

“EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN ANTE LA AUDITORÍA LABORAL”

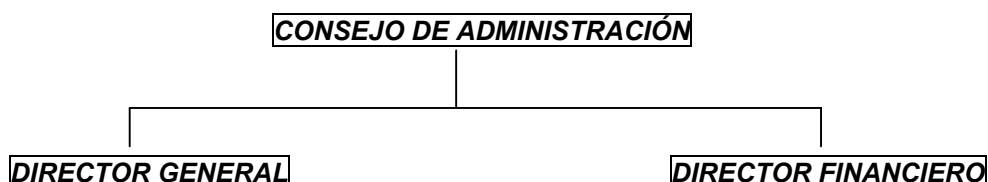
En la actualidad, detectamos una falta de obligatoriedad legislativa en la auditoría laboral, hecho este que contrasta con la Auditoría de Cuentas, que si hay que realizarla cuando concurren determinados requisitos.

La Auditoría laboral, se realiza cuando se quiere “chequear” a la empresa en cuestiones laborales y de Seguridad Social, o bien cuando se produce una compraventa (absorción, etc). de la totalidad o parte de la empresa, este segundo caso es el más habitual. Para la realización de dicha Auditoría laboral, aunque se está intentado llevarla a niveles de la auditoría de cuentas desde el ámbito Europeo, en España NO existe legislación específica, aunque el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid, tiene realizados varios estudios al respecto.

Una de las áreas que el Auditor laboral deberá supervisar y auditar, es la contratación de personal de la empresa, y en este apartado vamos a reseñar los contratos de la relación laboral especial del personal de alta dirección.

*En un principio, tenemos que delimitar las actuaciones de varias figuras, que entran dentro del organigrama de una empresa: en primer lugar el **Consejero**, que forma parte del órgano de administración y su función entre otras, es la de asesorar, manteniendo una relación mercantil, el segundo es el **Directivo**, define su vinculación con la empresa a través de una relación laboral común (Director de RR.HH., Director de Compras, etc.), y el tercero es el **Alto cargo**, que tiene una relación laboral especial, y está regulado en el Real Decreto 1382/1985 y que en su artículo 1.2 define como personal de alta dirección a aquellos trabajadores; “que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativa a los **objetivos generales** de la misma, **con autonomía y plena responsabilidad (tanto civil – art. 281 y siguientes del Código Comercio y art. 1803 y 1717 del C. Civil, como penal – art. 31 y 318 del C. Penal)** sólo limitados por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno”, es decir, las características más importantes son: controlar el ámbito general de la empresa, su autonomía y responsabilidad que han de ser plenas y “reportar” directamente con el Consejo de Administración.*

Ante esta definición, la calificación de la relación en especial o común debe ser abordada de forma estricta y no expansiva, por lo que por ejemplo, en el caso de una empresa con un accionariado mayoritariamente francés, encontramos en el organigrama al Consejo de Administración y debajo de éste, al mismo nivel al Director General y al Director Financiero, que “reportan” directamente con el Consejo, ¿podríamos entender que ambos son personal de alta dirección?



En mi opinión, **ninguno** de los dos es personal de alta dirección, sino que serían directivos, porque no se dan los dos requisitos esenciales establecidos en el artículo 1.2 del citado Real Decreto, pues aunque ambos “reportan” directamente con el Consejo, ninguno de los dos tiene una perspectiva general de la empresa, el Director General, no controla el ámbito financiero, y el Director Financiero, sólo se limita a esas funciones, veanse las recientes **Sentencias del TSJ de Madrid, de 3.4.2002, Recurso 6067/01, haciendo referencia a la Sentencia del TS de 4.6.1999, Rfa. 5067, y la de TSJ de Madrid, de 27.3.2002, Recurso 5464/01, haciendo referencia a la de la Sala de 23.10.2001.**

