

Ensayos

CARGOS DIRECTIVOS (*)

SUMARIO:

- I. *Introducción.*—II. *Primera aproximación analítica del artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo:* II.1. Razón de su exclusión de la legislación laboral. II.2. Otras cuestiones suscitadas por el precepto.—III. *Panorama evolutivo:* III.1 El antiguo criterio de la eliminación de los titulados y directivos. III.2. Su consideración como trabajadores independientes y colaboradores de la Empresa. III.3. La moderna consideración de los directivos como trabajadores por cuenta ajena. III.4. Refundición jurisprudencial.—IV. *Examen detallado de su regulación en Reglamentaciones y Ordenanzas laborales:* IV.1. Consideraciones previas. IV.2. Encuadramiento sistemático de la exclusión. IV.3. Reglamentaciones que guardan silencio al respecto. IV.4. Reglamentaciones que, regulando el problema, no contienen distintos supuestos de los del artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo. IV.5. Reglamentaciones que contienen alguna peculiaridad.—V. *Los cargos directivos y la Seguridad Social.*—VI. *Conclusiones.*

I

INTRODUCCIÓN

El problema de la regulación jurídica de los altos cargos, en lo que a la Empresa privada se refiere, tiene amplia acogida en lo preceptuado en el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo, norma en la que cabe apreciar, no sólo un planteamiento estrictamente laboral, sino también de remisión a otras materias jurídicas, e incluso, a aspectos de simple organización industrial, como iremos viendo a lo largo de nuestro desarrollo.

El artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo, dispone:

«No regirá esta ley para las personas que desempeñen en las Empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, características de los siguientes cargos o de otros semejantes:

(*) Trabajo de la Sección de Política Social. Fueron ponentes: doña María Isabel Pérez Llinás, don Carlos Molero, don Tomás Sala y don Fernando Valdés.

Director general o gerente de la Empresa, subdirector general, secretario general, inspector general y excluidos de las correspondientes Reglamentaciones.»

Dada la vaguedad en la redacción del artículo no es extraño que el tema de los «altos cargos» haya constituido motivo de estudio e investigación, tanto por la doctrina científica, como por la jurisprudencia; la última de las cuales ha venido a configurar, de forma vacilante, a veces, y casuística, las más, los límites de aplicación del citado artículo, como examinaremos en el apartado III.4.

En cuanto a la doctrina, bastaría citar, para justificar el interés que el tema suscita, la atención que le dedican los profesores Bayón: «Se ha querido ver en quienes desempeñan los cargos directivos una situación intermedia entre el empresario y el trabajador, dado su situación predominante en la Empresa y su vinculación a los problemas financieros de la misma y la importancia de sus emolumentos» (1); Alonso Olea, quien hace hincapié en la distinción entre representantes necesarios de las Empresas organizadas en forma societaria y el personal directivo en sentido estricto (2); Alonso García, quien refleja la división de posiciones doctrinales, considerando la relación como laboral, como no laboral, o como aquellos para los que se trata de una cuestión de hecho a resolver ante cada caso particular (3), y, en general, cuantos se plantean el tema de los sujetos del contrato de trabajo.

Pasemos, pues, a analizar los aspectos más interesantes de la cuestión.

II

PRIMERA APROXIMACIÓN ANALÍTICA DEL ARTÍCULO 7.º DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

II.1. *Razón de su exclusión de la legislación laboral*

El citado precepto comienza anunciando cómo la ley de Contrato de trabajo no será la norma por la que se rijan los altos cargos.

Se plantea aquí, pues, el primero de los problemas a analizar. Cuestión que por lo demás ya ha sido solucionada por doctrina y jurisprudencia rei-

(1) BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, 8.ª ed. revisada, Madrid, 1972, págs. 325 y sigs.

(2) ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1971, págs. 17 y sigs.

(3) ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*, 3.ª ed., Barcelona, 1971, páginas 330 y sigs.

teradas que localizan tales contratos en el ámbito del arrendamiento civil de servicios. Cabría preguntarnos el por qué de esta exclusión. Quizá el legislador estaba pensando en dejar escapar los despidos de los que desempeñan este tipo de funciones de las normas estrictas de la ley de Contrato de trabajo y, en especial, del artículo 77 de la misma, dado el matiz excesivamente sutil que el acierto o desacierto del desempeño de estos puestos lleva consigo. Quizá estuviese pensando en la dificultad de encajar el contenido de los contratos de dirección en las normas de los artículos 60 y siguientes de la ley de Contrato de trabajo. Quizá, en fin, estaba pensando en las peculiaridades que con frecuencia se dan en las retribuciones de estos puestos y en las dificultades de control de los mismos, caso de encajarlas en el campo puramente laboral (4).

Pero todo ello, en definitiva, constituye materia ampliamente estudiada por nuestra doctrina, y en cualquier caso, los hechos son ya inmodificables, y el único punto interesante es el de las consecuencias prácticas de los mismos, y la primera de ellas, no cabe duda que es la que ya se ha avanzado de normativa aplicable: se trata de un arrendamiento civil de servicios. Bien, pero ¿dónde encontramos unas normas suficientemente específicas como para remitirnos a ellas ante el silencio, la oscuridad o la insuficiencia en las cláusulas de los contratos que estamos estudiando? (Porque es claro, por ahora, que no existen usos consagrados a los que remitirse.)

Poco nos ayudan en este sentido los artículos 1.583 al 1.587 del Código civil, en que sólo se nos ofrece la prohibición de arrendamiento de servicios hecho por vida bajo pena de nulidad (5), y normas poco utilizables sobre despido, pensadas para trabajos de carácter agrícola o familiar (6).

Resultando, pues, inútil este primer nivel de regulación específica, tendríamos que seguir avanzando en lo que podríamos denominar «escala de aplicabilidad subsidiaria de normas», y que se constituiría de la siguiente forma:

1. Normas sobre el contrato en especial. (Ya analizadas.)
2. Normas generales sobre arrendamientos.
3. Teoría general de contratos: artículos 1.254 y siguientes del Código civil.
4. Teoría general de obligaciones: artículos 1.088 y siguientes del Código civil.

(4) Además, por supuesto, del carácter representativo, tan estudiado ya. Ver punto III.3.

(5) Art. 1.583, por último, «El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo».

(6) Aunque se cite en el art. 1.586 «artesanos y demás trabajadores».

El segundo de los niveles de la escala resulta aquí también de dudosa aplicación, pues las normas pensadas para un arrendamiento de obra o de cosa en el campo de lo civil, es difícilmente utilizable a la hora de obligarse a desempeñar un puesto de dirección.

Nos quedaría, pues, en último término, como materia normativa por la que regir este tipo de contratos, la teoría general de obligaciones del Código civil, que por sus características fueran identificables con las asumidas por el empresario individual o societario y el director contratante. Lo cual no hace sino emplazar un contrato de dirección en una situación muy similar a la de un contrato atípico, al menos dentro de la normativa civil, porque de otro lado será difícil también que el desempeño permanente y estable de funciones de dirección sea encajable en los moldes del mandato o de la comisión mercantiles o pueden ser regidos por las normas que sobre los factores nos ofrece el Código de Comercio.

