

En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios

AURELIO DESDENTADO BONETE*

ELENA DESDENTADO DAROCA**

1. SOCIEDAD Y TRABAJO; UN FENÓMENO SORPRENDENTE: LA HUIDA HACIA EL DERECHO DEL TRABAJO JUNTO A LA HUIDA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Sociedad o, si se prefiere, contrato de sociedad y contrato de trabajo se han considerado tradicionalmente como conceptos opuestos en el marco de una relación dialéctica que acaba por cumplir una función didáctica, pero que también ha apuntado históricamente hacia un proyecto de transformación de las formas organizativas del trabajo bajo el capitalismo: la asociación de los productores como fórmula para superar el antagonismo entre trabajo y capital o la cooperación en aras a un interés común en lugar de la contraposición de intereses que es propia de las relaciones de cambio¹. Partici-

pación, autogestión, cogestión, control obrero son fórmulas que expresan con distinta intensidad la nostalgia por la restauración de un orden escindido en las relaciones entre el capital y el trabajo.

Lo cierto es que, al negar una de las notas constitutivas del contrato de trabajo –la ajenidad–, las formas de relación asociativas pueden moverse en el límite de una de las zonas grises del contrato de trabajo. En principio, la distinción es clara: hay relación societaria y se excluye el vínculo laboral cuando el trabajo constituye una aportación en aras a un beneficio común a distribuir y no una prestación que se retribuye con un equivalente al margen de su resultado²; hay contrato de trabajo cuando no hay puesta en común, sino intercambio. Pero esta distinción, tan nítida en la superficie, se oscurece porque en ocasiones se producen conductas estratégicas que utilizan la apariencia aso-

* Magistrado del Tribunal Supremo.

** Profesora Contratada, Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ I. GONZÁLEZ DEL REY, *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 19 y 20; G. LASARRE, *La coopération*, PUF, París, 1959, pp. 5 a 14, y F. VALDÉS DAL RÉ, *Las cooperativas de producción*, Montecorvo, Madrid, 1975, pp. 23 a 43.

² A. MARTÍN VALVERDE, «Contrato de trabajo y figuras afines» en AA.VV., *Aspectos de la contratación laboral*, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 19 y 20; también del mismo «Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», en AA.VV., *Congreso de Magistrados del orden social: el futuro de la jurisdicción social*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 304 a 307.

ciativa para encubrir relaciones materialmente laborales o para presentar como laborales vínculos que no lo son. También puede suceder que la complejidad del fenómeno asociativo –con la creación de una persona jurídica como forma de organizar la gestión del interés social– determine igualmente una complejidad paralela en los vínculos entre la sociedad y sus miembros, de forma que éstos pueden mantener con la sociedad relaciones distintas de la asociativa, cuya compatibilidad no resulta siempre pacífica.

El tipo de sociedad o de asociación determina también diferencias relevantes en el marco de las relaciones entre sociedad y trabajo. En las sociedades personalistas el trabajo puede ser el elemento que define la aportación social y se integra, por tanto, en la relación asociativa, como ocurre en el modelo del socio industrial, aunque también puede definir de forma parcial la aportación del socio colectivo. En las sociedades capitalistas, el fenómeno es el contrario: no la integración, sino la escisión. La condición de socio, ligada a la aportación de capital, se separa, en principio, de la eventual condición de trabajador al servicio de la sociedad, aunque no siempre la separación se mantiene, pues a partir de un determinado nivel en el control del capital social puede desaparecer la autonomía de la relación laboral, según el criterio *realista* dominante en una jurisprudencia siempre inspirada por la filosofía de la sospecha que ha terminado por afirmarse en la ley. Pero también aquí penetra la complejidad, alterando la claridad de las distinciones. En las cooperativas de trabajo asociado o en las sociedades (capitalistas) laborales el trabajo ya no es un elemento extraño al vínculo social; forma parte de la relación asociativa; en las prestaciones accesorias discutimos todavía si la cobertura societaria puede enervar un vínculo laboral subalterno.

