relación laboral especial de alta dirección y, más concretamente, de su ámbito subjetivo, ofrece diversos puntos de interés que motivan un análisis reflexivo sobre la materia.

En la relación laboral especial de alta dirección convergen, junto a los aspectos derivados del Derecho del Trabajo, los derivados de su carácter cercano a la normativa civil y mercantil, motivados no sólo por la relevante función del alto cargo dentro de la empresa y su situación de teórica igualdad en relación al empresario, sino también por la tradición legislativa que venía incluyendo a este personal dentro del ámbito de aplicación de la legislación civil y mercantil.

La elección del tema del ámbito subjetivo como cuestión principal de análisis, obliga a delimitar el criterio de inclusión en la relación laboral especial y sus límites, ya sea respecto de los órganos de la empresa, ya sea respecto de la relación laboral común. Debe tenerse en cuenta que, junto al inicial criterio restrictivo en cuanto al ámbito subjetivo, se observa en la jurisprudencia una línea ampliatoria del concepto, lo cual hace que el análisis de esta cuestión sea especialmente interesante desde el punto de vista del laboralista.

Como consecuencia lógica de lo anterior, es necesario el estudio de las fuentes reguladoras de la relación laboral especial, que conectan con el elemento subjetivo puesto que las fuentes vienen condicionadas por el ámbito de aplicación de la relación laboral especial, esto es, por los sujetos que la integran.

A grandes rasgos, los motivos que llevan al análisis de la relación laboral especial quedan explicados brevemente, así como el contenido del estudio, dividido en una parte en la que se estudiará el ámbito subjetivo *strictu sensu* y en una segunda parte donde se procederá al examen de las fuentes reguladoras de la relación laboral, para terminar con las conclusiones del estudio.

II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA RELACIÓN LABORAL

1. El concepto de alto directivo.

El artículo 2.º 1 a) del ET, al incluir dentro de las relaciones especiales la del personal de alta dirección, no confiere ninguna característica al concepto de alto directivo, quedando la delimitación de su ámbito al ulterior desarrollo reglamentario.

El referido precepto tan sólo dispone que se consideran relaciones laborales de carácter especial «la del personal de alta dirección», pero no matiza cuál es el personal que debe tener la consideración de alta dirección, por lo que la configuración del mismo debe realizarse en el ulterior desarrollo reglamentario.

Acaso, en cuanto a la delimitación «por arriba», es orientativo el artículo 1.º 3 c) del ET al excluir de la legislación laboral a los que desempeñen «pura y simplemente» el cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas societarias; con ello, *a sensu contrario*, podrían entenderse incluidos aquellos que, aun siendo consejeros o miembros del órgano de administración, desempeñen una función que exceda de la propia de su cometido. En todo caso, la inexpressividad del ET hacía necesaria la definición reglamentaria (1).

La solución adoptada por el legislador al conferir a la reglamentación ulterior la definición de alto directivo es criticable puesto que la norma reglamentaria es la que regula la inclusión o exclusión del mismo en el ámbito subjetivo de la relación, delimitando en definitiva los supuestos que cabe considerar incluidos en la relación laboral con las dudas de constitucionalidad que ello plantea (sobre este punto, *vid. infra* III.2).

1.1. El criterio legal restrictivo.

La delimitación del ámbito subjetivo de la relación laboral se efectúa en el RD 1382/1985, de 1 de agosto (BOE 12 de agosto; en adelante RDPAD) que, en su artículo 12, dispone: «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».

(1) SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*. Deusto. 1990, pág. 27.

El concepto transcrito anteriormente responde a una línea continuista en relación a la interpretación que había dado la jurisprudencia al alto directivo a la luz de la anterior regulación de la LCT, integrando sus aspectos más sustanciales (2); BORRAJO (3) precisa que la línea acogida por el RDPAD ha sido la más restrictiva, «la que tendía a reducir la "alta dirección" a la función desempeñada por el *alter ego* del empresario, a los titulares del puesto vértice en la estructura piramidal de la empresa».

El continuismo del concepto legal respecto de la interpretación jurisprudencial anterior, hace necesario apuntar los aspectos más destacados del concepto dibujado jurisprudencialmente:

- a) La jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del RDPAD presenta un extremado casuismo, de tal manera que el examen de cada caso concreto es el que determina su inclusión dentro del ámbito de los altos cargos (4).
- b) Se parte de la irrelevancia de la denominación dada por las partes al cargo a desempeñar y de su voluntad de incluirlo o no dentro del ámbito de los altos directivos, estando a la verdadera función desempeñada por el alto directivo (5).
- c) La interpretación del concepto se hace en forma restrictiva en cuanto supone una exclusión del Derecho del Trabajo (6).
- d) La función ha de ser la de alta dirección, alto consejo y alto gobierno, no siendo determinantes, pero sí relevantes para la calificación de la relación: la elevada retribución, la exigencia de titulación académica, los grados de capacidad técnica y el apoderamiento (7).
- e) El alto cargo es verdadero *alter ego* del empresario, siendo la plena confianza la característica determinante de la relación (8).

(2) En este sentido MUÑOZ CAMPOS, J. «El concepto de trabajador directivo en la jurisprudencia y en el RD 1382/1985». *Relaciones Laborales*. 1986. Tomo I, pág. 125; PENDAS DÍAZ, B. «El ámbito subjetivo de la relación laboral especial del alto directivo a la luz de la jurisprudencia». *Documentación Laboral*. Diciembre 1985, pág. 33; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «La relación especial del personal de alta dirección en el RD 1382/1985». *Relaciones Laborales*. Tomo I. 1988, pág. 170; SALA FRANCO, T. *op. cit.* pág. 34.

(3) BORRAJO DACRUZ, E. «El personal de alta dirección en la empresa». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 22. 1985, pág. 163.

(4) SsTS de 26 de octubre de 1981 (Ar. 4040), 25 de noviembre de 1981 (Ar. 4600) y 13 de abril de 1982 (Ar. 2442).

(5) SsTS de 21 mayo de 1968 (Ar. 2819), 27 de noviembre de 1973 (Ar. 4762), 21 de septiembre de 1979 (Ar. 3971), 12 de junio de 1980 (Ar. 2549), 29 de enero de 1983 (Ar. 417), 30 de mayo de 1984 (Ar. 3095) y 6 de septiembre de 1985 (Ar. 3708).

(6) SsTS 28 de octubre de 1972 (Ar. 5290), 6 de mayo de 1981 (Ar. 2100), 25 de noviembre de 1981 (Ar. 4600) y 5 de febrero de 1984 (Ar. 852).

(7) SsTS de 5 de julio de 1969 (Ar. 3797), 19 de diciembre de 1975 (Ar. 4798) y TCT 19 de junio de 1979 (Ar. 4150) y 18 de julio de 1980 (Ar. 3052).

(8) SsTS de 26 de octubre de 1981 (Ar. 4040), 25 de noviembre de 1981 (Ar. 4600), 27 de mayo de 1982 (Ar. 3264), 13 de junio de 1983 (Ar. 3002), 31 de octubre de 1983 (Ar. 5167) y 28 de noviembre de 1983 (Ar. 5637).

Los aspectos más relevantes de la interpretación jurisprudencial fueron recogidos sustancialmente en el RDPAD, tanto en su artículo 1.º 2 como en su artículo 2.º, al hacer referencia al fundamento de la relación, basada en la recíproca confianza de las partes, y ello se puede determinar de un análisis comparativo del precepto en relación a la doctrina jurisprudencial sucintamente expuesta anteriormente.

En primer lugar, dado que la jurisprudencia vino reiterando que la calificación no venía impuesta por el *nomen iuris* y que la enumeración del artículo 7.º de la LCT lo era *ad exemplum*, se excluye del concepto legal del RDPAD la enumeración de los cargos directivos, a diferencia de lo sucedido con el antecedente legislativo inmediato.

En segundo lugar, el carácter de *alter ego* que se atribuyó al alto cargo, produce la exclusión en el concepto legal de aquellos trabajadores que no tengan delegación de primer grado, excluyendo a los denominados «delegados de los delegados» (9).

En tercer lugar, dicho carácter de *alter ego* del empresario hace que los poderes de dirección vengán referidos a la empresa en su globalidad en el concepto legal.

Por último, el criterio restrictivo que informó la jurisprudencia anterior, como consecuencia lógica de la exclusión del Derecho del Trabajo de los altos cargos (10), se ha plasmado en el concepto legal adoptado por el RDPAD, dejando un abanico personal muy reducido dentro de la relación laboral especial.

El análisis del concepto legal recogido en el RDPAD nos lleva al examen de los rasgos más destacados del ámbito subjetivo que se incluye dentro del mismo.

Dentro de la definición adoptada por el RDPAD destaca, en primer lugar, la necesidad de que los trabajadores directivos ejerciten «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa»; ello hará necesario generalmente la existencia de un apoderamiento por parte del empresario a favor del alto directivo que, comúnmente, deberá ser notarial por la trascendencia de los actos que debe realizar el alto directivo en nombre del empresario.

(9) BORRAJO DACRUZ, E. «El personal de alta dirección...» *cit.* pág. 165.

(10) ALMANSA PASTOR, J.M. («La exclusión de los altos cargos del Derecho del Trabajo español». *Revista de Política Social*, n.º 71. 1966, pág. 29) señala que el TS acude a la interpretación restrictiva en un esfuerzo de extender al máximo el ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo, como consecuencia más bien de ser ésta una norma de interpretación del Derecho del Trabajo.

Sin embargo, dicho apoderamiento notarial no se configura como necesario para la existencia de la relación laboral especial, sino que lo que se deduce del concepto es la necesidad de que efectivamente se ejerciten dichos poderes inherentes a la titularidad de la empresa, de tal manera que el apoderamiento será indiciario de la existencia de poder, debiéndose estar al efectivo ejercicio del mismo (11).

Asimismo, aun cuando no está explícitamente recogida la distinción entre asesoramiento y mando, implícitamente se deduce del concepto que alto directivo tan sólo puede serlo el de mando (12).

El ejercicio de poderes ha de venir referido a los «objetivos generales de la empresa», lo cual descarta los poderes limitados a ciertos ámbitos territoriales (centros de trabajo) o funcionales (13).

Aun precisando más, ALMANSA (14) distingue, dentro de la empresa, las funciones «económico-financiera» de la «técnico-social». La primera sería la que haría referencia a los objetivos generales de la empresa, por cuanto el poder de decisión se corresponde con dicha función, en tanto que la segunda sería dirigida en el plano teórico por personal directivo, pero sin que pueda calificarse de alto cargo.

La transposición de la distinción citada al supuesto concreto, nos llevaría a afirmar que «los objetivos generales de la empresa» hacen referencia de forma prevalente a la función «económico-financiera» de la misma.

La necesidad de que los poderes se ejerciten en relación a objetivos generales de la empresa, lleva a excluir, como hemos señalado, los supuestos en que la función directiva se limita a un ámbito geográfico determinado o a un sector productivo concreto de la empresa, por no cumplir el requisito aludido.

Sin embargo, pueden darse supuestos de dirección referida a los objetivos generales de la empresa, pero con especialización funcional dentro del ámbito de dirección, lo que SALA (15) denomina «alta dirección colegiada», lo cual no impediría entender cumplido el requisito.

(11) Así lo precisan las SsTS de 7 de mayo de 1988 (Ar. 1859), 13 de noviembre de 1989 (Ar. 8043) y 18 de marzo de 1991 (Ar. 1870), cuando señalan que los poderes a los que alude el artículo 1.º 2 del RDPAD no es preciso que se formalicen en escritura pública, sino que lo trascendente es que efectivamente se ejerciten de hecho.

(12) ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E. *Derecho del Trabajo*. Universidad de Madrid. 1991, pág. 72.

(13) SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos...* cit. pág. 28; RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ «La relación especial del PAD...» cit. págs. 171-172. La jurisprudencia señala que los poderes se han de incluir en «el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas de la empresa» [SsTS de 6-3-1990 (Ar. 1767); y 17-6-1993 (Ar. 4762)].

(14) ALMANSA PASTOR, J.M. «La exclusión de los altos cargos...» cit. pág. 33.

(15) SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos...* cit. pág. 29.

Incluso en algunos supuestos la jurisprudencia ha reinterpretado el concepto (*v.gr.* capitán de buque o director de periódico), entendiendo rellenado este requisito aun cuando se trate de altos directivos que asumen sus funciones en sectores específicos del tráfico empresarial, como analizaremos posteriormente.

La actuación del alto directivo, según el concepto legal, ha de rellenar los caracteres de «autonomía y plena responsabilidad», lo cual ha de ponerse en relación con los límites de la misma que son «los criterios e instrucciones directas» emanadas por la persona u órgano superior de gobierno y administración de la empresa.

En primer lugar, ha de señalarse que la actuación del alto directivo tan sólo puede limitarse por criterios e instrucciones «directos» del titular de la empresa, lo cual excluye del ámbito subjetivo de la relación laboral los supuestos en los cuales los citados criterios e instrucciones se reciban por medio de una tercera persona con funciones de intermediación entre el titular de la empresa u órgano de gobierno y el directivo en cuestión.

Los criterios e instrucciones, por tanto, deben emanar directamente del empresario, sin que quepa, por tanto, delegación intermedia entre empresario y personal de alta dirección (16).

En cuanto a las expresiones empleadas para definir los límites de la autonomía del alto directivo, «criterios e instrucciones», debe señalarse que el término «criterios» es impreciso, siendo entendido generalmente como opinión, creencia o parecer, sin contenido imperativo (17); por su parte, el término «instrucciones» denota un contenido más concreto con carácter imperativo.

La definición utilizada por el RDPAD puede contrastarse con la recogida en el artículo 20.2 del ET en el ámbito de la relación común: por una parte, en tanto que en la relación especial se refiere a «criterios e instrucciones», en la relación común se habla de «órdenes o instrucciones», denotando mayor imperatividad en esta última; por otra parte, en la relación laboral especial los criterios han de ser «directos» del empresario, en tanto que en la relación común la dirección corresponde al «empresario o persona en quien éste delegue».

La menor incidencia del poder de dirección empresarial en el desempeño de la función del alto directivo, ha de ser puesto en relación con la «autonomía» que predica el concepto legal para el desarrollo de su trabajo.

Los límites provenientes del poder de dirección empresarial en la actividad del alto directivo no han de impedir el ejercicio de su función con autonomía: sería impensable calificar una relación como de alta dirección cuando el empresario marca las pautas de conducta a seguir por el alto cargo, dejándole poco margen de iniciativa.

(16) AAVV (Dirección SALA FRANCO). *Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. 1993, pág. 738.

(17) MUÑOZ CAMPOS, J.M. «El concepto de trabajador directivo...» *cit.* pág. 143.

Existe, por tanto, en el alto directivo, una libertad operativa en su actuación, lo cual da lugar a la «plena responsabilidad» en el ejercicio de su función, como derivado natural de dicha libertad (18).

La «plena responsabilidad» supone que el alto directivo responde frente al empresario por el incumplimiento, no sólo en el estricto ámbito de la relación laboral (*v. gr.* despido disciplinario), sino también en el ámbito de las consecuencias derivadas de sus actos (*v. gr.* indemnización por culpa), dada la vigencia supletoria de la legislación civil y mercantil y el régimen de «plena responsabilidad» al que se halla sometido.