Así, pues, tenemos ante nosotros un titular jurídico individual o societario de una Empresa determinada frente aquél que va a asumir la responsabilidad de la gestión del tráfico ordinario de la misma, ambos con plena libertad para celebrar un acuerdo en el que podrán incluir cualquier tipo de cláusulas o estipulaciones siempre que no atenten contra esos amplísimos límites que constituyen lo ilegal, lo inmoral o lo contrario al orden público o a las buenas costumbres (art. 1.255 del Código civil), y construyan el contrato con voluntad consciente, inteligente y libre, con objeto cierto determinado posible y lícito, y cuenten con una causa que no incurra en torpeza manifiesta.

En definitiva, un contrato en el que con todas las variedades que sobre causas de despido, retribución u obligaciones de las partes, se pueden imaginar, una de las partes participará en la producción, prestando voluntariamente sus facultades intelectuales, obligándose a prestar un servicio a un empresario o persona jurídica de tal carácter, bajo su dependencia y mediante una remuneración. Lo que como para todos es evidente es, paradójicamente, fiel resonancia de lo que el artículo 1.º de la ley de Contrato de trabajo entiende por contrato de trabajo.

Si ahondamos más en los efectos constitutivos de tal precepto, podemos observar que a la hora de aplicar a los altos cargos la labor de acoplamiento, no resulta especialmente difícil dado que:

- a) Hay una indudable participación en la producción aquí de una forma indirecta, no a través de la «línea», sino del desarrollo de altas funciones que determinarán la actividad, tanto de la «línea» como del *staff*.
- b) Hay un ejercicio voluntario de facultades intelectuales, pre-

dominantemente intelectuales, dada la dificultad de separar uno de otro matiz.

c) Hay una obligación de prestar un servicio de las características señaladas.

d) Hay un empresario que posiblemente en estos casos será un miembro del Consejo de administración, con titularidad jurídica sobre la Empresa a través de la forma de Sociedad anónima.

e) Hay una indudable dependencia de tal titularidad jurídica, y quizá en este caso más acusada que en otros, porque, indudablemente, los puestos de alta dirección soportan una influencia de criterios, de señalamiento de directrices, de márgenes de funcionamiento, de extensión de poderes y facultades, de uso de firma, de limitaciones ante el volumen económico de las operaciones, etc., mucho mayor que la presión que pueda existir sobre el simple peón o el auxiliar administrativo.

f) Hay una remuneración, ciertamente con una serie de peculiaridades sobre el simple salario o sueldo mensual del trabajador tipo, pero ello no es impedimento desde el momento de que la propia ley de Contrato de trabajo obvia tal dificultad al admitir la remuneración bajo cualquier forma o clase, estando incluso previstas modalidades en los artículos 42 y siguientes, como la comisión o la participación en beneficios, modalidades que, por otra parte, vienen ya preconizadas por nuestro Fuero del Trabajo, por citar una norma de solera, o mucho más recientemente por el III Plan de Desarrollo, que dedica una especial atención a esta materia.

Sería arriesgado, sin embargo, deducir de lo dicho hasta aquí, que existe una clara contradicción entre los artículos 1.º y 7.º de la ley de Contrato de trabajo. Sí parece, sin embargo, paradójico el hecho de que siendo tan difícilmente encajable en el arrendamiento civil de servicios un contrato de este tipo y tan fácilmente en la declaración inicial de la ley de Contrato de trabajo, haya que encajarlos en el campo civil y excluirlos, al menos a estos efectos (no estamos refiriéndonos aquí a otras materias como la Seguridad Social) (7), del campo laboral.

Además resulta indudable el desarrollo de un fenómeno que podríamos denominar «ampliación conceptual» del término trabajador en los últimos años. Fenómeno que comienza siendo puramente sociológico e incluso podríamos decir, que puramente social en el sentido peyorativo de la expresión,

(7) De la que damos ideas generales, sin embargo, en el punto V.

pero que ha entrado de lleno en la regulación jurídica, y es lo cierto que hoy día ni la realidad social, ni el Derecho, que por su propia esencia va persiguiéndola de cerca para regularla, se encandalizan de que un ingeniero, un asesor jurídico, un médico de Empresa, se rijan en su vida profesional por la regulación laboral y tengan consideración de trabajadores, dejando lejos ya la época en que el término sólo resultaba aplicable a los que desempeñaban funciones puramente manuales, sin poseer especialización ni titulación alguna. Es, en definitiva, el tránsito de la época del patrono-obrero a la época de la Empresa-trabajador.

II.2. Otras cuestiones suscitadas por el precepto

Hasta aquí, pues, el primero de los problemas que plantea el precepto que venimos comentando, si bien no el único.

Se mencionan en el mismo como funciones características de cargos que por su calidad deben quedar excluidos de la normativa laboral, las de alta dirección y alto gobierno, lo que, en definitiva, no son sino expresiones empleadas como sinónimas y cuyo paralelismo no plantea problema alguno. No ocurre, sin embargo, lo mismo con el tercer término que el precepto parece querer igualar a los anteriores al decir «o alto consejo». La sociología industrial ha consagrado ya (recordemos la obra de Miller y Form) (8), los conceptos de línea y de *staff*, como ramas que aun dentro de sus diferencias son igualmente incluíbles dentro de la ajenidad y la dependencia en cuanto unos y otros vienen a participar igualmente en la producción, si bien unos de forma directa y otros indirecta, ambos tienen cabida en los organigramas que desde Fayol se institucionalizan como plasmaciones gráficas de las organizaciones empresariales e incluso una y otra rama tienen sus puntos de conexión y su valoración jerárquica cohesionada.

Si entendemos, pues, que este «alto consejo» se refiere a la simple inclusión en el *staff* de la Empresa, es difícil ver claramente la causa de su exclusión de la ley de Contrato de trabajo, máxime cuando la jurisprudencia laboral, si bien no con respecto a este tema, ha concretado el concepto de puesto de dirección como aquél desde el que se asume el mando y la responsabilidad sobre la totalidad de la Empresa, lo que no es, desde luego, aplicable a las distintas asesorías.

Si parece clara la razón de exclusión, sin embargo, si se está pensando en

(8) D. C. MILLER y W. H. FORM: *Sociología industrial*, Madrid, 1969, págs. 153 y siguientes.

el informe y asesoramiento esporádico y eventual que una Empresa puede solicitar del profesional libre, sea en el aspecto jurídico, económico (pensemos en los analistas de balances), en el técnico o en el organizativo. Estos serían casos claros de arrendamiento, con el único problema de su naturaleza en aquellos supuestos de alto consejo facilitados a Sociedades mercantiles por otros también mercantiles que permanentemente tienen como objeto el facilitar este tipo de informes.

Resulta, en tercer lugar, ineludible el hacer notar la inutilidad de enunciar en el precepto que analizamos los cargos de dirección que se mencionan, después de haber dado ya una cláusula suficientemente amplia, como es la que se refiere a las funciones, y de añadir al final de su párrafo primero una nueva cláusula general como es la contenida en la expresión «o de otros semejantes».

Tal enunciación, ni puede aspirar a constituirse como *numerus clausus* en una materia en que la dinámica es tan acusada, ni de hecho aspira desde el momento en que engloba en las altas funciones las constitutivas de tales cargos.

No es momento de entrar en la existencia real con carácter general de algunos de los cargos que se mencionan, pero sí de considerar la existencia hoy día de Organos que con carácter colectivo desempeñan las funciones de alta dirección a las que se refiere el precepto especialmente a través de las llamadas Comisiones ejecutivas, de ordinario constituidas en alguna de las siguientes formas:

- a) Gerencias y Jefaturas de división o departamento.
- b) Consejeros delegados y Gerencia.
- c) Consejeros delegados, Gerencia y Jefaturas.