Por otra parte, la consulta de la jurisprudencia muestra que el margen difuso de la zona gris entre Derecho del Trabajo y Derecho de Sociedades se ha ampliado en los últi-

mos años como consecuencia de que determinadas prestaciones de servicios, que se realizan y se regulan en el ámbito mercantil, tratan de salir de él y llaman a la puerta del Derecho del Trabajo. En la medida en que éste se ha *liberado* de sus connotaciones obreristas y apunta hacia un Derecho profesional, aparece una nueva zona gris: la del trabajo en los órganos de gobierno y representación de las sociedades; un ámbito de debate que no se limita al caso más conocido de los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas³. Este es, sin embargo, el que ha merecido más atención por parte de la doctrina judicial y científica, y el que pone de relieve un fenómeno sorprendente. Desde hace tiempo asistimos a una *huida del Derecho del Trabajo*⁴, como forma de eludir un ordenamiento protector. Falsos autónomos, transportistas con vehículo propio, representantes de comercio, contratados administrativos, *trades*, guías, encuestadores, profesionales nada independientes y un amplio etcétera forman el vistoso desfile de salida para evitar una protección que se considera excesiva en términos de exigencias de flexibilidad. Pero al mismo tiempo se produce el fenómeno contrario: la cumbre de la pirámide ocupacional –los administradores sociales– protagoniza una espectacular *huida hacia el Derecho del Trabajo* ¿Qué puede explicar esta extraña marcha hacia un Derecho del que todos huyen? ¿Estamos –val-

³ Se extiende también a otras formas asociativas, como muestra el caso de los cargos representativos de los sindicatos y partidos políticos, sobre los que pueden consultarse las SSTs 16.12.1986 (RJ 7491); 7.4.1987 (RJ 2364) y 1.7.1988 (RJ 5731). Vid sobre el tema A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 109 a 111.

⁴ El fenómeno ha sido estudiado por M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «La huida del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, t. II, 1996, y A. BAYLOS GRAU, «La huida del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización», en AA. VV. (Alarcón Caracuel y Mirón Hernández, coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ga la simplificación— ante el nacimiento de un nuevo Derecho del Trabajo para los ricos y ante el riesgo de despoblación del Derecho del Trabajo de los pobres? La experiencia muestra que normalmente cuando se corre precipitadamente hacia un lugar es porque se huye de otro y así la *huida hacia el Derecho del Trabajo* es en realidad una *huida del Derecho Mercantil*. Pero ¿por qué huyen los administradores del Derecho Mercantil? Y ¿adónde quieren llegar? ¿Han tomado el buen camino?

En los apartados siguientes trataremos de contestar a estas preguntas; luego para terminar volveremos a las relaciones entre sociedad y trabajo, que enlaza con otra marcha —la de la Seguridad Social de los administradores sociales y socios— que, no sin tropiezos, parece haber llegado a un puerto, que, si no es el mejor, parece al menos de momento seguro.

2. UN VIAJE DE IDA Y VUELTA: LOS ADMINISTRADORES SOCIALES ANTE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL FRACASO DE LA EXPERIENCIA DEL CONTRATO DE EMPLEO AL MARGEN DE LA REGULACIÓN MERCANTIL

2.1. La administración social como función y como órgano: una caracterización del trabajo del administrador

2.1.1. Estructura y funciones

Antes de examinar los problemas específicos del intento de entrada de los administradores sociales en el Derecho del Trabajo es conveniente realizar algunas precisiones sobre la administración social como función y como órgano, intentando dejar constancia de un dato previo importante: la caracterización del trabajo del administrador social.

La administración social es una noción algo elástica. La doctrina mercantil la define,

en términos muy amplios, como un conjunto de actos, de variada índole, que se realizan sobre el patrimonio social y que tienen como finalidad la consecución del objeto social estatutario⁵. La administración constituye así un todo unitario en cuanto que todos los actos y decisiones que la integran repercuten en un mismo patrimonio y con una misma finalidad. Se suele distinguir, dentro de ese «todo» unitario, entre la función de gestión en sentido estricto y la función de representación, aunque, de hecho, no se trata de realidades distintas sino tan sólo de diferentes formas de contemplar la actividad del administrador, según se analice desde la perspectiva de las relaciones internas de la sociedad o desde el plano de las relaciones externas⁶.

El administrador asume tareas de gestión esencialmente societaria (de tipo administrativo) y tareas de gestión propiamente empre-

⁵ J. GARRIGUES, en GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, Madrid, 1976, p. 18; E. POLO SÁNCHEZ, «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, Civitas, Madrid, 1992, pp. 44 a 48; J. RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1964, pp. 248 y 249; J.L. IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 99 y ss; F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de Administración*, Editorial Montecorvo, 1971, p. 76; F. SÁNCHEZ CALERO, «Administradores», en AAVV (COOF. F. SÁNCHEZ CALERO), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Edersa, Madrid, 1994, p. 19 y, del mismo autor, *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, Navarra, 2005, pp. 41 y 42.