Junto a los aspectos del concepto legal, debe hacerse mención a las notas de dependencia y ajenidad, que definen la relación laboral en el artículo 1.º 1 del ET; en el caso del alto directivo, las notas aludidas se ven matizadas fuertemente como consecuencia del concepto legal.

Por una parte, la amplia autonomía del alto directivo en el ejercicio de sus funciones, así como el matizado poder de dirección del empresario sobre el mismo, hacen que la dependencia se vea fuertemente atenuada en el caso del personal de alta dirección.

Por otra parte, el ejercicio de poderes empresariales del alto directivo y el régimen de «plena responsabilidad» de su función, hace que en el desarrollo de su actividad asuma el riesgo inherente a la misma, de tal manera que la ajenidad también queda matizada en la relación laboral especial.

Por tanto, las notas de dependencia y ajenidad, aun cuando presentes en la relación especial de alta dirección, tienen un carácter marcadamente atenuado en la configuración de la misma.

Los diversos aspectos del concepto legal analizados anteriormente, deben verse complementados por el fundamento de la relación laboral que es la «recíproca confianza» de las partes.

De una visión global de todos ellos, se desprende un factor común en todo el concepto legal: el alto directivo recibe directamente del empresario poderes para gestionar con autonomía plena toda la empresa o sectores claves de su actividad (19).

Se sigue, por tanto, un criterio restrictivo para delimitar el ámbito subjetivo de la relación laboral, de tal manera que, en el plano teórico, es difícil que pueda existir más de un alto directivo en una empresa, puesto que normalmente la facultad de apoderamiento general y la dependencia directa del empresario sin intermediarios, tan sólo podrá darse en una sola persona dentro de la empresa (20).

(18) *Ibid.* pág. 142.

(19) RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ. «La relación laboral especial del PAD...» *cit.* pág. 182.

(20) SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos...* *cit.* pág. 29.

El criterio restrictivo aludido es la respuesta legal al régimen de máxima libertad establecido por el RDPAD para dar por concluida la relación laboral (21), vedando una interpretación extensiva del concepto (22).

1.2. La delimitación jurisprudencial del concepto.

Los rasgos que definen el concepto legal de alta dirección han venido siendo recogidos por la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del RDPAD, en forma armónica con relación a la jurisprudencia anterior, puesto que, como ya se ha puesto de manifiesto, el concepto legal estaba fuertemente inspirado en aquella jurisprudencia.

Los aspectos más destacados de la interpretación jurisprudencial del concepto son los siguientes:

- a) El alto directivo sólo tiene como superior al órgano societario o la persona que ocupa el puesto de titular en la empresa (empleador en sentido funcional) (23).
- b) El alto directivo recibe poderes inherentes a la titularidad de la empresa, tratándose de una delegación de primer grado, no siendo preciso que dichos poderes se formalicen en escritura pública, sino que lo trascendente es que se ejerciten de hecho (24).
- c) El ámbito de actuación se refiere a la empresa como unidad total, sin perjuicio de una especialización funcional (25).
- d) La autonomía y plena responsabilidad no han de entenderse como exigencia de exclusividad, es decir, como ejercicio y responsabilidad no compartidos, sino como expresión global y completa y al mismo tiempo como correlato adecuado del amplio ámbito de poder concedido, el cual debe emanar del empleador propiamente dicho (26).

(21) BORRAJO DACRUZ, E. «El personal de alta dirección...» *cit.* pág. 166.

(22) RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ («La relación laboral especial del PAD...» *cit.* pág. 182) señalan que la interpretación en forma ampliatoria del concepto está vedada, puesto que la legislación está fuertemente inspirada en principios liberales y erradica las instituciones protectoras del Derecho del Trabajo.

(23) SsTS de 27 de octubre de 1986 (Ar. 5901), 22 de febrero de 1988 (Ar. 746), 13 de noviembre de 1989 (Ar. 8044) y 13 de marzo de 1990 (Ar. 2065), entre otras.

(24) SsTS de 7 de marzo de 1988 (Ar. 1859), 18 de marzo de 1991 (Ar. 1870) y 17 de junio de 1993 (Ar. 4762), entre otras.

(25) SsTS de 22 de febrero de 1988 (Ar. 746), 13 de noviembre de 1989 (Ar. 8044) y TSJ Madrid de 3 de febrero de 1993 (AS 937).

(26) STS de 13 de noviembre de 1991 (Ar. 8219).

- e) Es irrelevante, ni tan siquiera con carácter indiciario, la denominación que las partes hayan dado a la relación, debiéndose estar al contenido real de las prestaciones y a la concurrencia de los presupuestos que legalmente delimiten el tipo contractual (27).
- f) Los requisitos del artículo 1.º 2 del RDPAD han de valorarse con criterio restrictivo, sin que sean elementos determinantes ni la cuantía ni la remuneración ni la relación del interesado con la Seguridad Social o cualquiera de los regímenes existentes (28).

Las anteriores líneas principales de la interpretación jurisprudencial del concepto, no agotan desde luego toda la problemática relativa al ámbito subjetivo de la relación laboral especial, pero sí son significativas del criterio restrictivo utilizado para la delimitación de la relación, configurando al alto directivo como un *alter ego* del empresario.

1.3. La ampliación del concepto de alto directivo.

El concepto legal del artículo 1.º 2 del RDPAD se complementa con la referencia de la DA del citado RD al personal excluido de las Ordenanzas laborales actualmente en vigor, que reúna las características y requisitos contenidos en el citado precepto.

Aun cuando del tenor literal de la DA se desprende que se han de reunir los requisitos exigidos en el concepto legal antes analizado, lo bien cierto es que se observa en la jurisprudencia una línea expansiva y ampliatoria de la noción de alto directivo, incluyéndose en el concepto algunos sujetos excluidos de las Ordenanzas laborales (29).

Los supuestos singulares de inclusión dentro del ámbito subjetivo de la relación de altos cargos dentro de dicha línea jurisprudencial expansiva, tienen su inicio en el caso del director de periódico.

El director de periódico estaba excluido expresamente en el Reglamento Nacional de Trabajo en Prensa [*cf.*: art. 2.º c)] de 23 de marzo de 1971, en tanto que en la Ordenanza Laboral de Prensa de 9 de diciembre de 1976 no se hacía referencia al anterior (30). Por su parte, la Ley de Prensa

(27) SsTS de 13 de abril de 1989 (Ar. 2967), 5 de julio de 1990 (Ar. 6059), TSJ Catalunya de 23 de noviembre de 1993 (AS 4912) y TSJ Castilla y León de 25 de enero de 1994 (AS 239).

(28) SsTS de 24 de enero de 1990 (Ar. 205); 2 de enero de 1991 (Ar. 43); TSJ Extremadura de 22 de enero de 1993 (AS 132) y TSJ Canarias de 21 de septiembre de 1993 (AS 3783).

(29) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. «Una vistosa falta de concordancia entre el TC y el TS en relación con el concepto de alto directivo: el caso de los jefes de máquinas de buques». *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 6. 1992, pág. 70.

(30) Puede verse más ampliamente sobre la materia ALONSO GARCÍA, B «El contrato de director de periódico». *Colección de jurisprudencia práctica*. Tecnos, n.º 38. 1992.

de 18 de marzo de 1966 y el Estatuto de la Profesión Periodística de 13 de abril de 1967, respectivamente en sus artículos 40.2 y 34, calificaban la relación que unía al director del periódico con la empresa como de carácter civil.

La jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del RDPAD (31) vino declarando la incompetencia de jurisdicción del orden social (y correlativa competencia del orden civil) para el conocimiento de esta materia, al tratarse de una relación civil con arreglo a los preceptos mencionados; incluso, la STS de 19 de diciembre de 1989 (32) también declaró la incompetencia del orden social para el conocimiento del asunto, si bien en este caso no se planteó si el director de periódico era un alto cargo, sino que se dilucidó el supuesto desde la perspectiva de la relación laboral común.

La jurisprudencia da un giro radical en la STS de 30 de enero de 1990 (33), incluyendo a los directores de periódico dentro del ámbito subjetivo de la relación laboral especial.

El argumento que se emplea para la inclusión es el de que el texto del RDPAD no exige únicamente para que merezca tal calificación que sea el titular del puesto vértice de la estructura piramidal de la empresa, sino que también incluye a «quienes asumen altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial».

El acomodo en la definición de alto directivo lleva a no aplicar los artículos 40.2 de la Ley de Prensa y 34 del Estatuto de la Profesión Periodística, por oponerse a normas imperativas posteriores.

La anterior doctrina jurisprudencial significa una quiebra del concepto legal que hemos analizado, por cuanto deja de considerar la empresa como unidad global a los efectos de calificar la relación, y contempla ámbitos más reducidos, en este caso, «los sectores específicos del tráfico empresarial», lo cual supone una notable ampliación del concepto. Asimismo, mediante la aplicación de una norma de rango reglamentario, aún imperativa, se deja de aplicar una norma con rango de ley, lo cual debe realizarse acaso con referencia a la disposición derogatoria de la Constitución y al artículo 2.º 1 del ET (34).

La ampliación del concepto legal que supone esta doctrina jurisprudencial, al dejar de considerarse la empresa en su totalidad, choca con el carácter restrictivo del concepto que la propia jurisprudencia vino postulando.

(31) SsTS de 8 de febrero de 1986 (Ar. 722); 27 de febrero de 1987 (Ar. 741); 4 de marzo de 1987. Sala 1.ª (Ar. 1414) y 18 de diciembre de 1987 (Ar. 8975); todas ellas para situaciones de hecho anteriores al 1 de enero de 1986.

(32) Ar. 9251.

(33) Ar. 233. Posteriormente en este sentido SsTS de 6 de marzo de 1990 (Ar. 1767), TS Sala 1.ª de 21 de febrero de 1991 (Ar. 1586) y TSJ Galicia de 19 de noviembre de 1993 (AS 4744).

(34) La no aplicación de una ley preconstitucional sólo puede realizarse por la derogación de la misma por la CE o por normas posteriores de su mismo rango; en este caso, al prever el artículo 35 de la CE un estatuto para los trabajadores y al contemplar el artículo 2.º 1 del ET la relación laboral de alta dirección dentro del mismo, la derogación se produce por estos preceptos y no por la norma de rango reglamentario.

La misma línea jurisprudencial de ampliación del concepto se aprecia en el supuesto de los capitanes y patrones de buque.

En el caso de los capitanes, patrones de buque y jefes de máquinas, la Ordenanza laboral de 20 de mayo de 1969 admitía su cese no causal y sin indemnización.

La jurisprudencia del TS, con inicio en la STS de 3 de marzo de 1990 (35), también da un giro incluyéndolos dentro del ámbito del personal de alta dirección.

Para ello se argumenta que el buque es considerado como centro autónomo de trabajo (art. 1.º 5 del ET) y que el capitán y patrón tienen unas amplísimas facultades de gestión y dirección conforme al artículo 610 y siguientes del Cco.; por ello, entiende dicha doctrina jurisprudencial que deben ser considerados como altos cargos.

En el caso del jefe de máquinas, el TS (36) se inclina por integrarlo en la relación laboral común, si bien el TC (37) lo define como alto cargo; sin embargo, la doctrina del TC debe ser matizada porque en su Sentencia 103/1990 extrae una «regla general» del ordenamiento laboral de que el contrato que se extingue tiene derecho a una indemnización, habiéndose postulado concretamente la indemnización señalada en el artículo 11 del RDPAD, y no la derivada de la extinción de la relación laboral común (38); por tanto, la falta de concordancia actual entre el TC y el TS sobre este caso concreto no es tan significativa. Por el contrario, si en el caso al que nos hemos referido se hubiese solicitado la indemnización derivada de la extinción de la relación común, el TC tendría que haber entrado a calificar si la relación era común o especial, lo cual no hizo al no postularse sino únicamente la indemnización derivada de la extinción del contrato de alta dirección.

El caso del capitán y patrón de buque es dudoso que tenga encaje en el concepto legal de alto cargo (39), ya que en ambos casos no se ejercitan poderes referidos a los «objetivos generales de la empresa»; además la doctrina jurisprudencial sigue en contradicción con el carácter restrictivo que confirió al concepto, ampliando notablemente el ámbito subjetivo en el mismo sentido que en el señalado anteriormente para el director de periódico.

(35) Ar. 1752. Posteriormente SsTS de 26 de marzo de 1990 (Ar. 2342) y 30 de abril de 1990 (Ar. 3513).

(36) El TCT (S. de 1-12-1987. Ar. 26840) ya había señalado que el jefe de máquinas no puede ser un cargo de alta dirección, porque su función es «meramente técnica». El TS lo incluye en la relación común en S. de 11 de abril de 1990.

(37) STC 103/90, de 4 de junio (BOE de 5 de julio).

(38) GARCÍA-PERROTE («Una vistosa falta de concordancia...» *cit.* págs. 72-74) señala que la doctrina del TC en la S. 103/90 arranca del equívoco propiciado por las SsTC 79/83 y 1/84 que excluían de la jurisdicción laboral el caso del jefe de máquinas.

(39) En este sentido, OJEDA AVILÉS, A. «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria». *Relaciones Laborales*. 1990. Tomo I, pág. 232.

La distorsión que supone respecto del concepto legal la inclusión de supuestos donde la función del alto directivo no se contemple desde la perspectiva de la globalidad de la empresa, extendiendo el ámbito subjetivo de la relación laboral especial, no es coherente con la inspiración fuertemente liberal de la regulación de la relación de alta dirección: la regulación parte de la igualdad de partes en la relación de alta dirección, de tal manera que la extensión del ámbito subjetivo a supuestos no contemplados inicialmente supone necesariamente una merma de la posición de igualdad de las partes, al resultar en una posición contractual inferior el alto directivo-contratante que desempeña una función de menor relevancia en la empresa.

La regulación legal aparece reservada a los supuestos de funciones más altas de dirección dentro de la empresa considerada en su globalidad, de tal manera que contemplando cada uno de los sectores específicos del tráfico empresarial el ámbito de la relación puede verse notablemente ampliado, lo cual aparece contrario a la propia finalidad de la regulación legal.

Por todo ello, debe entenderse que los supuestos particulares contemplados anteriormente se incardinan en mayor medida dentro de la relación laboral común que en la especial.

Otro ejemplo de la ampliación del concepto de alto directivo, esta vez a nivel reglamentario y legal, lo constituye el artículo 8.º 1 del RD 521/1987, de 15 de abril (40), que califica a los gerentes de los hospitales del INSALUD como personal de alta dirección.

Este precepto fue declarado nulo por la STS de 30 de enero de 1992 (Sala 3.ª Ar. 728), en cuanto que regulaba la provisión de los puestos directivos.

Sin embargo, con anterioridad a la citada sentencia, la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 30 de diciembre de 1991 (BOE 31-12), en su disposición final séptima, disponía que la provisión de los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos gestionados por el INSALUD, «se efectuará conforme al régimen laboral especial de alta dirección».

La ampliación del concepto que supone esta inclusión puede deducirse del escaso encaje que puede tener la figura en el concepto legal prevenido en el artículo 1.º 2 del RDPAD.