En estos casos se abre una nueva problemática.

¿Es aplicable la exclusión a las personas individuales por el hecho de integrarse en el Organó colectivo?

¿Es aplicable al Organó solidariamente?

¿Es sólo aplicable a aquéllos que además de formar parte de tales Comisiones ostentan los puestos que en el precepto se mencionan?

Hablamos antes de la acusada dinámica de esta materia. Es esta una de sus manifestaciones, muchas otras serían pensables. En cualquier caso resulta evidente que las relaciones entre la titularidad jurídica de la Empresa y lo que podríamos considerar como primer nivel ejecutivo, están afectadas de una serie de problemas, unos de ellos jurídicos (delegación de poderes, uso de firma, representatividad, etc.), otros organizativos (desconcentración de fun-

ciones, etc.), otros sociológicos (integración en la élite social de la que nos habla Mills), otros de capacitación (escuelas de dirección de Empresas, ramas especializadas en carreras universitarias tradicionales, etc.), y otros, en fin, cuyo simple enunciado excedería nuestras posibilidades.

En cualquier caso, únicamente interesa reseñar ahora cómo la materia es quizá de las más flúidas con las que el Derecho puede tropezar y, por consiguiente, de las que ofrece mayores dificultades de tipificación.

Por último, hay que hacer una referencia al último párrafo del artículo en que menciona las Reglamentaciones de Trabajo, como índice de exclusión. Es cierto que ante las dificultades que la apreciación o no de la dependencia en algunos supuestos ha venido ofreciendo, la jurisprudencia ha revalorizado las previsiones de las Reglamentaciones y Ordenanzas como factor determinante de inclusión o exclusión del ámbito laboral. Sin embargo, no por ello deja de ser paradójico que sean las propias Ordenanzas las que al tratar de su ámbito de aplicación personal copien textualmente el contenido del artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo a efectos de exclusión, con lo que nos encontramos con una reciprocidad de normativas que en principio parece innecesario, mientras las distintas Ordenanzas no procedan a tipificar los cargos excluidos con mayores previsiones que la ley de Contrato de trabajo, para lo que cuentan con la ventaja de la concreción a una determinada rama de actividad en la que puede resultar más viable el uniformar los puestos y órganos de dirección que resulta, sin embargo, imposible para una norma que como la ley de Contrato de trabajo ha de regular las más variadas manifestaciones de la agricultura, industria y los servicios, así como las actividades neutras.

Únicamente añaden algunas Reglamentaciones algo nuevo al excluir de su ámbito trabajos por lo demás tan claramente excluibles como los de agentes a comisión, técnicos profesionales libres y similares (9).

En conclusión, pues, materia ésta con perfiles paradójicos, afectada de un profundo dinamismo, con una contratación civil a pesar de su encajabilidad en el artículo 1.º de la ley de 26 de enero de 1944, y que hace pensar en el problema que plantea en ocasiones la denominación de los contratos a que se refiere el precepto mencionado. Y qué entender por denominación: ¿La que fijen las partes?; ¿La de la ley?; ¿La de los contratos mixtos coligados o complejos?; ¿Únicamente la de los atípicos?

Estamos, indudablemente, ante materia necesitada de profundización y cuya problemática aquí, sólo hemos pretendido desvelar, para pasar ahora a examinar con mayor detalle alguno de sus aspectos.

(9) Entiéndase como avance de lo que luego se detallará en el punto IV.

III

PANORAMA EVOLUTIVO (10)

III.1. *El antiguo criterio de la eliminación de los titulados y directivos*

La más antigua distinción entre prestaciones de servicios, en atención a la naturaleza de las funciones desempeñadas, se encuentra ya en el Derecho romano, al diferenciar *operae iliberalis* y *operae liberalis*, refiriendo tal distinción al carácter manual o intelectual de dicha prestación, con sus correlativos *locatio conductio operarum*. Los trabajos de carácter manual suelen tener en estas distinciones una acepción servil, carácter continuado y un tanto esclavizante del trabajador, totalmente opuesto al trabajo liberal, sin sujeción, por su naturaleza distinguido, sin percepción de salario, sino de honorarios por función y, en general, de tintes elevados, con la consiguiente iniciativa y responsabilidad.

Esta distinción romana se fue arrastrando a lo largo de los años y, con el nacimiento del Derecho del trabajo vuelve a aparecer, por el fin protector, reivindicatorio del mismo, al ser su principal móvil la defensa del obrero frente a los abusos patronales, y, en tal sentido, se entiende no necesaria la defensa de los intelectuales, titulados, por la fundamental razón socioeconómica de su mejor situación en la Empresa, tanto desde el punto de vista de la remuneración como en su vinculación funcional y dependencia respecto al poder directivo de la misma.

Este criterio fue inspirador de las primeras legislaciones y, en cierta forma, sigue vigente en muchas de ellas, aunque su justificación doctrinal es dudosa, ya que si el *status* socioeconómico es el determinante de la distinción, se vendría a caer indefectiblemente en una concepción cuantitativa del Derecho del trabajo, además de mantener una idea del mismo del carácter servil y dependiente y no el de colaboración en la producción, como medio fundamental de vida que debe inspirar las normas laborales.

Nuestra legislación positiva actual parte de la redacción anterior del artículo 7.º, que determinaba:

«No regirá esta ley para los directores-gerentes y altos empleados que, por la representación que puedan ostentar en las Empresas, por

(10) No se pretende ahora la profundización en las distintas concepciones, sino plasmar la dinámica de su proceso, lo que exigirá alguna reiteración sobre el punto II.

su elevada capacidad técnica, importancia de sus emolumentos y por la índole de su labor, puedan ser considerados independientes en su trabajo.»

El criterio seguido, como resulta claro de su lectura, es múltiple respecto de los motivos de su exclusión, atiende a su formación técnica, representación del empresario, alta remuneración y naturaleza directiva de las funciones, superando la distinción de trabajadores simplemente manuales o intelectuales, entre titulados y operarios, aunque el criterio múltiple no atendiera al superior de distinción entre directores del trabajo y directores del negocio como más comprensivo y correcto.

Ello llevó al error fáctico de considerar al directivo técnico como comprendido en el concepto de alto cargo y, en general, la jurisprudencia siguió aplicando el concepto de directivo identificado con el de trabajador intelectual y titulado, considerando que la dificultad de recibir instrucciones técnicas respecto al contenido de su labor y su alta remuneración le excluían de la prestación de servicios laborales, refiriendo los mismos a la idea de subordinación, dependencia y remuneración fija, sin considerar que el contenido de una profesión liberal y su iniciativa consiguiente, es una característica más del trabajo, pero puede no llevar consigo el poder de dirección. Su autonomía puede ser únicamente referida a la forma de ejecutar el trabajo que le ha sido encomendado, su responsabilidad derivar de su misma profesión y formación técnica, pero no necesariamente esta independencia se manifiesta respecto de la totalidad de la Empresa.

III.2. *Su consideración como trabajadores independientes y colaboradores de la Empresa*

El común error analizado en el punto anterior llevó a la consideración general de que los cargos directivos de las Empresas no eran trabajadores, sino colaboradores de la misma, en base a su independencia en la manera de llevar a cabo sus funciones, desconociendo lo que, según Mazzoni, es en sentido específico la colaboración laboral: «Ejercicio de aquellas facultades encominadas directamente a integrar, y eventualmente a sustituir la actividad del titular de la Empresa, ya en el campo técnico, ya en el administrativo.»