⁶ C. PAZ-ARES, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 579 y 580. La función representativa viene expresamente prevista en el art. 128 LSA, según el cual a los administradores les corresponde la representación de la sociedad «en juicio o fuera de él». Esta representación de la sociedad por los administradores se entiende como una representación orgánica, en la medida en que los administradores son configurados por la ley como órganos de la sociedad (J. GARRIGUES, *Comentario...*, t. II, p. 118; J. GARCÍA DE ENTERRÍA, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, cit., pp. 904 y 905.

sarial. Estas últimas se pueden clasificar, a efectos dogmáticos, en cuatro fases: la programación, la dirección, la ejecución y el control⁷. En una primera fase, los administradores formulan propuestas, eligen las que han de llevarse a cabo y elaboran planes destinados a aplicarlas; después, ponen en marcha esos planes creando para ello una organización adecuada con elementos tanto personales como materiales; por último, dirigen esa organización, la coordinan y ejercen sobre ella el control y la vigilancia necesaria para garantizar el buen funcionamiento de la organización y el logro de los objetivos proyectados.

La administración social tiene, pues, un amplio contenido, que incluye tanto la gestión interna societaria como la gestión externa empresarial, así como la gestión extraordinaria y la gestión ordinaria. No obstante, un sector minoritario de la doctrina mercantilista restringe el concepto de administración social, defendiendo la distinción entre *gestión de la sociedad* y *gestión de la empresa*⁸. La gestión de la sociedad sería la función típica del administrador, mientras que la gestión de la empresa sería propia de los gerentes contratados por la sociedad para este fin⁹. El

diverso contenido de estas funciones justificaría que una misma persona pudiera asumir ambos roles, siendo a la vez «administrador de la sociedad» (actividad de administración) y «gerente de la empresa» (actividad de dirección), con regímenes jurídicos diversos. El problema de la incompatibilidad entre el cargo de administrador y el de alto directivo laboral será analizado más adelante. Aquí basta con señalar que la distinción entre gestión de la sociedad y gestión de la empresa resulta oscura y es extraña a nuestro ordenamiento jurídico, como reconocen sus propios defensores¹⁰. En realidad, no es posible deslindar ambas funciones, que pertenecen, en todo caso, a la administración social. Esta consiste precisamente en ejercitar, como un órgano social, todos los poderes que corresponden a la sociedad como titular de la empresa, ya que la sociedad, como persona jurídica, no puede ejercerlos por sí misma. Cuestión distinta es que los administradores puedan, como se verá, delegar parte de sus tareas en otras personas.

La gestión de la sociedad y la gestión de la empresa son, así, una misma cosa y forman parte del contenido inherente al cargo de administrador. Este contenido es, además, idéntico en todas las formas en que puede organizarse el órgano de administración, con independencia de si el administrador es «ejecutivo» o «no ejecutivo»¹¹. Este último puede haber delegado la gestión ordinaria de la sociedad pero ello no impide que siga siendo el depositario de la misma. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

⁷ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados...*, cit., pp. 77 y ss; G.J. COHEN, *La naturaleza de la función directiva*, Civitas, Madrid, 1991, p. 65.

⁸ J.L. IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación*, cit., pp. 386 y 387; F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Notas...», cit., pp. 126 y 127; SALINAS ADELANTADO, «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 de diciembre de 1992; caso Huarte)», *Revista General de Derecho*, nº 584, 1993, p. 4993; S. SÁNCHEZ GIMENO, *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 110.

⁹ Para J.L. IGLESIAS PRADA (*op.cit.*, pp. 386 y 387) la distinción entre órganos sociales y gerentes ha de basarse, como lo ha hecho la doctrina italiana, sobre la diferenciación entre sociedad y empresa, de forma que a los administradores les corresponde la administración de la sociedad y al órgano directivo la gestión de la empresa.

¹⁰ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Notas...», cit., p. 126, nota 64, e J.L. IGLESIAS PRADA, *op.cit.*, p. 195.