Se modifican aquí los criterios generales establecidos en el citado precepto, acaso atendiendo a la realidad del sector público que, como señala SALA (41), se halla «enormemente diversificado en cuanto a actividades, pero escaso de diversificación en cuanto a atribución de personalidad jurídica y, con ello, carácter empresarial independiente».

(40) BOE de 16 de abril de 1987.

(41) SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos...* cit. pág. 34.

Sin embargo, ello no justifica la inclusión de un colectivo extraño al concepto legal puesto que ni tiene poderes «relativos a la titularidad jurídica de la empresa» ni tiene la «autonomía» necesaria para el desempeño de la función de alta dirección, al estar sujeto a una normativa de carácter amplio en el desarrollo de la misma.

Debe tenerse en cuenta que el poder discrecional de los altos directivos en el sector público está muy limitado: el gasto está sujeto a las normas presupuestarias, el personal en general está sujeto a la relación funcionarial, las plantillas se fijan reglamentariamente, y las actividades a desarrollar resultan en muchas ocasiones de carácter reglado. Por tanto, el encaje conceptual en la relación laboral especial de alta dirección es dudoso desde el punto de vista teórico, al estar muy limitado el poder de dirección.

Por ello, aun cuando la Administración puede actuar como empresario, su singularidad respecto del empresario privado (42) hace difícil suponer que pueda concertar relaciones de alta dirección, sobre todo cuando actúa en el ejercicio de facultades públicas.

La autonomía de la voluntad que rige esta relación laboral se compagina difícilmente con la necesidad de sometimiento a la ley y al Derecho, predicable de la actuación administrativa.

Por ello, la ampliación por vía reglamentaria del concepto de alto cargo para incluir supuestos que se apartan del concepto legal establecido con carácter general, supone una ampliación del concepto que desnaturaliza la relación laboral en este supuesto, aparte de convertir a la relación de alta dirección en una especie de «cajón de sastre», donde se incluyen los supuestos de difícil encaje en la relación común o en la civil o mercantil, aun cuando no reúnan los requisitos establecidos con carácter general.

Ello no implica que la Administración no pueda concertar relaciones laborales de alta dirección cuando actúa en el ámbito del Derecho privado, generalmente a través de las empresas públicas (43), puesto que en estos casos el poder discrecional es superior, pero entendemos que la relación laboral debe concertarse cuando se den los requisitos necesarios para la misma, sin que pueda ampliarse a otros supuestos distintos a los prevenidos con carácter general.

Dentro de esta dinámica ampliatoria del concepto, puede incluirse también el supuesto singular del entrenador de fútbol, que la jurisprudencia incluye dentro del ámbito del personal laboral de alta dirección (44).

(42) Véase por todas, STC de 18 julio de 1991 (BOE 9-8-1991) que declara que si bien la Administración puede actuar como empresario, la sumisión de la misma a la ley y al Derecho, con interdicción de la arbitrariedad (art. 9.º 3 de la CE) hace necesario el respeto al principio de igualdad en su actuación, lo cual -añadimos- es difícilmente compatible con el principio de autonomía de la voluntad que informa esta relación laboral especial. En cuanto a la selección del personal directivo, puede verse el RD 118/1991, de 25 de enero (BOE 7 de febrero), de selección del personal estatutario y provisión de plazas en Instituciones Sanitarias, artículos 20-22.

(43) *Vid.* en este sentido STSJ Andalucía de 3 de julio 1992 (AS 3570).

(44) Así, la STS de 16 de mayo de 1975 (Ar. 2592) y la STSJ Madrid de 16 de marzo de 1992 (AS 1619).

En este caso, tampoco se cumple el requisito legal, cuando exige que se refiera a poderes «inherentes a los objetivos generales de la empresa», si se tiene en cuenta que la función económico-financiera de la empresa no queda desde luego en manos del entrenador, independientemente de la autonomía con la que ejercite su función dentro de la empresa.

El análisis del concepto legal realizado anteriormente, recoge las dos líneas básicas que pueden desprenderse de la delimitación del ámbito subjetivo: la restrictiva, en cuanto a la aplicación de criterios generales, y la ampliatoria, en cuanto a la inclusión de supuestos que presentan especialidades en referencia a la relación común.

El análisis concreto del abanico de cargos dentro de la empresa (v. gr. director general, director financiero, gerente...) entendemos que no aporta ningún dato relevante al concepto de alto directivo, puesto que ya se ha señalado que la jurisprudencia ha venido reiterando que, ni tan siquiera indiciariamente, tiene valor la denominación que las partes den al cargo ocupado por el sujeto en cuestión.

Junto a ello, el casuismo que preside la interpretación jurisprudencial hace necesario un análisis caso por caso, pudiendo llevar a conclusiones equívocas si se contemplan casos concretos.

Así, por ejemplo, en el caso del director de hotel, la jurisprudencia lo incluye dentro del personal de alta dirección en ocasiones, en tanto que en otras lo excluye (45), dependiendo de sus poderes dentro de la empresa y de la existencia de otro cargo intermedio respecto del empleador.

El análisis del concepto legal *stricto sensu* nos hace concluir que, junto a una jurisprudencia que restringe el ámbito subjetivo de la relación laboral, conforme con la naturaleza de la misma, existe una línea ampliatoria para encajar diversas figuras que, sin rellenar los requisitos de la relación de alta dirección, revisten ciertas especialidades respecto de la relación común, propiciada por la inclusión a nivel reglamentario de determinados colectivos ajenos a la esencia de la relación laboral especial.

La solución dada no aparece conforme con el criterio restrictivo que debe informar la inclusión en el ámbito subjetivo, dada la inspiración liberal de la regulación de la relación de alta dirección y, en consecuencia, el plano de igualdad desde el que se contempla a ambas partes en la contratación, con especial relieve en el régimen extintivo.

La inclusión en la relación laboral común de los supuestos singulares anteriormente analizados se manifiesta como la más conforme con los principios del Derecho Laboral, especialmente con el principio de «favor» al trabajador que informa el ordenamiento laboral común.

(45) Así, incluyen al director de hotel dentro de los altos cargos las SsTS de 5 de octubre de 1982 (Ar. 6107), 5 de marzo de 1985 (Ar. 1273) y 9 de junio de 1986 (Ar. 3495). Por el contrario, la STSJ Canarias de 12 de abril de 1993 (AS 2045) lo excluye porque no tenía poderes generales y necesitaba el visto bueno del gerente para la validez de los actos que realizaba.

La problemática del ámbito subjetivo de la relación laboral debe complementarse, una vez estudiado el concepto legal en sentido estricto, por la delimitación subjetiva del concepto en relación con las exclusiones «por arriba» y «por abajo» del mismo, examinando la problemática planteada a propósito de la frontera entre la exclusión de la relación laboral y la inclusión en el ámbito subjetivo de la alta dirección, y entre la frontera entre el trabajador alto directivo y el común.

2. Los límites de la relación laboral de alta dirección.

El estudio de los límites de la relación laboral de alta dirección es también necesario para la delimitación del ámbito subjetivo de la relación laboral.

Por una parte, el alto directivo encuentra su límite «por arriba» en el empresario, lo cual no ofrece dificultades en el caso de empresario individual, si bien sí las ofrece en el caso de que el empresario adopte la forma jurídica de sociedad.

A ello hace referencia el ET cuando excluye de la relación laboral [*cf.* art. 1.º 3 c)] a los que desempeñen «pura y simplemente» la labor de consejero o miembro del Consejo de Administración.

Con ello se viene implícitamente a incluir a aquellos que desempeñan un «plus» de funciones de lo que es su labor derivada de la integración en el órgano de administración societario; con ello, se pretende combatir el posible fraude que supone la exclusión de la relación laboral de altos directivos utilizando la figura del consejero o administrador, beneficiándose la sociedad de un régimen jurídico más benévolo (46).

Sin embargo, esta «situación ambigua» (47) de los consejeros y miembros de los órganos de administración societarios no puede ser contemplada tan sólo desde la perspectiva de la función desempeñada, ya que en ocasiones se busca la inclusión en la relación laboral especial en aras de un régimen jurídico más beneficioso.

Ello viene motivado, sobre todo, por la inclusión del alto directivo dentro de las normas de protección social, concretamente dentro de la Seguridad Social, con la consiguiente prestación de desempleo, y más recientemente dentro del ámbito de protección del FOGASA; ello origina supuestos donde se busca la inclusión en el régimen laboral en base a esta «situación ambigua», planteando supuestos problemáticos, que deben resolverse desde la perspectiva no sólo de la función desempeñada sino también de la existencia de efectiva ajenidad (48).

(46) *Vid.* MARTÍNEZ MORENO, C. *La relación de trabajo especial de alta dirección*. CES. 1994, pág. 58; SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos...* *cit.* pág. 31.

(47) Así lo denomina BORRAJO DACRUZ, E. «Altos cargos laborales». Ed. *Revista de Derecho Privado*. 1984, pág. 14.

(48) Un ejemplo significativo de la preocupación existente en esta materia es la Circular de la Tesorería de la Seguridad Social de fecha 29 de diciembre de 1992 (n.º 2034), donde se analiza con minuciosidad los diversos supuestos que se plantean sobre la inclusión de los altos directivos en el régimen protector, denotando la exposición a una cierta preocupación por las situaciones fraudulentas que pueden producirse. Esta misma cautela es apreciable en la jurisprudencia del TS sobre la materia [*vid.* SsTS 3.ª de 18-4-1995 (Ar. 3347) y 4-7-1995 (Ar. 5615), entre otras muchas].

Por otra parte, la delimitación «por abajo» de la relación especial con respecto a la común también se presenta compleja, por la significativa diferencia entre los regímenes jurídicos vigentes en una u otra relación.

En este caso, la labor de distinción obliga a fijar los criterios generales para determinar los supuestos de inclusión en la relación común del denominado «personal directivo», franja subjetiva que se sitúa en el nivel inferior de los altos directivos.

2.1. Los órganos de la empresa.

El deslinde entre empresario-miembro del consejo de administración-alto directivo se muestra con contornos imprecisos, sobre todo en el caso de las sociedades.

La jurisprudencia anterior al RDPAD se despreocupó relativamente a la hora de separar el alto cargo del órgano de la empresa, dada la escasa trascendencia práctica de perfilar con nitidez la distinción: en ambos casos existía incompetencia de la jurisdicción laboral (49). Sin embargo, la entrada en vigor del RDPAD obliga a perfilar claramente ambas figuras por la inclusión del alto directivo en el ámbito del Derecho del Trabajo.

La figura societaria más común es la SA, lo cual nos lleva a apuntar diversas consideraciones sobre la administración de la misma, a fin de acercarnos a un deslinde conceptual más preciso del nivel superior de la relación laboral.

A) LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

La Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA) y el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM) (50), configuran el órgano de administración de la sociedad como un órgano necesario, con facultades de administración de la sociedad, que puede adoptar hasta cinco formas posibles de estructura:

- a) Administrador único;
- b) Varios administradores solidarios;
- c) Dos administradores que actúen mancomunadamente;

(49) RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ. «La relación laboral especial del PAD...» *cit.* pág. 173.

(50) El TR de la LSA está contenido en el RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE del 27) y el Reglamento del Registro Mercantil en RD 1784/1996, de 19 de julio (BOE del 31).

- d) Un Consejo de Administración integrado como mínimo por tres miembros, sin perjuicio de la facultad de delegación del artículo 141 de la LSA;
- e) Un Consejo de Administración o una Comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, con indicación de sus respectivas competencias.

De las formas posibles de administración de la sociedad, los Estatutos deberán optar por una de ellas, pudiendo también los Estatutos fijar otros órganos de gobierno de la sociedad.

De las modalidades enunciadas de administración de la SA, vamos a examinar separadamente cada una de ellas.

En el supuesto de administrador único, parece claro que su relación es estrictamente mercantil, quedando fuera de la aplicación del Derecho del Trabajo por la exclusión genérica contenida en el artículo 1.º 3 c) del ET, tal como ha venido reiterando la jurisprudencia (51).

Sin embargo, se suscita a propósito del administrador único que desempeña funciones de gerente su posible inclusión en el ámbito de la relación laboral especial (52), tal como se recoge en la STSJ País Vasco de 24 de enero de 1994 (53) que lo incluye; para ello argumenta que además de realizar las funciones de gerente se unía el hecho de que no era socio y de que su condición de administrador único podía ser revocada por los socios, por lo cual al haber separación entre la personalidad jurídica de la sociedad y del administrador, se afirma que desempeñaba una actividad laboral por cuenta ajena.

El supuesto planteado y la solución dada, aparte de ser contradictoria con la jurisprudencia sobre la materia, entendemos que no puede desvirtuar el hecho claro de que el administrador único debe quedar excluido en todo caso de la relación laboral, dado que las facultades de administración están atribuidas al mismo, sin perjuicio de las facultades de la Junta de accionistas sobre la revocación de administradores; el hecho de que se desempeñen funciones de gerencia junto a las propias de la administración no desnaturaliza el carácter mercantil de la relación, por lo cual entendemos que en este caso queda clara la exclusión de los administradores únicos del ámbito de la relación laboral. Debe tenerse en cuenta que el administrador único es el que desempeña las funciones empresariales en la sociedad, no estando sujeto a «criterios e instrucciones» de ningún otro órgano; en este sentido debe señalarse que la Junta de accionistas no tiene funciones ejecutivas, por lo que el administrador único actúa con total autonomía, sin que exista, por tanto, relación laboral especial.

(51) SsTS de 18 de marzo de 1989 (Ar. 1879); 5 de marzo de 1990 (Ar. 1758); 29 de junio de 1990 (Ar. 5539) y 13 de mayo de 1991 (Ar. 3906), entre otras.

(52) *Vid.* SsTSJ Catalunya de 31 de julio de 1993 (AS 3605) y TSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 1992 (AS 4106). En ambos casos se excluye al administrador único.

(53) AS 73.

Lo mismo es predicable para el caso de los administradores mancomunados o solidarios; en ambos casos, como miembros del órgano de administración de la sociedad, están excluidos de la relación laboral en aplicación del artículo 1.º 3 c) del ET.

Cuestión distinta es que, junto a los administradores mancomunados o solidarios, coexistan altos cargos con facultades de dirección mancomunadas, en cuyo caso ello no obsta a su inclusión en la relación laboral especial (54).

La problemática que se plantea con mayor amplitud lo es a propósito del desempeño de funciones en el Consejo de Administración simultaneándolas con la de alto directivo.

La jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la compatibilidad tanto del consejero con la relación especial como con la relación común (55).

Desde un plano teórico, se ha puesto de manifiesto por la doctrina mercantil (56) la compatibilidad de ejercicio entre el cargo de consejero delegado y un cargo de alta dirección; en este sentido, SALINAS (57) distingue, dentro de la actividad de la empresa, por una parte, las operaciones de mayor importancia y decisiones de planificación, y, por otra parte, la gestión diaria del negocio; las primeras funciones corresponderían al órgano de administración en tanto que las segundas corresponderían al alto directivo: la relación laboral existiría siempre que el consejero delegado se integrara en la estructura orgánica de la empresa, llevando la decisión de aspectos relativos a los objetivos inmediatos de la empresa, concepto muy similar al de gestión diaria.