La colaboración, en la interpretación que se daba, era sinónimo de «independencia técnica» en el desempeño de sus funciones, con lo cual se incidía en los criterios que anteriormente se han descrito.

La aplicación de estos conceptos parte fundamentalmente de la antigua:

distinción entre trabajadores manuales y trabajadores titulados, con un pobre concepto de dependencia laboral, entendiéndose ésta como dependencia de ejercicio o funciones referidas únicamente a la manera de desarrollarse y no en el sentido amplio y general de «dependencia de fin».

Estos criterios apuntados condujeron a la consideración doctrinal de considerar a los cargos directivos como «no sujetos de un contrato de trabajo» con la consiguiente inexistencia de vínculo laboral, alegando la mayoría de las veces el supuesto jurídico del autocontrato, con lo cual se hacía difícil explicar supuestos de protección de carácter laboral, derivados en casos normales de una prestación de servicios.

La jurisprudencia, la práctica, la doctrina y todos los distintos sectores relacionados con el mundo del Derecho de trabajo han ido evolucionando hasta llegar al punto que a continuación se analiza.

III.3. *La moderna consideración de los directivos como trabajadores por cuenta ajena*

El análisis de la verdadera relación que liga al empresario con el cargo directivo de la Empresa nos lleva inmediatamente a su consideración como trabajadores por cuenta ajena, si bien la especial característica del contrato de trabajo, por los poderes que el directivo ostenta, hace que se exceptúe del ámbito de la ley de Contrato de trabajo, interpretación lógica del vigente artículo 7.º de la ley, que establece y regula una excepción de aplicación derivada de la naturaleza de las funciones, no una exclusión que se apoye en las diferencias de la relación.

Partiendo de esta previa cuestión, la de su conceptualización como trabajadores por cuenta ajena, se puede llegar fácilmente al estudio de sus peculiaridades y características, presupuestos y actuales criterios jurisprudenciales.

Hay que tener en cuenta, como principal característica de los trabajadores que ostentan cargos directivos, que son los más íntimos colaboradores del empresario, en el sentido de colaboración anteriormente expuesto, en una tarea de marcado valor organizativo, con amplio poder autodeterminador, superioridad jerárquica sobre el resto del personal y responsabilidad directa ante el empresario y representación de éste interna y externa.

Este conjunto de características, no una sola de ellas, será el determinante de su conceptualización de trabajadores exceptuados, en razón del alto cargo ostentado, haciendo abstracción total de la remuneración, que para nada indicará su posición, y sí únicamente su capacitación y formación profesional.

El ostentar poderes propios del empresario, por sí sólo, no determina el

ser alto cargo, es un fenómeno de delegación de funciones que, a todos los niveles de la Empresa puede presentarse (11).

Por otra parte, hay que tener siempre presente que la dependencia laboral, por sí sola, tampoco puede hoy considerarse como la característica esencial del contrato de trabajo y, ni jurisprudencial ni doctrinalmente puede servir de base para la diferenciación, ni aún entendiéndolo como dependencia su doble aspecto: jurídico-personal, en cuanto poder de dirección y gestión del empresario, sin suponer sometimiento, y por cuenta ajena, con lo que queda excluido el riesgo de Empresa, ya que el cargo directivo, en esta doble vertiente, ostenta idéntica posición a los demás trabajadores, e incluso aparece acentuado al ser responsable directo de la ejecución de los acuerdos adoptados por los organismos superiores de la Empresa, aunque colabore con ellos en la orientación del negocio, lo que, por supuesto, no desvirtúa su concepción.

Por todo ello habrá que acudir, en cada caso, a analizar el conjunto de características que reúne el trabajador en cuestión, sus funciones y, sobre todo, si las mismas van referidas a la Empresa en todas sus facetas, ya que el director técnico, el administrativo, etc., podrán ser trabajadores de gran categoría, pero no verdaderos directivos.

Una vez expuestos el concepto y características de esta especial categoría de trabajadores, conviene deslindar esta figura de otras, como son los «trabajadores de calificación jurídica dudosa», cuyos presupuestos son totalmente distintos de los trabajadores que ostentan cargos directivos.

Los primeros a quien se dirige la atención es a los que ostentan cargos de consejeros en las Empresas organizadas de forma societaria, personas físicas que encarnan necesariamente la persona jurídica, en carácter de representantes. En estos casos el presupuesto inicial es radicalmente opuesto al caso de los trabajadores directivos ya que en él no existe un contrato de trabajo.

Otros supuestos que aparecen como figuras de difícil caracterización son los comisionistas, representantes, etc., personas amparadas por la legislación laboral, aunque la existencia inicial de contrato de trabajo sea dudosa, contrario, por lo tanto, a los trabajadores a los que va dirigido este estudio ya que ellos son auténticos trabajadores, existe un contrato de naturaleza laboral, es por cuenta ajena, pero sólo por razón de las especiales funciones que le están encomendadas está exceptuado del ámbito de la ley.

(11) BAYÓN: Op. cit.

III.4. Refundición jurisprudencial

Del estudio de la jurisprudencia habida en el supuesto que se analiza cabe deducir los siguientes criterios jurisprudenciales aplicables al mismo:

1.º El artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo que establece la exclusión de determinados trabajadores (desde una perspectiva sociológica) del régimen jurídico laboral, constituye una excepción y, por ello, deberá interpretarse restrictivamente, estando la presunción a favor del contrato laboral.

En este sentido las sentencias del Tribunal Supremo, en su Sala 4.ª, de 27 de diciembre de 1963, y las de la Sala 6.ª de 28 de abril de 1966, 30 de junio de 1967, 24 de octubre de 1968 y 24 de septiembre de 1969.

2.º El criterio determinante de la exclusión legal es el de la función efectivamente desempeñada y no el de la denominación del cargo ocupado. Así, las sentencias de la Sala 6.ª del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1966 y 7 de noviembre de 1969. Establecen que el motivo de la exclusión es el de desempeñar funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo.

3.º Son altos cargos: gerente de pequeña industria (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1961); gerentes y directores de Cooperativas y sus uniones (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1964); apoderados generales nombrados notarialmente (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1965); fundador de la Empresa, luego secretario del Consejo y director técnico (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1960); director general comercial y técnico (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1960); perito industrial con amplios poderes, que le convierten en rector del negocio (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1965).

4.º No son altos cargos: El director cinematográfico (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1960) director administrativo que depende del director general (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1960); director técnico bajo las órdenes del Consejo y altos jefes (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1961); directores y subdirectores técnicos (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1963); apoderado general obligado a «normal dación de cuentas» (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1964) (12).

(12) A. DE MIRANDA y otros: *Jurisprudencia laboral*, Madrid, 1966.

5.º Las consecuencias de los apartados anteriores serán resumiendo:

a) No todos los cargos señalados en la ley de Contrato de trabajo o en las Reglamentaciones serán excluidos del ámbito laboral sino tan sólo aquellos que correspondan efectivamente con funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo. En caso contrario serán ilegales (aplíquese idéntico criterio para las inclusiones reglamentarias, a *sensu contrario*).

b) No sólo los cargos enumerados serán excluidos, sino también todos aquellos que, sin excluirse expresamente, desempeñan las funciones señaladas.

c) Para nada influye la remuneración del trabajador ni siquiera el régimen que le sea aplicado en materia de seguridad social, sino su poder y *status* referido a la totalidad de la Empresa.

d) Resulta indiferente para la calificación tanto el nombre como la existencia de apoderamiento notarial o la existencia de una función de inspección o dirección técnica (véase Bayón, Op. cit.).