Hay que decir que el personal de alta dirección, para que sea calificado de tal, tiene que representar a la Entidad en su totalidad, y NO en áreas de la Empresa, pues normalmente la: formalización de contratos, realización de actividades ante organismos públicos y actúe como representante de la empresa, representación, posibilidad de Despido, firma de nominas, etc, se consideran como PODERES DE GESTIÓN y NO de representación general, (STS de 4.2.2002 y del TSJ de Madrid de 3.4.02) sin que en los estatutos y los poderes notariales sean requisitos **ad solemnitatem**, pues en mi opinión, si no existen estos poderes notariales y se acredita que el directivo realiza las funciones básicas del Alto cargo con conocimiento pleno y bajo la supervisión y aceptación del Consejo de Administración, creo que no debería ser un obstáculo para definir el contrato como de alta dirección, en este sentido STS de 18.3.1991.

Que ocurre sin embargo cuando el Consejero es también a su vez Alto cargo, también denominado consejero delegado o administrador ejecutivo; en este caso, prevalece la relación mercantil a la relación laboral especial, ya que siguiendo la “teoría del vínculo”, expresado por la sentencia del Tribunal Supremo del 29 de agosto de 1988, **no hay relación laboral**, porque no se pueden separar las funciones de asesoramiento y gestión, ya que al realizarlas una misma persona, son una misma cosa, este criterio ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 21.1.1991, de 22.12.1994, de 16.6.1998 y de 19.11.1990, entre otras.

Algunos casos abordados, sirvan de ejemplo:

Se ha reconocido como Alta Dirección al Seleccionador Nacional de Fútbol, al Director de un Periódico, al Director de una Emisora de Radio, al Patrón del barco de Pesca, etc.

Intentando trasladar la obligación contractual a los documentos de trabajo del Auditor laboral, deberemos poner especial énfasis, en las cláusulas del contrato. Una de las contingencias más importantes de la Auditoría Laboral, se encuentra precisamente aquí, en la previsión de los blindajes contractuales.

Según el artículo 10.3 del R.D. 1382/1985, el alto directivo podrá extinguir voluntariamente el contrato, con derecho a las indemnizaciones pactadas (...) la sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores, para ello cuenta con un límite temporal (3 meses). Por un lado, es lógico y natural esta medida, dado que el basamento de la relación del alto directivo es **la confianza** y si hay un cambio importante en el Consejo de Administración proveniente de otra empresa o grupo, esa confianza mutua, puede extinguirse o renovarse, limitándose temporalmente la decisión al Alto directivo.

Como anotación importante, debemos aclarar que la indemnización percibidas por el alto cargo, **están sujetas a IRPF**, a diferencia de la relación laboral común de ahí que haya que cuidar lo redactado en la cláusula del contrato, ya que puede lo pactado, ser neto o bruto, asumiendo la empresa la pesada carga del IRPF.

Habrá que tener en cuenta que la cláusula de **exclusividad**, no tiene porque estar retribuida, ya que se entiende que es inherente al contrato de trabajo y si existió promoción interna en la empresa.

También debe observarse la posibilidad de la cláusula **post-contractual** como recoge el R.D. 1382/1985 en su artículo 3 nos dice que, “la no-competencia una vez extinguido el contrato, no podrá ser superior a dos años, siempre y cuando se den los requisitos de: efectivo interés para la empresa y una remuneración económica adecuada”. Ahora bien, que entendemos por remuneración adecuada, según algunos profesionales estaría en torno al 40% del salario anual.

Con relación a la Seguridad Social, hemos de aclarar que la normativa es independiente de la laboral, estando prevista su propia normativa, sobre la afiliación al RETA o al REGIMEN GENERAL COMUN O ASIMILADO, respecto al código de cuenta de cotización común, el especial o bien en el RETA, al respecto ver el art. 97.2.a.K y disp. adicional 27 de la Ley General de la Seguridad Social.

Madrid, 05 de junio de 2.003.

Fdo.- **Javier López Megino**
Graduado Social