La doctrina laboralista (58) también apunta similar conclusión en cuanto en este caso el consejero ejercita un «plus» respecto de su labor de administración, no limitándose al desarrollo «puro y simple» de la actividad de gobierno tal como exige el artículo 1.º 3 c) del ET para que se produzca la exclusión.

La jurisprudencia, sin embargo, matiza tales afirmaciones al declarar que, aun cuando ambas funciones son compatibles, la relación de colaboración tiene en principio naturaleza mercantil en caso de desempeño simultáneo de actividades y que lo que determina la calificación de la relación no es el contenido de las funciones sino la naturaleza del vínculo (59).

(54) STS de 13 de noviembre de 1991 (Ar. 8219).

(55) En cuanto a la compatibilidad del cargo de consejero con la relación común pueden verse las SsTS de 29 de septiembre de 1988 (Ar. 7143), 21 de enero de 1991 (Ar. 65) y 18 de junio de 1991 (Ar. 5152).

(56) En este sentido, SALINAS ADELANTADO, C. «La problemática de los "contratos blindados o paraguas dorados" en la acumulación de las figuras de Consejero Delegado y de Director General (comentario a la STS de 30-12-92)». *Revista General del Derecho*. 1993, n.º 584, pág. 4.993; VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. Bosch. 1991. Tomo I. Vol. I, pág. 677.

(57) SALINAS ADELANTADO. «La problemática...» *cit.* págs. 4.993-4.996.

(58) RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ. «La relación laboral especial del PAD...» *cit.* págs. 177-178; SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos... cit.* pág. 31.

(59) SsTS de 29 de septiembre de 1988 (Ar. 7143); 21 de enero de 1991 (Ar. 65); 3 de junio de 1991 (Ar. 5123); 18 de junio de 1991 (Ar. 5152); 27 de enero de 1992 (Ar. 76); y 11 de marzo de 1994 (Ar. 2287).

El fundamento de la exclusión, a tenor de la doctrina jurisprudencial, no está en la clase de funciones que realiza el sujeto, sino en la naturaleza del vínculo en virtud de la cual las realiza: si existe una integración orgánica en el campo de la administración social al actuar el consejero en virtud de la delegación interna del Consejo, no existe relación laboral sino mercantil.

Este criterio jurisprudencial, con ser el más importante, no es el único que fundamenta la exclusión de la relación laboral en el caso de desempeño simultáneo de funciones:

- a) La integración en la titularidad de la sociedad que comporta el ejercicio de poderes de administración, produce una exclusión del vínculo laboral (60).
- b) La no sumisión a criterios e instrucciones en el desempeño de su actividad (61).

Junto a estos criterios de exclusión, la jurisprudencia formula criterios de apreciación de la existencia de relación laboral especial en el caso de desempeño simultáneo, que matizan asimismo la amplitud del concepto:

- a) Se precisan acreditar las notas de la relación especial en caso de concurrencia de actividades (62).
- b) Los Estatutos de la sociedad tienen un valor indiciario, puesto que pueden establecer puestos diferenciados de los órganos de administración social en sentido estricto (63).

La doctrina jurisprudencial expuesta se recoge detalladamente en la reciente STS de 22 de diciembre de 1994 (64).

En dicha sentencia se señala que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, encajando en el desempeño de la labor de consejero excluida de la relación laboral por el artículo 1.º 3 a) del ET, por lo que los miembros del órgano societario están unidos por un vínculo de indudable naturaleza societaria mercantil y no laboral.

(60) SsTS de 29 de abril de 1991 (Ar. 3393) y 9 de mayo de 1991 (Ar. 3294).

(61) SsTS de 27 de enero de 1992 (Ar. 76); TSJ Andalucía de 18 de junio de 1993 (AS 2754) y TSJ Navarra de 28 de enero de 1994 (AS 24).

(62) SsTS de 14 de junio de 1990 (Ar. 5073) y TSJ Galicia de 19 de agosto de 1993 (AS 3758).

(63) SsTS de 25 octubre de 1990 (Ar. 7714); TSJ Andalucía de 18 de junio de 1993 (AS 2754) y TSJ Catalunya de 20 de enero de 1994 (AS 152).

(64) Repertorio La Ley, 14328.

Por su parte, señala la sentencia, el alto cargo desempeña actividades análogas en desarrollo de las facultades recibidas del órgano de administración, si bien la naturaleza jurídica de su relación con la sociedad es marcadamente diferente al supuesto de los administradores: en tanto que éstos son parte integrante de la propia sociedad, en el personal de alta dirección impera y concurre la ajenidad como nota fundamental y tipificadora del contrato que le une con la sociedad. En consecuencia, la inclusión o exclusión en el ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad: si hay una relación orgánica de integración del agente en el órgano de administración, cuyas facultades ejerce directamente como miembro del órgano o en virtud de delegación interna, no existirá relación laboral.

La referida sentencia concluye, para el caso de los consejeros delegados, que al ser un órgano de la sociedad mercantil, su vínculo con la sociedad no es de naturaleza laboral, sino mercantil.

De lo expuesto, se puede deducir que la doctrina jurisprudencial en caso de ejercicio simultáneo de funciones es de carácter restrictivo en líneas generales, lo cual es coherente con la excepcionalidad que significa el desempeño simultáneo de funciones en el caso de los consejeros.

La inclusión en la relación laboral especial en caso de ejercicio simultáneo, depende de la naturaleza del vínculo: no basta el contenido de la función, sino que el mismo se ejercite por un trabajador de alta dirección.

El elemento principal es que la actuación del sujeto en el caso de desempeño simultáneo, no se realice en virtud de delegación interna; junto a ello hay que tener en cuenta otros elementos complementarios: participación en la empresa, efectiva sumisión a criterios e instrucciones del órgano de administración, efectiva existencia diferenciada de órgano de gobierno prevista estatutariamente y acreditación por el sujeto de tales extremos.

El criterio restrictivo utilizado jurisprudencialmente aparece más conforme con la realidad actual de la relación laboral especial.

La progresiva inclusión en el ámbito de protección social de estos trabajadores hace que se produzcan numerosas situaciones donde se busca la calificación de la relación laboral para el devengo de prestaciones sociales.

El desempeño simultáneo de funciones se convierte así en elemento distorsionador para la inclusión en la relación laboral, por lo cual hay que observar esta situación con cautela, mayormente si se tiene en cuenta que la relación de alta dirección es más cercana a la relación mercantil del administrador que a la laboral. Por ello, entendemos que se hace necesaria una interpretación restrictiva de la materia.

Otra cuestión que puede plantearse, en forma conexas con la anterior, si se admiten supuestos de compatibilidad consejeros-altos cargos, lo es como consecuencia de la regulación de la retribución de los administradores en la LSA.

El artículo 130 de la citada ley preceptúa que la retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos de la sociedad (65).

Por tanto, la cuestión se plantea cuando el administrador asume paralelamente un cargo en la empresa (de alta dirección o en relación común), resultando retribuido tanto en su condición de administrador como en su otro empleo en la empresa, ya que esta doble retribución puede infringir el límite establecido en el artículo 130 de la LSA si no está prevista estatutariamente.

A este respecto, la doctrina mercantilista distingue el supuesto en que el segundo cargo tiene naturaleza meramente social, en cuyo caso no es aceptable la remuneración adicional del administrador si no está prevista estatutariamente, del supuesto en que el administrador desempeña como segundo cargo una función de naturaleza estrictamente empresarial o técnica, donde no sería necesaria en principio la previsión estatutaria (66).

En el caso de los altos cargos, objeto de estudio, entendemos que sería necesaria la previsión estatutaria en todo caso, puesto que ello es coherente con la finalidad del artículo 130 de la LSA, que pretende proteger los intereses de los socios evitando que puedan realizarse actos fraudulentos por los administradores, que en este caso podrían producirse burlando la previsión estatutaria mediante el devengo de una retribución adicional en su condición de alto cargo y vista asimismo la dificultad de deslindar conceptualmente la figura del administrador con la del alto directivo.

Por ello, entendemos más razonable interpretar que resulta obligada la previsión estatutaria para que el administrador pueda ser retribuido como alto cargo.

B) LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

La sociedad de responsabilidad limitada es el tipo de sociedad más común después de la SA y su regulación se contiene en la Ley 2/1995, de 23 de marzo (BOE 24 de marzo) que sustituye la Ley 19/1989, de 25 de julio. El régimen de administración establecido en el artículo 57 de la LSRL apenas varía en relación con la SA; el órgano de administración puede adoptar cualquiera de las for-

(65) Sobre la retribución de los administradores en la LSA, puede verse ampliamente a BLANQUER UBEROS, R. «La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la Junta General». *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 211-212, 1994, págs. 11-68; y a LÓPEZ DE MEDRANO, F. «En torno a la retribución de los administradores de las SA». *Revista General de Derecho*, núms. 557-578, 1992, págs. 1.029 a 10.176.

(66) *Vid.* el planteamiento que realiza más ampliamente POLO, E. «Los Administradores y el Consejo de Administración de las SA» en *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles* (Dirigido por R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA). Civitas 1992. Tomo VI, pág. 195. También puede verse a SÁNCHEZ CALERO, F. «Administradores» en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (Dirigido por F. SÁNCHEZ CALERO). Tomo IV. Madrid, 1994.

mas prevenidas para la SA a las que hemos hecho referencia anteriormente, radicando la especialidad del régimen de administración en la prohibición de competencia que pesa sobre los administradores y en que el mandato de los mismos no está limitado legalmente, a diferencia de lo que sucede en la SA (*cf.* art. 126 de la LSA).

Las consideraciones apuntadas anteriormente para el caso de la SA tienen idéntica aplicación para el caso de los administradores de la SL, si bien debemos resaltar la mayor importancia de los aspectos de participación del administrador en la sociedad, puesto que al configurarse como de dimensiones más reducidas que la SA, es apta para los supuestos de «confusión de personalidad» entre empresario-administrador-alto directivo.

En cuanto a la retribución del administrador que desempeñe funciones de alto cargo, de la finalidad de tutela de los intereses de los socios que se infiere del artículo 66 de la LSRL, entendemos que es necesario asimismo la previsión estatutaria para que el administrador pueda ser retribuido en su doble cargo, al igual que en el supuesto de los administradores de las SA.

C) LA SOCIEDAD COOPERATIVA.

Otro tipo de sociedad que plantea una interesante problemática es la sociedad cooperativa.

La Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987 (Ley 3/1987) contempla dos órganos necesarios, la Asamblea y el Consejo Rector, y otro posible, el director.

En el ámbito de la sociedad cooperativa se había manifestado que no era posible que se diera la relación laboral de alta dirección; sin embargo, la figura del director, contemplada en el artículo 60 de la ley, reúne las posibilidades de apoderamiento funcional necesarias para incluirla en la relación laboral de alta dirección (67).

Para ello, debe observarse que el artículo 60.3 de la ley, en la exclusión que realiza de determinadas facultades que no puede tener el director de la cooperativa, está haciendo referencia a facultades del empresario en su misma entidad (68), lo cual no impide su consideración como personal

(67) MARÍN CORREA, J.M. «Sociedades cooperativas y personal de alta dirección». *Actualidad y Derecho*, n.º 44. 1992, pág. 2. El autor comenta en este artículo la STSJ Canarias de 21 de abril de 1992.

(68) Las facultades excluidas por el citado precepto son:

- «a) Fijar las directrices generales de actuación en la gestión de la Cooperativa con sujeción a la política general establecida en la Asamblea General;
- b) El control permanente y directo de la gestión empresarial;
- c) Presentar a la Asamblea General la rendición de cuentas, la propuesta de imputación y asignación de resultados y la Memoria explicativa de la gestión del ejercicio económico;
- d) Solicitar la suspensión de pagos o quiebra».

Como puede observarse, queda un amplio margen para el efectivo ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, debiendo considerarse las facultades excluidas más propias del empresario, sin que limiten la posibilidad de concertar una relación laboral de alta dirección.

de alta dirección, puesto que su actuación puede rellenar los requisitos contemplados en el artículo 1.º 2 del RDPAD. Por ello, será el apoderamiento conferido en cada caso concreto al director el que determine su inclusión en la relación laboral especial o bien en la relación común.

De lo expuesto en este apartado, deben destacarse los dos puntos principales de la problemática que se plantea en esta materia: la concurrencia de las funciones de consejero y de alto directivo, y los supuestos derivados de la titularidad de la empresa. En cuanto a las primeras, ya hemos analizado anteriormente la compatibilidad de las mismas y el criterio restrictivo diseñado jurisprudencialmente que hace que la inclusión en el ámbito subjetivo tenga carácter excepcional.

En cuanto a los supuestos de posible confusión titular de la empresa-administrador-alto directivo debemos apuntar la posibilidad de acudir a la figura de la autocontratación, vedada por el artículo 1.459 del CC, para limitar la inclusión en la relación especial en estos supuestos.

2.2. La relación laboral común.

La interpretación del ámbito subjetivo de la relación de alta dirección no puede ser realizada en forma ampliatoria, puesto que el régimen jurídico de la relación especial se aparta sustancialmente de los principios que informan el Derecho del Trabajo.

Dentro del abanico personal más cercano al personal de alta dirección, se incluye el denominado «personal directivo», compuesto por los integrantes de la denominada dirección ejecutiva o personal directivo medio, especializado, que asume la rectoría de ramas de producción o de zonas geográficas concretas y, además, los mandos inferiores (69).

Los criterios que delimitan la relación especial y la relación común, deben ser entendidos en forma restrictiva para la primera, de tal manera que, en los casos dudosos, deberá restringirse el ámbito de la relación especial en beneficio de la común.

Un primer punto de diferenciación es el que hace referencia a los requisitos del concepto legal de alto directivo: en caso de incumplimiento de alguno de ellos, estaremos ante una relación laboral común.

Ello nos lleva a incluir en la relación común al personal directivo que ejercite poderes que no hagan referencia a los «objetivos generales de la empresa»; se excluyen de esta manera los directivos que atiendan a objetivos de carácter sectorial en la empresa o de carácter geográfico restringido (70).

(69) MUÑOZ CAMPOS, J. «El concepto de alto directivo...» *cit.* pág. 125.

(70) *Vid.* en este sentido STS de 17 de marzo de 1988 (Ar. 2311) para el caso del Director de Zona.

Del mismo modo, la distinción entre función económico-financiera y técnico-personal que realizábamos en el punto anterior (*vid. supra* II.1), nos lleva a excluir a los directivos que ejerciten su función en esta última parcela, por no afectar a los objetivos generales de la empresa (71).

La necesidad que surge del concepto legal de que la dependencia del órgano de administración o titular de la empresa sea «directa», hace excluir aquellos supuestos de interposición de personal de alta dirección entre el directivo contemplado y el órgano de administración o titular de la empresa (72).

La interposición de un tercero entre el directivo y el empresario, impide no sólo la dependencia «directa» del directivo respecto del empresario, sino también que el directivo actúe con «autonomía y plena responsabilidad» en el desempeño de su función, al venir limitado por la dependencia del citado tercero que generalmente supervisará el trabajo del directivo en cuestión.

Por tanto, al faltar la «delegación de primer grado» necesaria para la alta dirección, no puede existir en estos casos la relación laboral especial, debiéndose concluir que la relación es de carácter común.