IV

EXAMEN DETALLADO DE SU REGULACIÓN EN REGLAMENTACIONES Y ORDENANZAS LABORALES

IV.1. Consideraciones previas

El objeto de nuestra investigación se centra ahora en el análisis del último inciso del artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo, o, más concretamente, dada la remisión normativa a las Reglamentaciones de trabajo, nuestro objeto irá encaminado a analizar como se regula, por estas normas, la excepción contenida en dicho artículo, bien entendido que junto a las Reglamentaciones de trabajo ha de estudiarse también el contenido de esta materia de los convenios colectivos, ya que la remisión de la ley de Contrato de trabajo debe entenderse aplicada a ellos (13).

Para ello, recordaremos que por expresa disposición legal, las Reglamentaciones u Ordenanzas de trabajo deben, en sus normas, hacer referencia a quie-

(13) BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., Madrid, 1964, página 316, nota 5.

nes de entre los altos cargos están excluidos (14). Sin embargo, y como habrá ocasión de comprobar, apenas si las Reglamentaciones han hecho uso de esta facultad. Así, pues, nuestro trabajo va a referirse, en primer lugar, a aquellas Ordenanzas que no contienen ninguna novedad respecto a la regulación de la ley de Contrato de trabajo, para estudiar posteriormente cuáles, de entre ellas, contienen una enumeración de altos cargos y el grado de amplitud con que estos supuestos excluidos se han regulado.

IV.2. *Encuadramiento sistemático de la exclusión*

Siguiendo los preceptos que, con respecto al contenido de la ley reguladora (15), todas las Reglamentaciones y Ordenanzas consultadas se refieren al supuesto que analizamos al regular el ámbito personal de cualquiera de ellas, que corresponde, por otra parte, a los primeros artículos de la normativa en cuestión, en el capítulo dedicado al ámbito de aplicación (territorial, funcional, personal y temporal) de las citadas normas.

IV.3. *Reglamentaciones que guardan silencio al respecto*

No es muy corriente que las Reglamentaciones guarden el más absoluto silencio respecto de los altos cargos a la hora de regular su ámbito personal. Dentro de este supuesto, podemos distinguir, a su vez, dos casos, según la motivación de este silencio:

a) *Motivado por el propio ámbito personal de la norma:*

En algunos supuestos, la enunciación del ámbito y extensión de la Reglamentación es motivo, *a sensu contrario*, para que los altos cargos no puedan quedar incluidos, y ello, no porque su exclusión se haya realizado previamente, sino porque sería inoperante dado el ámbito personal de la norma.

Así, cuando el artículo 1.º de la Ordenanza nacional para empleados de

(14) Estas exclusiones serían válidas, como dice ALONSO OLEA: Op. cit., pág. 18, en la medida en que razonablemente pueda apoyarse la exclusión en la noción legal de alto cargo. Sin embargo, el problema reside, dada la vaguedad del artículo, en determinar cuándo esa ampliación sería *contra legem*.

(15) Art. 11 de la ley de 16 de octubre de 1942.

fincas urbanas (16) señala su ámbito funcional y personal será de «regular las relaciones laborales del personal que, por cuenta ajena, y bajo la dirección y dependencia de propietarios de fincas urbanas...», está imposibilitando la exclusión de su ámbito a los altos cargos, toda vez que nunca un alto cargo podrá quedar excluido de unas normas que, sin ninguna otra declaración, ya no les podría afectar.

En este mismo apartado podríamos incluir las Ordenanzas de trabajo en las embarcaciones de tráfico interior de los puertos (17), de estibadores portuarios (18), recaudaciones de contribuciones e impuestos (19) y la del Servicio Nacional de Cereales (20).

b) *Sin motivación aparente:*

Otro pequeño grupo de Reglamentaciones guarda igualmente silencio respecto de aquellos cargos que quedan excluidos de la aplicación de la norma propia; sin embargo, y a diferencia del supuesto anterior, plenamente justificado para no caer en una *contradictio in terminis*, en éstas no hay motivo alguno para que, al regular el ámbito personal, no se hubiera hecho mención a los cargos excluidos.

Ahondando en estas Reglamentaciones, también se puede deducir que su exclusión sería obvia dados los términos en que viene redactado el artículo correspondiente que regula el ámbito personal.

En este sentido la Ordenanza de Trabajo en la Industria Papelera (21) y la Ordenanza Laboral para la Industria Metalgráfica, construcción de envases metálicos, tapón corona, tubos de plomo y estampaciones (22), que señalan en sus artículos 3.º y 4.º, respectivamente, que sus normas regirán «para todos los trabajadores con vínculo laboral», dando a entender implícitamente que no regirá para aquellos trabajadores cuyo vínculo no sea laboral, que quedarán, de esta forma, automáticamente excluidos.

En estas Reglamentaciones el problema no se resuelve, por lo que habrá de entenderse que a ellas se aplican simplemente las normas contenidas en el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo.

(16) O. M. de 20-1-71. B. O. del E. de 3-2.

(17) O. M. de 9-8-69. B. O. del E. de 9-9.

(18) O. M. de 5-12-69. B. O. del E. de 30-12.

(19) O. M. de 29-2-72. B. O. del E. de 25-3.

(20) O. M. de 26-5-71. B. O. del E. de 8-7.

(21) O. M. de 16-7-70. B. O. del E. de 29-7.

(22) O. M. de 1-12-71. B. O. del E. de 21-12.

IV.4. *Reglamentaciones que, regulando el problema, no contienen distintos supuestos de los del artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo*

Estadísticamente, la mayor parte de las Reglamentaciones excluyen de su ámbito, de una forma expresa, a los altos cargos; sin embargo, esta exclusión se limita a mencionar los supuestos contenidos en la ley de Contrato de trabajo.

Dentro de este grupo de Reglamentaciones podemos, no obstante, distinguir dos grandes grupos, las que realizan la exclusión referida a la función y las que, siguiendo la remisión del artículo 7.º enumera cargos, aunque se limitan, generalmente, a copiar los mismos contenidos en dicho artículo.

Veamos ambos supuestos :

a) *Reglamentaciones que atienden fundamentalmente a las funciones:*

Al hacer las consideraciones previas se decía que las funciones tipificadas del alto cargo eran tres: alta dirección, alto consejo y alto gobierno. Todas las Reglamentaciones que a continuación se van a enumerar, cuando tratan el ámbito personal de sus normas, excluyen a aquellos sujetos que realicen unas determinadas funciones, sin tipificar cuáles son los cargos concretos que realizan las mismas.

Sin embargo, no todas las Reglamentaciones incluidas en este apartado excluyen las tres funciones (o las dos, planteándose la dicotomía en alto consejo, alta dirección, gobierno), sino que las hay que excluyen los tres supuestos, las que excluyen dos, uno e incluso alguna utiliza terminología distinta de la de la ley de Contrato de trabajo.