¹¹ En contra, C. PAZ-ARES, «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 2008, nº 1, pp. 25 y ss (trabajo publicado también en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 2007, pp. 15 y ss), para quien el cometido inherente al cargo de administrador no tiene un contenido fijo sino variable, que depende de la forma que adopte el órgano de administración.

Gestión y representación son, por tanto, las funciones propias del órgano de administración. Pero, ¿qué posición ocupa el órgano de administración en la estructura de poder de la sociedad? ¿Desarrolla sus funciones con independencia o está subordinado a la junta general? Las respuestas a estas preguntas nos permitirán posteriormente definir los rasgos propios de la prestación de servicios del administrador.

La doctrina mercantilista se cuestiona si la junta puede o no intervenir en las tareas de gestión o si tales tareas son competencia exclusiva del órgano de administración. El problema se presenta porque la Ley de Sociedades Anónimas no deslinda las competencias de la junta general y de los administradores¹². El art. 93 se limita a disponer que la junta decide en los asuntos propios de su competencia. No obstante esta indeterminación, se entiende mayoritariamente por la doctrina mercantil que señala que el primer límite a la competencia de la junta es la materia de administración, atribuida por la ley al órgano de administración. La gestión de la sociedad ha de reservarse con carácter exclusivo a los administradores, que ejercerán sus funciones sin interferencias de la junta general¹³. Aho-

ra bien, no hay que olvidar que junta y administradores constituyen dos órganos que están jerarquizados. Los administradores están subordinados a la junta, que ejerce un poder indirecto de gestión nombrando y revocando libremente a los administradores, orientando su trabajo, sometiendo a sus acuerdos e instrucciones y fiscalizando y controlando su labor con la censura de la gestión social y el examen de las cuentas y balances¹⁴. Ciertamente, los administradores deben operar con discrecionalidad de juicio, pero, como es lógico, sus decisiones siempre estarán condicionadas por la voluntad de la junta y por la posibilidad que tiene ésta de cesarles en cualquier momento. La independencia del órgano de administración es, por tanto, relativa y se justifica en razones de operatividad. Los administradores gestionan el capital de los accionistas que, en su condición de *dominus*, son los verdaderos soberanos. El órgano de administración se presenta, de esta forma, como un órgano subordinado políticamente a la junta de accionistas, aunque goce de autonomía y discrecionalidad a la hora de desarrollar sus competencias, en una posición similar al poder ejecutivo en un régimen parlamentario clásico.

Este órgano de administración subordinado políticamente pero, a la vez, autónomo desde un punto de vista competencial, puede estructurarse de cuatro formas distintas: un administrador único, dos administradores conjuntos, varios administradores solidarios y un consejo de administración [art. 9 g) LSA y art. 124 RRM]. En el supuesto del administrador único –frecuente en sociedades cerradas y de pequeñas dimensiones– el órgano se encarna en una sola persona que asume íntegramente las funciones de gestión y representación de la sociedad. Cuando la administración se confiere a varios administradores solidarios, cada uno de ellos ostenta todas las funciones del órgano de administración y puede

¹² El art. 51.2 del Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 excluía expresamente de la competencia de la junta general aquellos asuntos reservados a la decisión de los administradores por la ley o los estatutos. Pero esta limitación desapareció en el texto definitivo de la Ley. En la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada la cuestión se plantea de forma diversa, pues el art. 44 .2 declara expresamente que salvo disposición contraria de los estatutos la junta general «podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción de dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión (...)», diferencia que se justifica en la propia naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada.

¹³ En este sentido, J. GARRIGUES, *Comentario...*, cit., p. 30; F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, cit., pp. 42 a 45; E. POLO SÁNCHEZ, «Los administradores...», cit., pp. 42 y 43; F. ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, nº 198, 1990, p. 650.

¹⁴ R. URÍA, en GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, cit., p. 572.

ejercitarlas de forma independiente, sin necesidad de contar con la autorización del resto de administradores. Es posible que las tareas de gestión se distribuyan entre todos ellos, pero esta distribución estatutaria tan sólo tendrá efectos puramente internos. Lo contrario sucede cuando se trata de dos administradores conjuntos, pues, en tal caso, la administración de la sociedad tiene que llevarse a cabo necesariamente con el acuerdo de ambos. Estos tres modos de organizar la administración son típicos de organizaciones simples; el consejo de administración, por el contrario, es la modalidad propia de organizaciones complejas y es la forma que más frecuentemente se adopta en la sociedad anónima. En el consejo, integrado por tres o más miembros, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actúa colegiadamente.