Otro de los elementos del concepto legal es el del «ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa», por lo cual debe ser objeto de análisis el efectivo ejercicio de los mismos para discernir si existe relación laboral especial; así, cuando no haya efectivo ejercicio de poderes por parte del directivo, la relación será común.

En conexión con este requisito generalmente se encontrará el referido al poder de dirección: si el directivo no ejercita efectivamente poderes, lo será porque su actividad vendrá limitada en mayor medida por el órgano de dirección de la empresa; así, la dirección ejercitada sobre la función del directivo será más intensa que la que se ejerce sobre el personal de alta dirección, yendo más allá de los «criterios e instrucciones» contenidos en el concepto legal de alto directivo.

Los caracteres que señalábamos para la distinción entre alta dirección-órgano de la empresa, son asimismo aplicables en este caso.

Por una parte, el casuismo que caracteriza la diferenciación, es aplicable asimismo en relación a la distinción personal directivo-personal de alta dirección: en cada caso, deberán analizarse las circunstancias concurrentes en la relación laboral, a fin de determinar la inclusión en uno u otro régimen jurídico.

(71) *Vid.* en este sentido STSJ Galicia de 5 de febrero de 1993 (AS 743) para el caso de un Director de Personal, Administrativo y Financiero.

(72) En este sentido, SsTCT de 7 de septiembre de 1987 (Ar. 18423), TSJ Madrid de 22 de mayo de 1991 (AS 2970) y TSJ Andalucía de 29 de marzo de 1993 (AS 1614) para el caso de un Director Comercial que actúa bajo la dependencia de un Director General.

Por otra parte, la irrelevancia del *nomen iuris* que le hayan dado los contratantes a la relación, así como de la efectiva existencia de contrato de alta dirección entre las mismas, hace que en cualquier caso deba analizarse la efectiva existencia de relación laboral especial, con independencia de la denominación que las partes hayan dado a la relación. Ello hace ocioso el análisis particularizado de los diversos cargos directivos, puesto que, abstracción hecha de la denominación que le hayan dado las partes, habrá que estar en todo caso al contenido real de la prestación, por lo que en ocasiones bajo una misma denominación se encuentran relaciones que pueden ser calificadas como comunes o especiales, dependiendo del contenido de las mismas (73).

En cualquier caso, los criterios de interpretación para delimitar la relación laboral común de la especial deben ser de carácter restrictivo con respecto a esta última.

La falta de alguno de los elementos que contiene el concepto legal del artículo 1.º 2 del RDPAD debe dar lugar a concluir la existencia de relación común en el supuesto contemplado, siempre que se den los presupuestos necesarios, puesto que ello es coherente con los principios del Derecho del Trabajo, especialmente con el de «favor» del trabajador, dado que la regulación de la alta dirección está netamente inspirada en principios liberales, dando especial relevancia al principio de autonomía de la voluntad, con la consecuente merma en la aplicación de las instituciones protectoras del Derecho del Trabajo.

III. EL REFORZAMIENTO DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

1. Introducción.

El criterio restrictivo que informa la configuración del ámbito subjetivo de la relación laboral especial aboca necesariamente a un sistema de fuentes donde la norma laboral pierde protagonismo en beneficio de la normativa civil y mercantil.

La consecuencia lógica de un ámbito personal limitado, como el configurado por el RDPAD, es un sistema de fuentes de marcada especialidad, precisamente por ir dirigido a un reducido número de personal dentro de la empresa: el personal de alta dirección. Sin duda, un criterio más amplio en cuanto a la configuración subjetiva de la relación laboral, hubiese dado lugar a un sistema de fuentes, donde la norma laboral hubiese tenido un mayor protagonismo: al reducirse el ámbito personal, la norma laboral pierde fuerza, acentuándose la especialidad de la regulación.

(73) Así, el caso que ya hemos señalado del director de hotel. Generalmente, la relación de alta dirección se identifica con cargos como «Gerente», «Director-gerente», «Director General» o «Director», en tanto que el personal directivo desempeña cargos tales como « Director de Zona», «Director adjunto», «Director Comercial»... Sin embargo, los caracteres que se han apuntado hacen necesario un análisis del contenido de la relación, independientemente de la denominación, por lo cual ésta no es desde luego determinante de la naturaleza de la relación entablada.

Por ello, el sistema de fuentes de la relación laboral especial de alta dirección ofrece unas peculiaridades muy acentuadas respecto a la relación laboral común, incluyendo en gran medida principios inspirados en el Derecho Civil y Mercantil como consecuencia del plano de igualdad en que se contempla a las partes, motivado, por lo que hace referencia al alto directivo, por su reducido ámbito personal.

El artículo 3.º del RD 1382/1985, de 1 de agosto, establece el sistema de fuentes por el cual debe regirse la relación laboral especial.

Cabe destacar, como señala BORRAJO (74), que el RDPAD establece un nuevo régimen jurídico, lo cual quiere decir que no se ha venido a colmar un vacío normativo, sino que el régimen jurídico aplicable hasta la entrada en vigor del RDPAD (legislación civil y mercantil) ha resultado modificado por la entrada en vigor de la citada norma reglamentaria, que establece una nueva regulación y un nuevo sistema de fuentes.

El estudio de las fuentes reguladoras debe principiar necesariamente por el análisis de las cuestiones suscitadas a propósito de la constitucionalidad de la regulación de la relación laboral especial, para posteriormente entrar en el análisis de cada una de ellas.

2. La constitucionalidad de la regulación de la relación laboral especial.

Los aspectos que han sido objeto de debate doctrinal sobre la constitucionalidad de la relación laboral especial se han centrado en el desarrollo reglamentario de la relación y en la justificación del trato diferenciado del personal de alta dirección respecto del resto de trabajadores. En el primer caso, a propósito de la necesidad de norma con rango de ley para el desarrollo de la relación laboral especial; en el segundo caso, a propósito de la posible vulneración del principio de igualdad.

2.1. La reserva de ley.

La necesidad de norma con rango legal para el desarrollo de la relación laboral especial parte de la premisa de que las relaciones laborales, tanto comunes como especiales, son materia reservada a ley, en virtud de la garantía establecida en los artículos 35 y 53.1 de la Constitución.

La reserva de ley surge de la propia redacción del artículo 35 citado, al exigir una norma con dicho rango para la regulación del «estatuto de los trabajadores»; si éste se define como «el entramado de derechos y obligaciones básicos de los trabajadores que resulta, no sólo de una ley

(74) BORRAJO DACRUZ, E. «El personal de alta dirección en la empresa». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 22, 1985, pág. 159.

con ese nombre, sino de tantas leyes cuantas establezcan el contenido básico de las relaciones de trabajo» (75), la regulación del «contenido básico» de una relación de trabajo «especial» como la del personal de alta dirección precisaría de una norma con rango de ley que lo estableciera.

La opción del legislador ha sido la de desarrollar mediante una norma de rango reglamentario el contenido de esta relación laboral especial [al igual que ha hecho con otras relaciones especiales (76)], en virtud de la delegación contenida en el artículo 2.º 2 y DA segunda del ET (texto de 1980).

Con carácter previo, se plantea si el caso de la regulación de esta relación laboral especial por medio de reglamento es un supuesto de deslegalización, esto es, si la anterior regulación legal de la materia ha quedado vacía de regulación «legal» y ha devenido regulada por norma con rango reglamentario.

Para el análisis de este punto debe hacerse obligada referencia al artículo 2.º del ET: este precepto contiene una regulación material de la relación al tipificar la misma como especial [v. *gr.* art. 2.º 1 a)], y configurar su contenido mínimo (respeto de los derechos básicos reconocidos por la Constitución. *Cfr.* art. 2.º 2); como señala LOPERA (77), la técnica utilizada ha consistido en «recoger en una ley el supuesto de hecho con sus notas configuradoras y remitir el desarrollo específico de su regulación a un reglamento».

Debe concluirse, por tanto, que no estamos ante un supuesto de «deslegalización», sino, como se había apuntado anteriormente, ante un supuesto de «remisión normativa (78): la ley (art. 2.º 2 y DA segunda del ET de 1980) se remite al desarrollo reglamentario para regulación de esta relación laboral, fijando su «contenido básico» en los citados preceptos legales.

La cuestión que se plantea, por tanto, es la de si la técnica de delegación utilizada por el legislador puede considerarse correcta desde el punto de vista constitucional, o si, por el contrario, debió haber utilizado la vía establecida en el artículo 82 de la CE para la delegación legislativa.

BORRAJO (79) señala que, aun para el supuesto de que se entienda que existe remisión normativa, puede existir un vicio originario de inconstitucionalidad por la radical insuficiencia del artículo 2.º 2 del ET; para ello argumenta que «la ley remitente debe contener y precisar el núcleo

(75) BORRAJO *ibíd.* pág. 161.

(76) Así, la relación especial de servicio de hogar familiar, se regula por RD 1424/1985, de 1 de agosto (BOE 13 de agosto); la de deportistas profesionales por RD 1006/1985, de 26 de junio (BOE 27 de junio; CE, BOE 28 de junio); la de artistas en espectáculos públicos, por RD 1435/1985, de 1 de agosto (BOE de 14 de agosto); y la de los representantes de comercio por RD 1438/1985, de 1 de agosto (BOE 15 de agosto).

(77) LOPERA CASTILLEJO, M.J. *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*. Ed. MTSS. 1990, pág. 93.

(78) *Vid.* LOPERA *ibíd.* págs. 95-96. La citada autora concluye que constituye un supuesto de remisión normativa, y para ello argumenta que así se desprende de los antecedentes normativos (Ley 21-7-1962 y LRL de 1976), de la voluntad del legislador y de la omisión del tema en sus reformas posteriores.

(79) BORRAJO DACRUZ, E. «El personal de alta dirección...» *cit.* pág. 162.

básico de la regulación en tanto que el desarrollo reglamentario tan sólo debe establecer aspectos derivados e instrumentales». En el mismo sentido, SALA (80) entiende que la técnica de delegación utilizada en el ET es claramente insuficiente a la vista de la regulación constitucional de la delegación legislativa.

Sin embargo, el TC ha reconocido expresamente la validez del sistema utilizado por el legislador, tácitamente en la Sentencia de 1 de junio de 1983 (81), y expresamente en la Sentencia de 24 de febrero de 1984 (82).

La argumentación del Alto Tribunal se basa en que el mandato del artículo 2.º del ET «no lo es para dictar una norma con valor de ley», por lo que no resulta de aplicación el artículo 82 de la Constitución; entiende asimismo que la relación laboral especial «ha de ser objeto de una regulación separada y específica por vía simplemente reglamentaria», ya que el ET ha producido una deslegalización en la materia, sin más condicionamientos de los «derivados de la ley degradatoria».

La doctrina constitucional comentada deja sin resolver los interrogantes planteados anteriormente sobre la suficiencia de reglamento para regular la relación laboral y, concretamente, si el «contenido básico» de la relación se halla suficientemente regulado en la «ley degradatoria» (art. 2.º del ET).

A este respecto debe señalarse que el artículo 2.º del ET tan sólo se limita a calificar la relación como «especial» [art. 2.º 1 a)] y fijar como «contenido básico» de la regulación ulterior el respeto de los «derechos básicos reconocidos por la Constitución» (art. 2.º 2). Como apunta CAMPS (83), la mención del artículo 2.º 2 resulta, por una parte, totalmente superflua, puesto que la ley o el reglamento siempre deben respetar la Constitución, al ser una consecuencia necesaria del principio de jerarquía normativa; por otra parte, bordea la constitucionalidad puesto que tan sólo hace referencia al respeto de los derechos constitucionales «básicos», con olvido de otros derechos constitucionales, los cuales también deben ser respetados por el legislador.

La insuficiencia del «contenido básico» recogido por la ley de delegación resulta manifiesto, de tal manera que, con la técnica utilizada y con el deficiente contenido básico, el «estatuto» de estos trabajadores queda a discreción del desarrollo reglamentario, con incumplimiento de la garantía legal establecida en los artículos 35 y 53.1 de la CE.

La vía del artículo 82 de la CE, se configuraba como idónea para el desarrollo de esta relación laboral (y desde luego para las demás), o, al menos, una regulación material más amplia de la ley para los aspectos básicos de la relación laboral (nacimiento, extinción, fuentes...), quedando el

(80) SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*. Ed. Deusto. 1990, págs. 23-24.

(81) BJC 1983, junio, pág. 716.

(82) BJC 1984, marzo, pág. 340. En este caso, esta sentencia hacía referencia a los empleados del servicio doméstico.

(83) CAMPS RUIZ, L. en AAVV. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. 1993, pág. 718.

desarrollo reglamentario limitado a completar la regulación legal. Entendemos que, en este caso el legislador se ha inspirado en la técnica utilizada por DA cuarta de la LRL de 1976, sin tener en cuenta la radical transformación que supuso en el marco normativo la entrada en vigor de la Constitución; por ello, el instrumento de regulación, idóneo quizás en el anterior marco normativo, deviene inadecuado en el marco diseñado por la Constitución.

Debe tenerse en cuenta que el RDPAD regula tanto el estatuto aplicable al personal de alta dirección como su ámbito subjetivo, de tal manera que es la norma reglamentaria la que configura la inclusión del trabajador en una u otra relación y, por tanto, la normativa aplicable al mismo, lo cual, como se ha señalado, debió haberse regulado por norma con rango de ley.

En todo caso, la jurisprudencia del TC es uniforme (*Vid.* SsTC 1-6-1983 y 24-2-1984, entre otras) en que estamos ante un supuesto de delegación legislativa, en lo que también viene a coincidir la doctrina (84).

Ello supone que, como tal delegación legislativa, estaba sujeta a caducidad, agotándose tanto por el transcurso del tiempo (85) como por el uso que se hizo de la misma.

El agotamiento de la delegación por la expiración del plazo por el que fue concedida, llevó al legislador a conceder un nuevo plazo de doce meses para la regulación de la relación laboral especial por Ley 32/1984, de 2 de agosto, de Reforma Parcial del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, el agotamiento de la delegación por el uso que se hizo de la misma significa que no puede modificarse por vía reglamentaria la actual regulación de la relación laboral especial, a no ser que exista nueva delegación legislativa expresa para ello.

La aceptación por parte del legislador de este hecho ha sido la reciente modificación del RDPAD por la Ley 11/1994, de 11 de mayo, cuando en su DA segunda incluye las garantías del salario establecidas en el artículo 33 del ET para el personal de alta dirección; con ello, señala BORRAJO (86), se acepta que la regulación de las relaciones laborales es una muestra típica de delegación legislativa, no pudiéndose alterar el régimen reglamentario si no es con norma posterior con fuerza de ley, lo cual merece un juicio positivo.

(84) Así, IGLESIAS CABERO, M. *Relación laboral de carácter especial de alta dirección*. Civitas. 1991, pág. 26; SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos...* cit. pág. 23.

(85) Así se infiere claramente de la STC de 1 de junio de 1983, *cit.*, cuando en su fundamento jurídico sexto dice que «no parece admisible que del incumplimiento del mandato legal quepa inferir otra consecuencia que la decadencia de la delegación...».