El posible problema que se plantea respecto de las Reglamentaciones que mencionan sólo dos o una de las funciones, es el de si los cargos representativos de las funciones no mencionadas deben quedar incluidos en la normativa de la correspondiente Reglamentación. En cualquier forma, este problema es más teórico que práctico, pues siempre el artículo 7.º actuará como límite fronterizo para las posibles exclusiones o inclusiones. En realidad, en estos casos, más que un deseo de rehuir para unas determinadas funciones la exclusión del artículo 7.º, es más bien un deseo del legislador de integrar dirección y gobierno en una sola función, la directiva, que así se contraponen a la de consejo, o bien un error de apreciación terminológica cuando se puen-

sa que con mencionar la alta dirección se engloban todos los supuestos del tantas veces citado artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo.

Hechas estas precisiones se puede entrar a continuación a analizar más detalladamente los diversos supuestos anteriormente mencionados:

1. *Con exclusión de las tres funciones: dirección, gobierno y consejo.*— Esta exclusión puede hacerse bien en forma expresa, estableciendo concretamente que «quedan excluidos del ámbito de esta Reglamentación los que ejerzan funciones de alta dirección, alto consejo o alto gobierno», o bien de forma tácita, al señalarse que «quedarán excluidos del ámbito de la presente reglamentación los que ejerzan las funciones mencionadas en el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo».

Dentro del primer supuesto, recogiendo aquellas Ordenanzas de última publicación, podemos citar, entre otras, las siguientes:

— Reglamentación de Trabajo para la Industria de Piensos Compuestos (23).

— Ordenanza de Trabajo para las Empresas Navieras (24).

— Ordenanza Laboral para Radio Nacional de España (25).

— Ordenanza Laboral de Televisión Española (26).

— Ordenanza Laboral para Entidades de Radiodifusión (27).

En el segundo supuesto cabe citar la Ordenanza de Trabajo para la Industria Siderometalúrgica (28).

Junto a estas Reglamentaciones y Ordenanzas en las que la referencia a la ley de Contrato de trabajo se hace por vía de las tres funciones que en ella se contienen, es necesario también incluir a otra serie de Reglamentaciones que mencionan las tres funciones citadas, pero que incurren en una defectuosa redacción, puesto que conectan la dirección, el gobierno y el consejo, no con la función, sino con el cargo, con lo que equivocan la función con el puesto de trabajo. Es decir, en una estricta interpretación del artículo 7.º cabe distinguir dos conceptos:

— Por una parte, la función que tipifica a determinados órganos o cargos.

— Por otra parte, el cargo que ha creado la función.

(23) Art. 2.º de la O. M. de 29-7-70, B. O. del E. de 12-8.

(24) Art. 2.º de la O. M. de 9-8-69, B. O. del E. de 3-9.

(25) Art. 2.º de la O. M. de 14-7-71, B. O. del E. de 11-8.

(26) Art. 2.º de la O. M. de 14-7-71, B. O. del E. de 12-8.

(27) Art. 2.º de la O. M. de 31-1-72, B. O. del E. de 28-2.

(28) Art. 4.º de la O. M. de 29-7-70, B. O. del E. de 25-8.

En cualquier supuesto, no puede equivocarse función y órgano, ya que aquélla crea el cargo. De ahí que señalar que quedarán excluidos los cargos de «alta dirección, gobierno o consejo» parezca incorrecto, dado que los supuestos que se están tipificando son funcionales y no orgánicos.

En este sentido, podemos citar la Ordenanza de la Construcción, Vidrio y Cerámica (29) y la Ordenanza de Trabajo para las Industrias de Refino de Petróleos (30).

2. *Con exclusión de dos funciones.*—Dentro de este supuesto no hay ninguna Reglamentación u Ordenanza de las consultadas que utilicen el término «función» de forma concreta.

Por el contrario, son mayoría las que excluyen dirección y consejo, no por la vía de la función, sino por la del cargo, y a las que es aplicable todo lo anteriormente señalado para el supuesto anterior.

Dentro de éstas cabe señalar:

- Ordenanza de Trabajo de Factorías Bacaladeras (31).
- Ordenanza Laboral de Transporte por carretera (32).
- Reglamentación Nacional de Empresas de Publicidad (33).
- Ordenanza de Trabajo en Fotografía (34).
- Ordenanza de Trabajo en las Industrias de Conservas y Salazones de Pescado (35).

3. *Con exclusión de una sola función.*—Este es el supuesto menos frecuente, y solamente la Ordenanza para las Industrias de la Madera (36) establece que quedará excluida la función de «alta dirección».

4. *Reglamentaciones que excluyen los cargos.*—En este apartado vamos a considerar aquéllas que, al regular el problema que nos preocupa, lo hacen reuniendo las siguientes notas:

- a) No contener variación alguna respecto del artículo 7.º
- b) Exclusión no de la función, sino del cargo.

(29) Art. 3.º de la O. M. de 28-8-70, B. O. del E. de 5-9.

(30) Art. 3.º de la O. M. de 1-12-71, B. O. del E. de 23-12.

(31) Art. 2.º de la O. M. de 29-7-70, B. O. del E. de 26-8.

(32) Art. 3.º de la O. M. de 20-3-71, B. O. del E. de 31-3.

(33) Art. 2.º de la O. M. de 23-4-70, B. O. del E. de 18-5.

(34) Art. 2.º de la O. M. de 24-1-72, B. O. del E. de 29-2.

(35) Art. 2.º de la O. M. de 20-3-71, B. O. del E. de 29-3.

(36) Art. 3.º-1 de la O. M. de 28-7-69, B. O. del E. de 2-9.

La expresión utilizada suele ser casi siempre la misma: «quedan excluidos de la presente Reglamentación los cargos a que se refiere el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo» o «sin más excepción que los cargos mencionados en el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo».

Dentro de este grupo y sin agotar los posibles casos se pueden incluir:

- Ordenanza de Trabajo en el Campo (37).
- Ordenanza Laboral de la Industria Cervecera (38).
- Ordenanza de Trabajo en el Comercio (39).
- Reglamentación Nacional para los Ferrocarriles de usos públicos no integrados en RENFE (40).

5. *Reglamentaciones que unen funciones con cargos.*—Dentro del apartado general que estamos estudiando, y que corresponde a aquellas Reglamentaciones que no contienen normativa específica al respecto y que exclusivamente se limita a remitirse al artículo 7.º, vamos a mencionar, por último, unas Ordenanzas que siguiendo el criterio utilizado por este artículo establecen, como regla general, bien «que quedan excluidas aquellas personas que ostenten cargos, en quienes concurren las circunstancias (funciones) mencionadas en el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo», bien «quedan excluidos del ámbito de esta Reglamentación el personal que se refiere el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo».

En el primer sentido podemos citar la Ordenanza de Trabajo para la Industria de Producción, Transporte y Distribución de Gas (41) y la Ordenanza de Trabajo para las Industrias de Producción, Transformación, Transporte, Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica (42).

En el segundo podemos señalar la Ordenanza de Trabajo para Jardinería (43), para la Industria de la Piel (44), la Ordenanza Laboral Textil (45), para las Industrias de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Depuración y Distribución de Agua (46), y para las Industrias del Corcho (47).