Los administradores pueden transferir parte de sus funciones a otras personas mediante apoderamientos y/o delegaciones. El apoderamiento es posible cualquiera que sea la forma en que se haya configurado el órgano de administración¹⁵. Se trata de la facultad de nombrar auxiliares que viene reconocida para todo empresario (social o individual) en el art. 281 del CCo. Los auxiliares son representantes voluntarios y su poder varía, pudiendo darse desde el supuesto del apoderado singular para la celebración de un negocio concreto, hasta la figura del apoderado general con poder para realizar todos los actos relativos al objeto social. Puede ser apoderado general «cualquier persona» (art. 141 LSA) y su régimen jurídico es el establecido en el RD 1382/1985 que establece un régimen laboral especial para los altos directivos laborales.

¹⁵ Así lo entiende unánimemente la doctrina mercantil. Vid., entre otros, J. GARRIGUES, *Comentarios...*, t. II, cit., p. 133; J.L. IGLESIAS PRADA, *op.cit.*, p. 387; F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados...*, cit., p. 189; J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, cit., pp. 908-910; F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, cit., pp. 580 a 583.

La delegación, por el contrario, sólo es posible cuando la administración de la sociedad se articula a través de un consejo de administración. El art. 141.1 LSA atribuye al consejo la facultad de delegar afirmando que «cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el consejo de administración podrá (...) designar de su seno una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona». El precepto distingue claramente los dos instrumentos para la transferencia de funciones e impone que la delegación recaiga en personas que pertenezcan al consejo de administración («de su seno», dice el artículo). Esto implica, en primer lugar, que los delegados serán siempre administradores; y, en segundo lugar, que la delegación sólo es posible cuando el órgano de administración se configure como un consejo.

En virtud de la delegación se crean nuevos órganos de la sociedad¹⁶ a los que se les atribuye la representación orgánica¹⁷ de ésta: «una comisión ejecutiva» o/y «uno o más con-

¹⁶ La mayoría de la doctrina coincide en considerar a los delegados como órganos de la sociedad. Vid. en este sentido, J.L. IGLESIAS PRADA, *op.cit.*, pp. 367 y ss; F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados...*, cit., p. 417 y ss; J. GARRIGUES, *Comentario...*, t. II, cit., p. 133; F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, pp. 550 y ss; J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 918; G. ESTEBAN VELAS, «Configuración estatutaria del órgano de administración», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. III, Tecnos, Madrid, 1971; F. MARTÍNEZ SANZ, «Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, MC Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 1751 y ss; J.A. ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, «La delegación de facultades por el Consejo de Administración en la Sociedad Anónima», *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, cit., pp. 1822 y ss.

¹⁷ El art. 149.3 RRM dispone que el ámbito de representación de los órganos delegados «será siempre el que determina el art. 129 LSA, en relación con los administradores». Investidos de la representación orgánica que corresponde al consejo, la voluntad de los

sejeros delegados»¹⁸. La comisión ejecutiva es un órgano colegiado, integrado por un número reducido de miembros del consejo, y suele ser frecuente en las grandes sociedades con consejos de administración de amplia base. Los consejeros delegados, por su parte, son miembros del consejo de administración a quienes se les transfieren de forma individual funciones propias del consejo, y pueden ser varios o un único consejero delegado. La relación entre el consejo y estos órganos delegados es, en todo caso, una relación de subordinación y dependencia de éstos respecto de aquél. El consejo conserva todas sus facultades, a pesar de la delegación, no teniendo, pues, los órganos delegados unas competencias exclusivas que puedan desarrollar con plena autonomía. El consejo, en primer lugar, tiene el deber de vigilancia e información respecto a la actuación de estos órganos. Puede también dar instrucciones, puede intervenir, modificando e incluso revocando los actos realizados por los delegados, y puede, finalmente, separar a éstos de sus cargos en cualquier momento y sin necesidad de que exista una causa justa.

El fenómeno de la delegación y de los apoderamientos ha producido un desplazamiento

delegados es la voluntad misma de la sociedad. Por el contrario, el apoderado es, como ya se vio, un representante voluntario cuyas facultades derivan de un poder que puede ser singular o general (director general). La distinción tiene trascendencia práctica, pues mientras que las limitaciones que puedan establecerse a la representación de los delegados no tendrán eficacia frente a terceros aunque se hallen inscritas en el registro, en el caso de los apoderados sí tendrán eficacia, de manera que cuando éstos se extralimiten no obligarán a la sociedad.