(86) BORRAJO DACRUZ, E. Comentario a la Sentencia del TJCCCEE de 26 de diciembre de 1993, en *Actualidad Laboral*, n.º 4, enero 1994, pág. 270.

2.2. El trato diferenciado de la relación laboral de alta dirección.

Desde la perspectiva constitucional, se ha planteado la posible vulneración del principio de igualdad, reconocido con carácter general en el artículo 14 de la CE, por la regulación específica del personal de alta dirección.

Se trata de determinar si está suficientemente justificada, desde el punto de vista constitucional, una regulación específica de este personal, que se aparta en gran medida de los principios del Derecho Laboral.

La cuestión fue abordada en la STC de 1 de junio de 1983, habiéndose reiterado dicha doctrina posteriormente por el propio TC y por el TS (87).

El primer argumento que esgrime el TC es el de su conocida interpretación del principio de igualdad: «este principio no prohíbe dar tratamiento distinto a situaciones desiguales» (FJ cuarto). Partiendo del mismo, concluye que no es posible estimar la pretensión del recurrente, porque el artículo 14 de la CE lo que impide es dar un tratamiento diferenciado en situaciones iguales, «siendo precisamente la igualdad lo que está ausente en este caso, ya que la consideración de una relación de trabajo como especial implica, por propia definición, la diferencia no sólo frente a la relación ordinaria, sino también frente a las restantes relaciones especiales» (FJ quinto).

Con esta argumentación, el TC justificaba la no infracción del principio de igualdad por no haberse incluido la relación dentro del ámbito del Derecho Laboral, por falta de reglamentación específica. Sin embargo, el mismo argumento es empleado para justificar la regulación específica de la relación especial: que por su propia definición se diferencia de la común.

No obstante, la cuestión que cabe plantearse para el examen de la posible vulneración del principio de igualdad, no es el *nomen* legal de la relación (común o especial), sino sí, por una parte, existe justificación para las importantes diferencias de trato normativo, y sí, por otra parte, el personal incluido en su ámbito subjetivo rellena los requisitos que dan lugar al trato diferenciado.

En cuanto al primer punto, debe señalarse que si el alto directivo se configura como *alter ego* del empresario, y la razón de ser de su trato diferenciado se asienta principalmente en «la recíproca confianza de las partes», habrá que preguntarse si la misma justifica las diferencias en el trato normativo (88).

(87) Así, STC de 24 de febrero de 1984, *cit.*, y Auto TC de 22 de abril de 1987 (Rec. 299/86). También SsTS de 21 de diciembre de 1988 (Ar. 9887) y 19 de octubre de 1987 (Ar. 7074).

(88) SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos...* *cit.* pág. 25. También una referencia a la «recíproca confianza» como elemento diferenciador se halla en la STC 79/1983, de 5 de octubre (BJC 1983, n.º 31, pág. 1.292).

No obstante, la recíproca confianza no agota todos los elementos diferenciadores de la relación, puesto que a ella hay que unir la superior cualificación intelectual de estos trabajos y su remuneración comparativamente más alta, que hacen desaparecer en gran parte la «debilidad» en el personal de alta dirección, que corresponde generalmente a la parte trabajadora (89).

Las anteriores peculiaridades, sucintamente expuestas, ponen de manifiesto que se justifica en principio un trato desigual de la relación laboral donde el «elemento predominante» (90) es la «recíproca confianza» de las partes, lo cual le hace adquirir unas peculiaridades que justifican la regulación especial de la relación.

Más difícil es delimitar si se rellenan los elementos diferenciadores aludidos en todo el ámbito subjetivo de la relación laboral especial.

Así, un ámbito subjetivo amplio pudiera vulnerar el principio de igualdad por incluir en el mismo, bien a trabajadores cuya relación laboral participe en mayor medida de las características de la relación común, bien a personas que su situación sea próxima o análoga a la del empresario.

Ha de entenderse, por tanto, que la posible vulneración del principio de igualdad se plantea en el ámbito subjetivo de la relación laboral, tanto en su delimitación legal, a nivel de posible inconstitucionalidad de las normas, como en su delimitación jurisprudencial, a nivel de posible vulneración de los derechos fundamentales, y concretamente el de igualdad.

La existencia de un régimen jurídico diferenciado para el personal de alta dirección con respecto al personal sujeto a la relación laboral común, tiene su razón de ser en las peculiaridades de la relación que une a aquél con el empresario: la confianza existente con el empresario y el ejercicio por parte del alto directivo de poderes inherentes a la dirección de la empresa, sitúan a éste en una situación distinta a la del trabajador ordinario.

Los antecedentes normativos demuestran que este personal se hallaba tradicionalmente excluido del Derecho del Trabajo puesto que su posición en la empresa era distinta a la del trabajador común, en clara incompatibilidad con el sentido histórico del Derecho del Trabajo; por tanto, la opción legislativa de incluir a este personal en el ámbito del Derecho del Trabajo debía realizarse siempre desde la perspectiva de la especialidad de la relación, dejando a salvo las peculiaridades existentes, confiriendo mayor protagonismo al principio de autonomía de la voluntad, con las especialidades derivadas en cuanto a nacimiento de la relación, período de prueba, régimen de extinción de la misma...

(89) En este sentido, SANGUINETTI RAYMOND, W. «La extinción del contrato de trabajo "común" del trabajador promovido a un cargo de alta dirección». *Relaciones Laborales*. 1994, pág. 87.

(90) Utilizando la terminología de GRECO, citado por RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «El contrato de trabajo del personal de alta dirección: Constitución, fuentes y contenido». *Relaciones Laborales*. 1986. Tomo I, pág. 148.

Por ello, el planteamiento del análisis de la relación desde la perspectiva del principio de igualdad, debe realizarse a partir del ámbito subjetivo de la relación laboral, delimitando los supuestos en los cuales la inclusión está justificada de aquellos otros en los cuales no lo está. El ámbito subjetivo de la relación laboral que hemos analizado anteriormente responde, en líneas generales, a los requerimientos que se plantean desde el punto de vista de la igualdad.

Un concepto restrictivo del ámbito subjetivo de la relación laboral especial atiende en mayor medida a la justificación en la diferencia de trato normativo que supone la inclusión en esta relación laboral.

El artículo 1.º 2 del RDPAD restringe, como hemos señalado, el ámbito subjetivo de aplicación, incluyendo dentro de cada empresa a un grupo muy concreto de personas, cuya especialidad se asienta en el efectivo ejercicio «de poderes inherentes a la titularidad de la empresa», atendiendo a «objetivos generales de la misma», cuyo ejercicio se realice con «autonomía y plena responsabilidad».

Ello supone una justificación diferenciadora que merece un juicio positivo desde el punto de vista de la igualdad.

La delimitación jurisprudencial del concepto también tiene relevancia desde el punto de vista de la igualdad, puesto que una interpretación extensiva o restrictiva del concepto legal, puede vulnerar dicho principio en la situación jurídica particular contemplada.

En líneas generales, y sin perjuicio de las referencias individualizadas que se han realizado en el punto anterior, debe concluirse que la interpretación jurisprudencial del ámbito subjetivo de la relación laboral especial merece asimismo un juicio positivo desde el punto de vista de la igualdad.

Por último, se planteó desde la perspectiva de la igualdad, con la entrada en vigor del RDPAD, la posible vulneración del principio con relación a las relaciones nacidas con anterioridad a su entrada en vigor.

El Tribunal Constitucional (91) resolvió la cuestión en base al principio de seguridad jurídica, el cual exige que toda norma delimite un ámbito temporal a partir del cual comience su vigencia, dejando a salvo las situaciones consolidadas con anterioridad y que agotaron entonces sus efectos.

La solución dada por el TC es común a la modificación de otras situaciones jurídicas, no vulnerándose en absoluto el principio de igualdad por la sucesión temporal de las normas.

(91) Auto TC de 22 de abril de 1987, *cit.*

3. Análisis de las fuentes: el artículo 3.º del RDPAD.

El sistema de fuentes de la relación laboral especial está enumerado en el artículo 3.º del RDPAD, regulando con detalle las fuentes aplicables a la relación laboral especial.

Cabe destacar de la regulación reglamentaria la prevalencia que se le otorga al principio de autonomía de la voluntad, apartándose así del sentido protector del Derecho Laboral con respecto a los trabajadores.

Del mismo modo, destaca la supletoriedad que se concede al Derecho Civil y Mercantil, lo cual ha llevado a algunos autores a calificar el régimen jurídico como «semilaboral» (92). La prevalencia de los principios civiles y mercantiles que se desprende del sistema de fuentes (no debe olvidarse que el principio de autonomía de la voluntad es un principio civil por antonomasia) cuestionan la inclusión de la relación jurídica dentro del Derecho Laboral, puesto que se aparta notablemente de los caracteres y principios que son propios del mismo, como se pondrá de manifiesto en el análisis que se realizará en este punto.

3.1. La voluntad de las partes y sus límites.

La piedra angular del régimen jurídico aplicable a los altos directivos es la voluntad de las partes plasmada en el contrato individual de trabajo (93).

Los aspectos más sobresalientes de la relación laboral quedan al libre arbitrio de las partes; así, el nacimiento de la relación, la duración del contrato, la retribución, el tiempo de trabajo, la extinción del contrato y las indemnizaciones correspondientes a la misma. Dichos aspectos vienen limitados en forma mínima por las normas de Derecho necesario contenidas en el propio RDPAD o en las remisiones que el mismo realiza a la legislación laboral.

La dependencia del contrato individual, como señala ÁLVAREZ DE LA ROSA (94), lo es en rango elevado, por el escaso contenido de las normas mínimas del RDPAD y la remisión en bloque a la legislación civil y mercantil.

(92) MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. 1993, pág. 499.

(93) En este sentido, BORRAJO DACRUZ, E. «El personal de alta dirección...» *cit.*, pág. 13; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el RD 1382/1985». *Relaciones Laborales*. 1988. Tomo I, págs. 185-186.

(94) ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. «Extinción del contrato del alto directivo». *Relaciones Laborales*. 1994, pág. 16.

En efecto, la sujeción que predica el artículo 3.º 1 del RDPAD a sus normas incide mínimamente en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes: tan sólo se encuentran normas de Derecho mínimo en aspectos «adjetivos» de la relación laboral, como son la forma escrita y contenido mínimo del contrato (art. 4.º), el máximo de duración del período de prueba cuando el contrato es indefinido (nueve meses, art. 5.º), el máximo de tiempo de trabajo («en cuanto no configure prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente», art. 7.º), máximo del pacto de no concurrencia y requisitos objetivos del mismo (art. 8.º 3), término de vigencia del acuerdo novatorio en caso de relación laboral común (art. 9.º 2) y períodos mínimos de preaviso (arts. 10 y 11).

La exposición descriptiva anterior es significativa en el sentido que los «mínimos» establecidos por el RDPAD inciden en forma muy atenuada sobre el pacto individual, erigiéndose así éste en basamento fundamental de la relación laboral.

Aun profundizando en los mínimos establecidos por el RDPAD se observa que los mismos obedecen más a principios comunes de la legislación civil y mercantil que a una verdadera limitación de la autonomía de la voluntad de las partes.

Así, la necesidad de forma escrita y regulación del contenido mínimo, son consecuencia lógica del principio de seguridad jurídica, mayormente cuando el contrato contiene la regulación «principal» de la relación jurídica establecida entre las partes.

La regulación de un tiempo de preaviso en la extinción de la relación laboral es consecuencia de la vigencia del principio de buena fe, que hace necesario respetar un plazo, bien, desde el punto de vista del empresario, para la sustitución del alto directivo, con funciones importantes dentro del ámbito empresarial, bien, desde el punto de vista del directivo, para la búsqueda de un nuevo trabajo por parte del directivo que ve extinguido su contrato en término anterior al previsto.

También es consecuencia del principio de buena fe la posibilidad del pacto de no concurrencia y su no prolongación por un período superior al que el interés empresarial hubiera podido desaparecer fijado en dos años.

Por último, el término prevenido para el acuerdo novatorio en el caso de promoción interna, es una norma de protección del trabajador y no del alto directivo.

Por su parte, la regulación del incumplimiento por los artículos 10 y 11 del RDPAD no supone una incidencia de la norma reglamentaria en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que obedece a la propia naturaleza de la relación laboral especial, basada en la recíproca confianza de las partes, de tal manera que los supuestos de incumplimiento contractual de una de las partes puede dar lugar a la resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios, tipificándose por el RDPAD los supuestos de incumplimiento grave y anudando a los mismos la consecuencia jurídica correspondiente, en este caso, la indemnización a que tiene derecho la parte respecto de la cual se ha incumplido.

Nos hallamos, por tanto, ante una regulación detallada de la resolución del contrato que une a ambas partes que no incide significativamente en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes al regular la relación laboral.

El artículo 3.º 1 del RDPAD también limita la autonomía de la voluntad de las partes con la referencia a «las demás (normas) que sean de aplicación», lo cual, como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO (95), puede ocasionar «cierta perplejidad, cuando no inseguridad, al dejar abierta una posibilidad de eventual aplicación de alguna norma al respecto».

Sin embargo, como señala el citado autor, también puede entenderse referida la mención del precepto a una posible sujeción futura de la relación laboral del alto directivo a leyes del trabajo que puedan incluirlo en su ámbito de aplicación, o, incluso, a normas en las que pueda comprenderse el alto directivo dentro de su ámbito subjetivo (v. gr. seguridad e higiene, seguridad social).

Por último, la voluntad de las partes viene limitada por el respeto a los derechos constitucionales, no sólo por el carácter de norma suprema de la Constitución, sino también por remisión expresa del artículo 2.º 2 del ET.

Dentro del respeto a los derechos constitucionales, se incluye el derecho a la negociación colectiva que tienen los trabajadores y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, lo cual nos lleva al análisis de la posible incidencia de los convenios colectivos en la regulación de la relación laboral especial.

El artículo 16 del RD excluye a los altos directivos de los órganos de representación de la empresa, lo cual es coherente con la configuración del alto directivo como *alter ego* del empresario y con el concepto restringido de alto directivo en el RDPAD, en línea asimismo con las tendencias del Derecho Comparado (96).

La exclusión de los altos directivos de los órganos de representación unitaria de los trabajadores se justifica porque les incumbe la defensa de intereses contrapuestos a los de los trabajadores, de tal manera que su inclusión vulneraría la recíproca confianza que debe presidir esta relación (97).

(95) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «El contrato de trabajo del PAD...», *cit.* pág. 146.

(96) Así lo ponen de manifiesto BORRAJO DACRUZ, E. «El personal de alta dirección...» *cit.* pág. 177; IGLESIAS CABERO, M. *op. cit.* pág. 114; VALDÉS DAL-RE, F. «Negociación colectiva y representación del personal directivo». *Relaciones Laborales*. Tomo I. 1986, pág. 173.

(97) ELVIRA MARTÍNEZ, P.L. *La empresa y sus directivos*. Ed. Colex. 1990, pág. 63, con cita de la STS de 22 de octubre de 1987.

Ello excluye la posibilidad de que los altos directivos puedan verse afectados por los convenios estatutarios, pero no puede excluirse su derecho a utilizar la negociación colectiva, puesto que, como señala VALDÉS (98), la negociación colectiva es un derecho constitucional, no pudiendo un reglamento, que es el rango del RDPAD, desconocer dicho derecho, por lo demás recogido en el artículo 2.º 2 del ET.