-
- (37) Art. 3.º de la O. M. de 2-10-69, B. O. del E. de 7-10.
 - (38) Art. 2.º-2 de la O. M. de 23-7-71, B. O. del E. de 13-8.
 - (39) Art. 4.º b) de la O. M. de 24-7-71, B. O. del E. de 14-8.
 - (40) Art. 2.º c) de la O. M. de 24-4-71, B. O. del E. de 13-5.
 - (41) Art. 2.º de la O. M. de 31-1-70, B. O. del E. de 21-2.
 - (42) Art. 2.º de la O. M. de 30-7-70, B. O. del E. de 28-8.
 - (43) Art. 2.º de la O. M. de 29-3-69, B. O. del E. de 29-4.
 - (44) Art. 2.º de la O. M. de 27-6-69, B. O. del E. de 11-5.
 - (45) Art. 3.º de la O. M. de 7-2-72, B. O. del E. de 26-2.
 - (46) Art. 2.º a) de la O. M. de 27-1-72, B. O. del E. de 23-2.
 - (47) Art. 2.º de la O. M. de 27-1-72, B. O. del E. de 23-5.

IV.5. *Reglamentaciones que contienen alguna peculiaridad*

1. Reglamentaciones que listan algún cargo no mencionado en la ley de Contrato de trabajo.

Entre ellas podemos citar:

— *Compañía Internacional de Coches Camas* (48).

Excluye a los adjuntos de dirección y a «quienes desempeñen funciones de nivel jerárquico equiparados a alguno de los citados cargos, en virtud de acuerdo adoptado por la Dirección general de la Compañía» (art. 2.º a). Tal acuerdo, en todo caso, deberá ajustarse al límite legal, ya que, de modo contrario, se producirá una peligrosa «delegación de funciones calificadoras» de la Reglamentación, a tal órgano de dirección. Se plantea la cuestión de la operancia o inoperancia de tales acuerdos respecto al texto legal.

— *Industria Cervecera* (49).

El artículo 2.º, 2, señala literalmente: «quedan fuera de su ámbito los cargos comprendidos en el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo o disposiciones que la sustituyan». El propio artículo 9.º, 1, abunda en la referencia señalada al referirse a las categorías laborales en tema de clasificación profesional: «grupo directivo. Comprende las categorías directivas o puestos asimilados creados por la dirección de la Empresa y no incluidos en el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo o disposiciones que la sustituyan». ¿Cuál es el sentido de esta alusión?

Posiblemente haya que interpretarla, no tanto en el sentido de añadir nada nuevo, sino en el de un defecto de técnica legislativa, ya que es evidente, aunque la Reglamentación no lo mencione, que en caso de derogación de la ley de Contrato de trabajo por otra posterior, esta última ocupará su puesto a todos los efectos.

— *Prensa* (50).

(48) Art. 2.º de la O. M. de 16-3-72, B. O. del E. de 30-3.

(49) O. M. de 23-7-71, B. O. del E. de 13-8.

(50) O. M. de 23-2-71, B. O. del E. de 14-4.

El artículo 2.º, 2, parte a'), señala las siguientes exclusiones:

«Las funciones de alto consejo, en todo caso, y las de alta dirección y alto gobierno, características de los siguientes cargos: director, gerente, secretario, administrador general, y aquellos otros contemplados en la ley de Contrato de trabajo.»

Aparece como novedad respecto a la ley de Contrato de trabajo el cargo de administrador general, y respecto al de secretario, ¿habrá de entender como secretario general, como hace el propio artículo 7.º, o, por el contrario, se admitirá su sentido más amplio literal?

Vuelve a plantearse problema respecto del ya expuesto de la operancia de las exclusiones reglamentarias del límite del artículo 7.º

Resulta además de especial interés la exclusión, «en todo caso», de las funciones de alto consejo por su gran generalidad. Sin embargo, se presume la presencia de difíciles problemas de aplicación en base a la distinción entre consejero y directivo.

— *RENFE* (51).

Al igual que la primera de las Reglamntaciones analizadas en este apartado (Cía. de Coches-Camas) excluye a los «directores adjuntos» y «a quienes desempeñen funciones de nivel jerárquico equiparado al de los citados cargos por acuerdo del Consejo de administración, por lo que nos remitimos a las observaciones hechas allí.

— *Seguros y Capitalización* (52).

El artículo 2.º señala las siguientes exclusiones: «Salvo precepto expreso, se entenderán excluidos de las presentes normas: a) los miembros del Consejo de administración o de las Juntas directivas, delegados, directores, gerentes y cuantos enuncia el artículo 7.º del Texto refundido de la ley de Contrato de trabajo, y que ejerzan funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, y estén vinculados con la Empresa mediante contrato civil o mercantil específico de tal función».

Al decir, «salvo precepto expreso», ¿a qué se refiere? ¿Cabe la existencia de un precepto que pueda contradecir lo establecido en este artículo, o

(51) O. M. de 22-1-71, B. O. del E. de 3-3.

(52) O. M. de 14-5-70, B. O. del E. de 31-7.

mejor, en el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo, ya que el contenido de la exclusión reglamentaria no es otro que una simple remisión al mismo?

La Reglamentación presente continúa señalando: «... y estén vinculados con la Empresa mediante un contrato civil o mercantil específico de tal función». Tal referencia a la contratación formal nos parece errónea, y en este sentido se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La concreción reglamentaria *ad exemplum* es más amplia que la legal: «... miembros del Consejo de administración o de las Juntas directivas, delegados...», aunque más tarde cierra el concepto añadiendo: «... que ejerzan funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo», con lo que se reconduce al criterio principal de la función desempeñada.

— *Consignatarias de Buques* (53).

Especifica, con terminología no idéntica a la de la ley de Contrato de trabajo, algunos cargos excluidos: «director, gerente, secretario, administrador general, apoderado general, etc.».

El primer comentario que este precepto suscita es la introducción del deletzable «etcétera», que nunca debe aparecer en una disposición normativa por la imprecisión que produce.

— *Enseñanza no estatal* (54).

En el artículo 2.º, 2, tras remitirse al artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo, enumera los siguientes cargos: «consejero ... administrador general...», supuestos distintos a los que enumera la ley.

— *Minas de Almadén* (55).

En el artículo 2.º a): «Se excluyen de su campo de aplicación: a) Los cargos directivos del establecimiento, o sea, el de director y cualquier otro cargo que, al ser creado, sea investido de altas funciones directivas, de gobierno o asesoramiento por el Consejo».

— *Compañía Metropolitana de Madrid* (56).

(53) O. M. de 24-7-70, B. O. del E. de 31-7.

(54) O. M. de 30-9-70, B. O. del E. de 20-10.

(55) O. M. de 30-11-70, B. O. del E. de 3-12.

(56) O. M. de 28-3-69, B. O. del E. de 15-4.

Es la única de las Reglamentaciones examinadas que ejemplifica los cargos en relación a cada una de las funciones. El artículo 1.º señala: «... a) De alto Consejo. Comprende este grupo a los miembros del Consejo de administración de la Empresa, salvo los consejeros laborales. (Ley 1.962.) b) De alta dirección. Inclúyense en este grupo al director gerente, directores, subdirectores y cualquier otra persona que, con independencia de la denominación de su cargo tenga asignadas funciones de alta dirección. c) De alto gobierno. Se considera incluidos en este grupo a quienes, por ostentar la jefatura de un determinado departamento o división de la Compañía, realizan funciones ejecutivas con carácter permanente».

Podrá plantearse respecto de la nominación de cargos, hecha en este artículo, el problema de su legalidad en relación con la ley de Contrato de trabajo.

— *Marina Mercante* (57).

El artículo 2.º, 6, repite el de la ley de Contrato de trabajo, aunque difiere en alguno de los cargos concretos señalados. Así, cita como nuevos los de administrador general y apoderado general, no aludiendo, por el contrario, al subdirector general. En esta Reglamentación se introduce también el etcétera, defecto jurídico de imprecisión como antes se señalaba.