Por tanto, la posibilidad de realizar convenios colectivos por parte del personal de alta dirección, debe articularse a través de convenios extraestatutarios, siendo la unidad de negociación utilizable la franja (99).

La unidad de negociación serían las asociaciones de altos directivos, si bien habría que plantearse si la eficacia personal del convenio quedaría limitada a los miembros de las asociaciones, o el mismo podría afectar a otros altos directivos en el ámbito de negociación de la asociación.

Este último supuesto, desde un plano teórico, podría darse, ya que es posible que una asociación de altos directivos negociara extraestatutariamente en un determinado ámbito, dada la amplitud con que están admitidas en la LOLS [art. 8.º 1 a)] (100).

La prelación de fuentes establecida en el RDPAD no contiene ninguna previsión al respecto, aun cuando pudiera incluirse en la sujeción «a las normas que sean de aplicación», prevenida en el artículo 3.º 1 del RDPAD.

Este supuesto no plantearía problemas respecto de la relación laboral aún no concertada, pero sí podría plantearlos respecto de la incidencia respecto de las relaciones laborales en vigor, sobre todo cuando puede incidir en lo pactado por las partes.

La visión liberal que adopta el RDPAD (101), que le llevó a no tener en cuenta el plano colectivo, hace que la primacía de la voluntad de las partes en la regulación de la relación laboral, no pueda verse modificada por un convenio posterior, respecto de los sujetos que no pertenecen a la asociación profesional en cuestión, quedando limitada por tanto la eficacia personal. Debe tenerse en cuenta que en este caso se concertaría, en su caso, un convenio colectivo extraestatutario, por lo cual la eficacia personal está limitada a los trabajadores y empresarios representados por las partes contratantes, y la eficacia jurídica es de carácter contractual.

(98) VALDÉS DAL-RE, F. «Negociación colectiva...» *cit.* pág. 172.

(99) En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ y RODRÍGUEZ-PIÑERO. «La relación laboral especial del PAD...» *cit.* pág. 226; SALA FRANCO. «La relación laboral de los altos cargos...» *cit.* pág. 94; VALDÉS DAL-RE, «Negociación colectiva...» *cit.* pág. 174. También puede verse la STSJ Andalucía de 29 de abril de 1993 (AS 2086).

(100) *Vid.* BORRAJO DACRUZ, E. *Relaciones laborales de carácter especial*. Edersa. Págs. 36-37. Plantea el citado autor la posibilidad de que estas asociaciones profesionales, a tenor de la enorme amplitud con que están admitidas, puedan constituir Secciones sindicales en las empresas en las que cuenten con altos directivos afiliados, puedan alcanzar la figura de «sindicato más representativo a título derivado», y puedan realizar negociación directa.

(101) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «La relación laboral especial del PAD...» *cit.* pág. 223.

El análisis crítico realizado en este punto nos lleva a avanzar la contradicción que supone incluir la relación de personal de alta dirección dentro del Derecho Laboral.

La potenciación de la autonomía de la voluntad derivada del principio de igualdad de partes en la relación que inspira toda la reglamentación de la misma, hace difícil encajar la relación del personal de alta dirección dentro del Derecho Laboral.

Los principios de Derecho Laboral se ven desdibujados totalmente en esta relación laboral: los principios reguladores se inspiran en el igualitarismo e individualismo, con exclusión de principios típicamente laborales como el principio *pro operario* (102) o el de estabilidad en el empleo; el plano de igualdad en que se desenvuelve la relación pugna con el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo; y, en definitiva, las funciones del alto directivo y la propia configuración del mismo en el RDPAD, con ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa y relativos a objetivos generales de la misma, le sitúan en un plano subjetivo más cercano al empleador que al trabajador, siendo más aconsejable la regulación de la relación por las normas civiles y mercantiles.

Los caracteres de dependencia y ajenidad que definen el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo resultan muy matizados en la relación concertada con el personal de alta dirección: por una parte, si bien el alto directivo se sujeta a los criterios e instrucciones directas del empresario, goza de una amplia autonomía para el desempeño de su actividad, ejercitando poderes empresariales; por otra parte, el régimen de «plena responsabilidad» de su función, así como el régimen jurídico al que viene sometido, hace que la ajenidad quede fuertemente matizada, puesto que el resultado de su actividad condiciona la continuidad y contenido de la relación.

Junto a ello, la regulación *de facto* por la normativa civil y mercantil y la teoriedad de los supuestos donde pueda tener una incidencia importante el Derecho del Trabajo (*v. gr.* negociación colectiva), hacen que nuestra postura se incline por una regulación acorde con la naturaleza de la función, esto es, dentro del ámbito civil y mercantil, y no en el ámbito laboral.

3.2. *El Derecho del Trabajo.*

El artículo 3.º 2 del RDPAD se refiere a los supuestos de aplicación del Derecho del Trabajo a la relación laboral especial.

Con carácter previo, debe precisarse el ámbito normativo que se recoge en el referido precepto bajo la expresión de «legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores».

(102) *Ibid.* pág. 186.

Debe entenderse que con esta expresión se está haciendo referencia al conjunto normativo que compone el Derecho del Trabajo, incluyéndose dentro del mismo las normas que regulan la relación individual de trabajo, las que regulan las relaciones colectivas de trabajo y las normas de Seguridad Social.

La restricción en la aplicación del Derecho del Trabajo a la relación laboral especial que se constata del análisis de la regulación reglamentaria se debe al plano de igualdad desde el que se contempla a las partes en la relación laboral especial.

Debe señalarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [*cf.* Ss. 3/83, de 25 de enero (BOE 25 enero); 65/83, de 21 de julio (BOE 21 julio) y 20/84, de 13 de febrero (BOE 13 febrero)] destaca, desde el prisma constitucional, la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho del Trabajo, en garantía de la promoción de una igualdad real de las partes (mandato dirigido a los poderes públicos en el art. 9.º 2 de la CE), lo cual exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales en orden a la corrección de las desigualdades.

En el caso de la relación laboral especial de alta dirección, al contemplarse al trabajador en un plano de igualdad con el empresario, se atenúa la necesidad de una desigualdad formal en beneficio del trabajador, lo cual aboca necesariamente a una regulación menos tuitiva o compensadora y, en consecuencia, con una menor aplicación de las normas laborales comunes.

La aplicación del Derecho del Trabajo a esta relación laboral tan sólo lo será en los casos de «remisión expresa» del RDPAD o cuando «se haga constar específicamente en el contrato» (art. 3.º 2 del RDPAD).

Por tanto, las vías de aplicación del Derecho del Trabajo son de dos tipos: de carácter imperativo (remisión expresa) o de carácter contractual (acuerdo de las partes que conste en el contrato).

Fuera de estos supuestos, no será posible la aplicación de las normas laborales en ningún caso (103).

La aplicación por remisión expresa del RDPAD incluye los siguientes supuestos:

- a) La remisión a la forma del artículo 4.º del RDPAD al artículo 8.º 1 del ET sirve tan sólo para completar la «presunción *iuris tantum*» de relación laboral especial de personal de alta dirección. No aporta ningún elemento novedoso porque es obvio que el alto directivo

(103) La jurisprudencia ha venido aplicando rígidamente este principio, aun en supuestos que cabría considerar dudosos: así, en contra de la aplicación del artículo 33 del ET por falta de remisión expresa, SsTS de 13 de junio de 1991 (Ar. 5147); 13 de julio de 1991 (Ar. 5985) y 30 de diciembre de 1992 (Ar. 10382); en contra de la aplicación del artículo 56 del ET, STS de 15 de marzo de 1989 (Ar. 2414).

presta sus servicios para un empresario a cambio de una retribución, por lo que realmente el elemento que delimita la presunción *iuris tantum* del artículo 4.º del RDPAD es la remisión al artículo 1.º 2 del mismo.

- b) La remisión a la forma y efectos del despido disciplinario del artículo 11.2 del RDPAD al artículo 55 del ET, tan sólo comprende los aspectos adjetivos del mismo. El núcleo esencial (causas del despido e indemnización) está recogido en el precepto citado o se deja a la voluntad de las partes (cuantía de la indemnización).
- c) El artículo 12 del RDPAD contiene la remisión a otras causas y procedimientos de extinción recogidos en el ET (art. 49 y ss.). Sin embargo, las especialidades en la extinción definidas en los anteriores preceptos, y sobre todo la posibilidad de desistimiento, hacen que tengan escasa virtualidad real las causas de extinción que puedan aplicarse con carácter residual al amparo de este precepto.
- d) El artículo 13 se remite a las infracciones y sanciones en el orden social, debiéndose entender la referencia hecha a la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social.
- e) El artículo 15.1 ha resultado derogado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, dándose nueva redacción por la DA segunda de la citada ley, incluyendo las retribuciones del personal de alta dirección dentro de las garantías salariales, con expresa remisión al FOGASA. Actualmente la norma vigente es la DA quinta del ET de 1995.
- f) El artículo 15.2 se remite al artículo 45 del ET para la suspensión del contrato de trabajo; esta remisión supone probablemente la incidencia más notable del Derecho del Trabajo en la regulación de la relación laboral.
- g) El artículo 15.3 del RDPAD se remite al artículo 59 del ET para la regulación de los plazos de prescripción y caducidad.

Además de estas remisiones expresas, se contiene una remisión a la costumbre laboral en el artículo 7.º del RDPAD, al limitar las prestaciones del alto directivo en cuanto a tiempo de trabajo a que «no excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente».

Dicha referencia, tal como puede apreciarse de la lectura del precepto, queda desdibujada puesto que el límite establecido en la norma es que no haya «un exceso notorio», lo cual es bastante impreciso y cuya interpretación resulta dudosa.

La otra vía de aplicación del Derecho del Trabajo es, como se ha señalado, la remisión expresa en el pacto individual.

Ello es otro elemento que denota el protagonismo que tiene la voluntad de las partes en la configuración de la relación laboral.

En este punto, hay que distinguir la naturaleza jurídica privada o pública de la norma «llamada» por el contrato (104).

Parece claro que la remisión tan sólo puede operar de las normas de naturaleza privada, no así de las normas de naturaleza pública. Pero dentro de las normas de naturaleza privada, tan sólo podrá operar la remisión respecto de aquellos que tengan carácter dispositivo.

La autorización que contiene el precepto es a todas luces excesiva, debiendo restringirse la remisión a la norma laboral, excluyendo las normas de orden público que no estén mencionadas expresamente en el RDPAD (105).

Dentro de la posibilidad de remisión normativa que permite el artículo 3.º 2 del RDPAD hay que entenderla referida también a los convenios colectivos, pudiendo producirse la llamada de los mismos en el contrato de trabajo.

Por tanto, junto a la posibilidad de negociación de convenios extraestatutarios de franja, que pueden ser aplicados para los altos directivos, la aplicación de la normativa convencional -ya sea de convenios colectivos de esta clase, ya sea de convenios colectivos para relaciones comunes- puede darse por el amplio margen de autonomía privada que concede la regulación reglamentaria a las partes.

3.3. Supletoriedad de la legislación civil y mercantil.

La supletoriedad de la legislación civil y mercantil ha llevado a calificar el régimen jurídico aplicable a los altos directivos como «semilaboral».

Observa RODRÍGUEZ-PIÑERO (106) que acaso la remisión al Derecho Civil y Mercantil ofrece una regulación menor de los aspectos supletorios de la relación laboral, que si se hubiera optado por la remisión al Derecho del Trabajo común, donde temas tales como el deber de no concurrencia, el deber de secreto, de colaboración, de auxilio... han sido mucho más desarrollados.

Sin embargo, la opción normativa de remisión en bloque a la legislación civil y mercantil es coherente con la regulación de la relación laboral especial que, como hemos significado, se aparta notablemente de los principios y fundamentos del Derecho del Trabajo, para dar mayor protagonismo a los principios civiles y mercantiles, asentados especialmente en el principio de autonomía de la voluntad. Asimismo, los antecedentes históricos a los que hemos hecho referencia explican la supletoriedad de la legislación civil y mercantil.

(104) BORRAJO DACRUZ, E. «El personal de alta dirección...» *cit.* pág. 160.

(105) SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos...* *cit.* pág. 19.

(106) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «El contrato de trabajo del PAD...» *cit.* pág. 149.

La supletoriedad de la legislación civil y mercantil se dará respecto de los aspectos no regulados específicamente en el contrato de trabajo, en el RDPAD y en la legislación laboral a la que se remite expresamente la norma reglamentaria o puedan remitirse eventualmente las partes en el contrato de trabajo.

Aun cuando, como ya se ha apuntado, los aspectos más sobresalientes de la relación laboral especial aparecen regulados en el contrato de trabajo, la supletoriedad del Derecho Civil y Mercantil y de sus principios generales, confieren cierto protagonismo a esta rama del ordenamiento jurídico en la regulación de la relación laboral especial del personal de alta dirección.

Los principios generales de la legislación civil y mercantil de autonomía de la voluntad y de buena fe se hallan recogidos expresamente en el RDPAD, con un carácter destacado. El principio de autonomía de la voluntad, el cual se ha analizado en el punto 3.1, tiene un especial relieve en la regulación de la relación laboral, siendo limitado muy matizadamente por las normas de Derecho necesario contenidas en el propio RDPAD y en la legislación laboral.

El principio de buena fe en el ejercicio de los derechos viene recogido de forma expresa en el RDPAD en su artículo 2.º. Tal como señala RUIZ VADILLO (107), acaso sea contraproducente repetir el principio en cada una de las leyes, puesto que la buena fe es un principio general que informa el ejercicio de los derechos: desde luego, la falta de mención expresa de la buena fe no eximiría en modo alguno de acomodar el ejercicio de los derechos a la misma.

Quizás el origen de la mención legal de la buena fe hay que encontrarlo en el principio que fundamenta la relación laboral y que es «la recíproca confianza» de las partes.

La mención legal de la buena fe resaltaría así el deber intensificado de fidelidad de las partes que supone la «recíproca confianza», complementando este principio específico de esta relación laboral especial. Junto a los dos principios mencionados, cabe destacar la aplicatividad de algunos principios generales que inciden especialmente en esta relación laboral, apartándose sustancialmente de los principios informadores del Derecho del Trabajo.

Así, el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales (art. 3.º 5 del ET), concreción del principio recogido en el artículo 6.º 2 del CC de prohibición de la renuncia de derechos contraria al interés o al orden público o en perjuicio de terceros (108), no informa esta relación laboral especial, de tal manera que los derechos son renunciables con los únicos límites establecidos en el artículo 6.º 2 citado.

(107) RUIZ VADILLO, E. «La responsabilidad civil y penal del trabajador directivo». *Relaciones laborales*. Tomo I. 1986, pág. 191.

(108) AAVV. (Director SALA FRANCO) *Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. 1993, pág. 233.

El principio de norma más favorable y de condición más beneficiosa, cede frente a los criterios interpretativos generales recogidos en el artículo 3.º del CC o frente a los particulares recogidos en el artículo 1.282 y siguientes para la interpretación de los contratos (109).

Por último y en definitiva, el principio genérico de «favor» del trabajador se ve desplazado por la aplicatividad subsidiaria de los principios generales de la legislación civil y mercantil, con la incidencia de los principios ya mencionados de autonomía de la voluntad o de buena fe, que contemplan en definitiva la relación jurídica desde un plano de igualdad entre las partes, con exclusión de cualquier protección a una de ellas.

La normativa civil y mercantil, de carácter subsidiario, se aplicará en los supuestos en que no esté regulado el supuesto de hecho contemplado en el contrato o en las fuentes recogidas en el RDPAD.

Sin embargo, el ámbito de aplicación «natural» de la legislación común es el ámbito externo, ya que la regulación civil y mercantil (*vid.* regulación del contrato de mandato: art. 281 y ss. del Cco., art. 1.709 y ss. del CC) incide mayormente en la actuación del alto directivo en nombre del empresario y en la eficacia de los actos realizados por cuenta del mismo con los terceros que se relacionan con la empresa. Dentro de este ámbito externo, conviene apuntar asimismo la responsabilidad penal en que puede incurrir el alto directivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.bis del Código Penal.

En el ámbito interno, la aplicación de la norma civil y mercantil tiene escasa incidencia, dado que la regulación de la relación laboral incide en la mayor parte de los aspectos, ya sea por la vía convencional, ya sea por la vía reglamentaria, de Derecho necesario o subsidiaria: la aplicación subsidiaria de las normas del arrendamiento de servicios o de las del contrato de mandato, aun cuando teóricamente posible, no parece tener virtualidad práctica dadas las amplias facultades de las partes para fijar el contenido de su relación laboral especial.

En cuanto al incumplimiento, debe destacarse que, pese a la regulación de los supuestos de extinción en el RDPAD, la aplicación de las normas generales del artículo 1.101 y siguientes del CC puede darse en caso de una actuación irregular y culpable del alto directivo; junto al despido disciplinario, el empresario puede exigir la indemnización derivada del incumplimiento, al tratarse de acciones acumulativas (110).

De todo lo expuesto sobre la remisión en bloque al Derecho Civil y Mercantil, es destacable el hecho de que los principios del Derecho Laboral quedan totalmente desvirtuados en esta relación, tal como se ha apuntado.

(109) Sobre la aplicación subsidiaria de las normas de interpretación de los contratos en caso de duda respecto del tenor literal (art. 1.281 y ss. del CC), *vid.* la STS de 30 de enero de 1991 (Ar. 196).

(110) En este sentido, RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil y penal...» *cit.* pág. 202.

La vigencia de los principios generales del Derecho Civil y Mercantil desvirtúa en gran medida el carácter «laboral» de la relación, lo cual unido al protagonismo de la voluntad de las partes para fijar el contenido de la relación y a la escasa incidencia del Derecho del Trabajo en el contenido de la misma, nos lleva a apreciar un régimen más cercano al Derecho Civil y Mercantil que al Derecho Laboral, en la regulación de la relación de los altos directivos.

3.4. *La aplicación del Derecho comunitario.*

La amplia definición del TJCCEE sobre la relación laboral, que incluiría aun las especiales del personal de alta dirección, ha llevado a plantear la aplicación del Derecho comunitario a los altos directivos (111).

Las cuestiones acerca del concepto de trabajador comunitario se plantearon por la insuficiencia inicial de las definiciones contenidas en los Tratados de las CCEE.

Ello originó una amplia jurisprudencia del TJCCEE sobre el concepto de trabajador que destacaba como características esenciales de la relación laboral la dependencia, ajenidad y remuneración salarial. Dicha jurisprudencia se originaba fundamentalmente en el campo de la libre circulación de los trabajadores, por lo cual el concepto de trabajador se elaboró con amplitud (112), entendiendo comprendidos en el mismo a aquellas personas que prestan servicios por cuenta de otra y bajo su dirección a cambio de una remuneración.

Así, es destacable el concepto contenido en la STJCCEE de 3 de julio de 1986 [asunto Lawrie-Blum (113)] que define como característica esencial de la relación de trabajo «la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, prestaciones en contrapartida de las cuales recibe una retribución». Con esta definición quedan pocas dudas de la aplicatividad del Derecho comunitario al caso de los altos directivos y, más concretamente, de la aplicatividad del principio de la libre circulación de trabajadores a los mismos.

La cuestión que ha sido más debatida en este punto lo fue a propósito de la inclusión del alto directivo en el FOGASA.

Este punto de debate, ahora solucionado por la nueva redacción de la DA segunda de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y de la vigente DA quinta del ET de 1995, que incluye expresamente al personal de alta dirección en el ámbito del FOGASA, debe ser analizado por su interés para la determinación de la aplicatividad del Derecho comunitario a la relación laboral de alta dirección.

(111) SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos...* cit. pág. 20.

(112) ESTEBAN LEGARRETA, R, *La garantía salarial a la Directriu 80/987/CEE i les seves implicacions a l'ordenament jurídic espanyol*, Memoria de Grado inédita. Universidad de Barcelona. 1994, pág. 38.

(113) Rec. 1986, pág. 2.121.

El debate a propósito de la inclusión del personal de alta dirección en el FOGASA partía de la existencia de una norma interna que impedía la aplicación (arts. 3.º y 15 del RDPAD), y de una Directiva comunitaria (80/987, en su versión modificada por la Directiva 87/164) que los incluía dentro del ámbito de aplicación.

Por una parte, en cuanto al Derecho interno, la no aplicación del artículo 33 del ET al personal de alta dirección se derivaba de una interpretación conjunta de los artículos 3.º y 15 del RDPAD, al no existir remisión expresa en los mismos respecto del citado artículo 33 (114). Por otra parte, en cuanto al Derecho comunitario, la Directiva aludida sobre insolvencia de los empresarios, parecía incluir a los altos directivos, puesto que la misma se aplicaba a todas las categorías de trabajadores asalariados definidas como tales por el Derecho nacional, con excepción de las enumeradas en el Anexo de la Directiva, entre las cuales no incluyó el Estado español a los trabajadores de alta dirección.

Planteada así la cuestión, diversos autores se inclinaron por la aplicación de la Directiva (115), en base a una reinterpretación del Derecho interno con arreglo a la citada Directiva, a fin de evitar el incumplimiento de las normas comunitarias.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la CEE ya había descartado el posible efecto directo de la Directiva, si bien había declarado la responsabilidad del Estado por los daños causados por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables (116).

El propio Tribunal de Justicia examinó el caso español en la Sentencia de 16 de diciembre de 1993 (c. Wagner-Míret) (117), concluyendo que la Directiva era aplicable al caso del personal de alta dirección, puesto que se incluía dentro de los trabajadores asalariados definidos por la legislación

(114) *Vid.* en este sentido ALONSO GARCÍA, R. «Apuntes sobre la progresiva integración judicial del Derecho Comunitario en el ordenamiento laboral español». *REDT*, n.º 37. 1990, pág. 727; BORRAJO DACRUZ, E. «Exclusión del PAD del FOGASA». *Actualidad Laboral*, n.º 1. 1990, pág. 42; FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. «Altos cargos y FOGASA: La postura del Tribunal de Justicia de la CEE». *Relaciones Laborales*, n.º 1. 1994, pág. 89. También la jurisprudencia se inclinó en este sentido; *vid.* por todas las SsTS de 13 de junio de 1991 (Ar. 5147) y de 30 de diciembre de 1992 (Ar. 10382).

(115) ALONSO GARCÍA, R. «De nuevo sobre el Derecho Comunitario, el PAD y el FOGASA». *REDT*, n.º 57. 1993, pág. 56; MARZAL MARTÍNEZ, O. y LLUIS y NAVAS, J. «Los altos cargos y el FOGASA ante un ejemplo de la incidencia del Derecho comunitario sobre el Derecho español». *Actualidad laboral*, n.º 31. 1992, pág. 555.

(116) *Vid.* STJCEE de 19 de noviembre de 1991 (c. Francovich-Bonifaci) sobre el incumplimiento del Estado italiano de la Directiva Comunitaria.

(117) Esta sentencia fue dictada en resolución de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Catalunya en Auto de 31 de julio de 1992.

española, sin que el Estado español hubiera excluido a esta categoría de trabajadores en el Anexo de la Directiva; sin embargo, seguía manteniendo la inaplicatividad directa de la Directiva, si bien declaraba la obligación del Estado de reparar los perjuicios sufridos por su incumplimiento.

A raíz de esta sentencia, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, en su DA segunda, amplió las garantías del salario del personal de alta dirección al artículo 33 del ET, zanjándose de esta manera la polémica suscitada a propósito de la aplicación de la garantía del FOGASA al personal de alta dirección.

Los anteriores apuntes son significativos de la amplitud de la definición de trabajadores asalariados manejada en el Derecho comunitario, que lleva a incluir las relaciones laborales especiales dentro de dicho concepto, con la consecuente aplicatividad de la normativa comunitaria vigente en la materia.

Dentro de la misma, interesa destacar, como ya hemos señalado, el principio de libre circulación de trabajadores, que será aplicable al caso de personal de alta dirección (118), con las consecuencias inherentes en orden a la movilidad de estos trabajadores en el ámbito comunitario.

IV. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO

En el estudio realizado se ha hecho una exposición de lo que podría denominarse «parte general» de la relación laboral de alta dirección, contemplando el ámbito subjetivo de la relación y, en conexión con el mismo, el reforzamiento que supone el sistema de fuentes que lo regulan.

Del estudio realizado, hay que destacar sucintamente las siguientes conclusiones:

- 1.º El ámbito subjetivo de la relación laboral está fuertemente inspirado en la jurisprudencia anterior al RDPAD, acogándose una línea restrictiva, configurando al alto cargo como un *alter ego* del empresario.

Por ello, el abanico personal es muy reducido dentro de la relación laboral especial, siguiendo en este sentido una línea continuista respecto de la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del RDPAD.

(118) *Vid.* en este sentido, SALA FRANCO, T. *op. cit.* pág. 20.

2.º Los rasgos más destacados del concepto legal, según la jurisprudencia, son:

- a) La necesidad de que el alto directivo reciba los criterios e instrucciones directamente del titular de la empresa, sin que quepa delegación intermedia entre el empresario y el personal de alta dirección;
- b) La autonomía y plena responsabilidad en el ejercicio de su función por el alto directivo; y
- c) La necesidad de que sus funciones vengan referidas a objetivos generales de la empresa, excluyéndose de este modo los supuestos en que la función directiva se limita a un ámbito geográfico determinado o a un sector productivo concreto.

Respecto a los elementos a tener en cuenta para la delimitación del ámbito subjetivo la jurisprudencia parte del efectivo ejercicio de poderes, siendo indiciario el apoderamiento formal, y de la irrelevancia de la calificación que hayan dado las partes a la relación concertada.

La aplicación de estos criterios jurisprudenciales da lugar a un acusado casuismo en la delimitación del ámbito subjetivo de la relación laboral especial.

3.º Dicho ámbito ha venido siendo ampliado, sobre todo incorporando al personal excluido de las Ordenanzas laborales a la relación laboral especial, cuando su inclusión no participa en todos los casos de los requisitos del concepto legal.

Así, los casos del director de periódico, del capitán de buque o de los gerentes de los Hospitales del Insalud son figuras de difícil encaje conceptual en la relación de alta dirección; sin embargo, han sido incorporadas a la misma dada la dificultad que suscita su incorporación a la relación común, lo cual es incoherente con lo restrictivo del concepto legal, aparte de que puede convertir la relación laboral especial en un auténtico «cajón de sastre», donde se incluyan supuestos de difícil encaje en la relación común o en la civil o mercantil, sin reunir los requisitos de la especial.

4.º Contrastan, por tanto, en cuanto a la delimitación subjetiva, las dos líneas básicas utilizadas: la restrictiva, en cuanto a la aplicación de criterios generales, y la ampliatoria, en cuanto a la inclusión de supuestos que presentan especialidades en referencia a la relación común.

- 5.º La delimitación del ámbito subjetivo debe completarse con el estudio de los sujetos excluidos del mismo, ya sea «por arriba» (relación civil o mercantil y órganos de la empresa), ya sea «por abajo» (relación laboral común).

Para la delimitación «por arriba» de la relación laboral especial con lo que constituye el órgano societario, la cuestión más difusa se plantea al distinguir entre alto directivo-consejero; en estos casos, hay que acudir a la naturaleza del vínculo en virtud del cual se ejercitan las funciones: si se actúa en virtud de delegación interna, no existe relación laboral sino mercantil. En estos casos, también hay que seguir un criterio restrictivo, el cual es más conforme con la realidad social actual: la progresiva inclusión en el ámbito de la protección social de estos trabajadores hacen que se produzcan numerosas situaciones donde se busca la inclusión en la relación laboral para el devengo de prestaciones sociales.

- 6.º Para la delimitación «por abajo», habrá que acudir a los criterios generales del concepto legal y concluir, en defecto de alguno de ellos, que el personal contemplado está sujeto a relación común.
- 7.º El criterio restrictivo que informa la delimitación del ámbito subjetivo de la relación laboral de alta dirección, se ve reforzado con el sistema de fuentes establecido.
- 8.º En materia de fuentes, se ha cuestionado la constitucionalidad del desarrollo reglamentario de la relación; la técnica utilizada está inspirada en la recogida en la LRL de 1976 (delegación legislativa al ejecutivo para que dicte el reglamento de desarrollo de la relación laboral especial), sin tener en cuenta que la Constitución supuso una radical modificación del marco normativo; la norma con fuerza de ley es más idónea desde la perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta que la reserva de ley es garantía establecida en el artículo 53.1 para el desarrollo de lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución.
- 9.º La norma de remisión (art. 2.º del ET y DA segunda) tiene un contenido insuficiente para el ulterior desarrollo reglamentario, de tal manera que el reglamento ha sido el que ha regulado los rasgos esenciales de la relación laboral.

La norma reglamentaria (RDPAD) ha delimitado además el ámbito subjetivo de la relación laboral especial, de tal manera que es el reglamento el que rellena de contenido el artículo 2.º 1 a) del ET, definiendo cuándo una relación laboral es de alta dirección y cuándo es común.

10. La prelación de fuentes establecida en el artículo 3.º del RDPAD confiere un amplio protagonismo a la autonomía de la voluntad de las partes, apenas limitado por las normas de Derecho necesario del propio RDPAD o de las normas a las que se remite.

Debe destacarse la aplicación de las normas comunitarias en el ámbito de los trabajadores asalariados para el caso de los altos directivos.

11. La regulación del sistema de fuentes hace que el contenido de la relación quede prácticamente a la voluntad de las partes en sus aspectos más esenciales, quedando patente una clara inspiración de toda la regulación en los principios civiles y mercantiles, con la consiguiente merma de las instituciones protectoras del Derecho del Trabajo, lo cual, unido a que la dependencia y ajenidad están muy matizadas en esta relación, nos lleva a concluir que hubiera sido más coherente, en este estado de cosas, optar por su regulación en el ámbito que le es más propio, esto es, el civil y mercantil.

Por su parte, la aplicación de la normativa laboral se hace por remisión expresa, y se prevé respecto de aspectos adjetivos de la relación, con escasa trascendencia en su contenido.