2. Reglamentaciones que incluyen en su ámbito personal de aplicación a los trabajadores que, con carácter temporal o parcialmente, realicen funciones del artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo:

Determinado grupo de Reglamentaciones incluyen en su ámbito de aplicación al «personal» (técnico, profesional y administrativo), que, cumpliendo funciones pertenecientes a cualquiera de las categorías profesionales definidas en la Reglamentación "*con carácter temporal o parcialmente*", realicen funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, excluyentes según el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo».

Los problemas que esta inclusión plantea son múltiples, ya que habrá que preguntarse por el régimen laboral concreto de este tipo de personal. La realización de funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, aunque sea temporalmente o de modo parcial exige una dedicación que está reñida con la jornada reglamentaria máxima, que exige la Reglamentación para los trabajadores sometidos a un ámbito de aplicación, el mismo problema apa-

(57) O. M. de 20-5-69, B. O. del E. de 1 y sigs. y 6.

rece en el tema de la remuneración, y con otros del régimen de trabajo, por lo que la redacción nos parece poco afortunada.

Entre las Reglamentaciones que regulan esta especial forma se citan: Entidades de Radiodifusión (58), Industrias de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Depuración y Distribución de Aguas (59); Transportes por Carretera (60); Conservas y Salazones de pescado (61); Industrias de Producción, Transporte y Distribución de Gas (62); Factorías Bacaladeras (63); Industrias de Producción, Transporte, Transformación, Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica, esta última con sola referencia al personal que desempeña funciones con carácter temporal (64).

V

LOS CARGOS DIRECTIVOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Uno de los problemas que anteriormente se ha apuntado es el de los directivos de las Empresas organizadas en forma societaria.

La Seguridad Social ha venido a resolver el problema con un precepto claro y lógico, de protección generalizada a los trabajadores, aunque desempeñen cargos que entrañen responsabilidad, independencia y dirección en las Empresas, con la única salvedad que, más adelante veremos, y que en pura técnica jurídica no cabe considerar como personas sujetas a un contrato laboral. Ya ha quedado expuesto que el contrato que une al directivo con la Empresa es siempre de trabajo, aunque por la aplicación del artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo, la misma no les sea de aplicación. La exclusión, en materia de Seguridad Social sólo afectará en aquellos casos que establece el artículo 61 del texto articulado I de la ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966. En este artículo se dispone que estarán obligatoriamente in-

(58) O. M. de 31-1-72, B. O. del E. de 28-2.

(59) O. M. de 27-1-72, B. O. del E. de 23-2.

(60) O. M. de 20-3-71, B. O. del E. de 31-3.

(61) O. M. de 20-3-71, B. O. del E. de 29-3.

(62) O. M. de 31-1-70, B. O. del E. de 21-2.

(63) O. M. de 29-7-70, B. O. del E. de 26-8.

(64) O. M. de 30-7-70, B. O. del E. de 28-8.

cluidos los trabajadores por cuenta ajena, y a estos efectos se declaran expresamente comprendidos:

«Los que trabajan por cuenta ajena en los cargos directivos de las Empresas, excluidos de la ley de Contrato de trabajo. No estarán comprendidos en esta asimilación quienes ostenten pura y simplemente cargos de consejeros en las Empresas que adopten la forma jurídica de Sociedad.»

El texto que antecede se reproduce literalmente en la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de diciembre de 1966 (65).

Se confirma esta doctrina en la resolución de la Dirección General de Previsión de 16 de febrero de 1968, en la que se insiste en la necesidad de no confundir, en las Sociedades anónimas, la Sociedad misma con los socios que la integran, ya que no siempre tienen que ser éstos los administradores de aquéllos, y de distinguir entre los socios como tales partícipes y los socios que, como trabajadores por la actividad remunerada que al servicio de la sociedad pudieran desempeñar, pues resulta claro que quienes prestan esta actividad de socios por los trabajos que realizan retribuidos, quedarán incluidos dentro de la Seguridad Social.

Y, a mayor abundamiento, no procede calificar de trabajadores por cuenta propia a los socios que, al propio tiempo, sean trabajadores en la sociedad, por cuanto se entiende su condición laboral al servicio de una persona distinta, es decir, una persona jurídica constituida por la propia sociedad.

Este criterio se reafirma en otra resolución de la Dirección General de Seguridad Social, de 11 de junio de 1970, en la que se dispone que los gerentes y altos cargos de las Sociedades Anónimas deben figurar incluidos dentro del campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social, ya que son trabajadores por cuenta ajena con independencia de que figuren o no determinadas las remuneraciones que puedan percibir.

Con esta exposición ponemos fin al estudio de este apartado por no ofrecer problemas en cuanto a su tratamiento dado que, además, el tema en Seguridad Social está tratado de tal forma que desvela todo tipo de problemas y de inclusiones, con un espíritu más avanzado y concorde con la situación actual del trabajo (66).

(65) Art. 1.º-3, a).

(66) ALONSO OLEA al tratar el problema (*Instituciones de Seguridad Social*, 3.ª edición, Madrid, 1969, pág. 236), anota: «la historia de la afiliación a la Seguridad Social de altos cargos es también compleja; en líneas generales, todos, incluso los consejeros, estaban incluidos en el subsidio familiar, y todos, menos los consejeros, en las mutualidades laborales».

VI

CONCLUSIONES

1.^a Actualmente están totalmente superadas las antiguas distinciones entre trabajadores intelectuales y manuales o titulados y operarios.

2.^a Los factores antes decisivos de formación técnica, representación y volumen de remuneración han quedado relegados.

3.^a La ampliación conceptual de trabajador, salario, ajenidad y dependencia van haciendo difícil el encuadramiento de los cargos directivos en el arrendamiento civil de servicios.

4.^a La presunción a favor del contrato de trabajo va ampliando su campo de acción.

5.^a Habría que distinguir, por su diferente carácter, la regulación de los cargos con funciones de dirección o gobierno, de las de consejo.

6.^a Entre cargo y función prima ésta sobre aquél.

7.^a No todos los cargos señalados en la ley de Contrato de trabajo y en las Reglamentaciones, serán excluidos del ámbito laboral, sino sólo aquéllos que respondan a las funciones de alta dirección, alto gobierno y alto consejo.

8.^a No sólo los cargos enumerados serán excluidos sino también aquellos que, sin excluirse expresamente, desempeñan las funciones señaladas.

9.^a La aparición de nuevas formas colegiadas de gobierno están exigiendo su previsión reguladora.

10. Por obra de la jurisprudencia, la doctrina y la regulación normativa de aspectos parciales de los altos cargos, su equiparación a los restantes trabajadores se plantea, con tal fuerza, que se puede llegar a superar las previsiones de ley de Contrato de trabajo por un fenómeno de desuso o inoperancia socio-empresarial.

Por todo ello se hace necesaria la reforma de la enunciación de cargos y funciones, evidenciada por la inexacta técnica jurídica utilizada en el artículo 7.º de la ley de Contrato de trabajo que bien enumera los cargos excluidos, bien se remite a las Reglamentaciones, ya que, en último término, será la función efectivamente desempeñada la característica determinante, valorada por empresarios y trabajadores en el momento de la constitución de la relación laboral correspondiente, o por el magistrado de Trabajo, en caso de conflicto. Bastará en la nueva redacción una formulación abstracta, referida a la función.