¹⁸ A pesar de la expresión aparentemente alternativa del artículo 141 LSA, la doctrina es unánime al entender que cabe también el nombramiento de una comisión ejecutiva junto con uno o varios consejeros delegados. F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, cit., p. 259; J.L. IGLESIAS PRADA, *op.cit.*, p. 149; J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 909; E. POLO SÁNCHEZ, «Los administradores...», cit., p. 470; F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, cit., 556.

to del poder desde el consejo de administración hacia un número reducido de personas (consejeros delegados, miembros de las comisiones ejecutivas, directores generales) que asumen la función ejecutiva (la gestión diaria de la sociedad), quedando reducida la función del consejo a fijar la política general de la empresa, a supervisar la actuación de aquéllos y a acordar las decisiones que, por ser indelegables¹⁹, todavía le competen²⁰. Cuando la transferencia de las funciones ejecutivas se hace a través de la delegación surge la coexistencia de dos tipos diversos de administradores: los administradores ejecutivos (o internos) y los no ejecutivos (o externos)²¹, lo que plantea problemas a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos, en especial en lo que se refiere a la retribución.

¹⁹ El art. 141 LSA enumera una serie de funciones que, por su importancia, competen de forma exclusiva al consejo de administración: la rendición de cuentas, la presentación de balances a la junta general y las facultades que ésta conceda al consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella para delegarlas.

²⁰ Se ha descrito expresivamente la historia de la sociedad anónima desde la perspectiva del poder como el tránsito de una organización democrática regida por la voluntad de los accionistas expresada en la junta general a un poder aristocrático con el dominio de los administradores, que comienza a ser desplazado por la creciente hegemonía de los directores técnicos (la llamada «tecnestructura»).

²¹ La distinción entre consejero ejecutivo y no ejecutivo refleja la realidad del funcionamiento de los consejos de administración; una realidad reconocida por el Informe Olivencia, el Informe Aldama y el Código Unificado de Gobierno Corporativo (vid. R. MATEU DE ROS CEREZO, *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Aranzadi, 2007). La *Recomendación de la Comisión de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en Bolsa*, 2005/162/CE define, en su apartado 2.3, al administrador ejecutivo como «todo miembro del órgano de administración encargado de la gestión ordinaria de la empresa», calificando al resto como «administradores no ejecutivos».

2.1.2. *La relación entre el administrador y la sociedad*

La relación de servicios entre el administrador y la sociedad constituye, en efecto, un tema problemático, que ha producido disparidad de opiniones entre los mercantilistas. Un sector de la doctrina mercantil, antes predominante y hoy claramente minoritario, rechaza el carácter contractual de la relación entre administrador y sociedad y ha defendido su naturaleza puramente orgánica²². De acuerdo con esta tesis, el nombramiento y la aceptación del administrador no se funden dando lugar a un contrato, sino que constituyen «un acto corporativo, puramente societario». Los autores que defienden esta interpretación aceptan que, junto a esta relación orgánica, pueda posteriormente superponerse un contrato de prestación de servicios que regule las condiciones de empleo del administrador; pero se trata, en todo caso, de dos relaciones distintas: la relación societaria de administración y la relación contractual de servicios²³.

Esta concepción estrictamente organicista de la administración social es rechazada actualmente por la mayoría de la doctrina mercantil, que defiende la existencia de una sola relación entre administrador y sociedad caracterizada por una doble vertiente: orgánica y contractual²⁴. Se afirma, en esta línea,

²² Se pronunciaba a favor de esta tesis J. GARRIGUES, *Comentario...*, vol. II, pp. 26 y ss. Actualmente adoptan esta interpretación F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, cit., pp. 91 a 93 y M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, «Retribución de los administradores de las sociedades cotizadas. Las comisiones de retribuciones», en AAVV, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, t. II, Aranzadi, 2006, pp. 1063 a 1065.

²³ F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, cit., p. 92; M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, «Retribución de los administradores de las sociedades cotizadas...», cit., p. 1064.

²⁴ En esta línea ya se pronunciaba J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pp. 338-339; J. RUBIO, *op.cit.*, pp. 235-237. Acogen esta interpretación M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1972, p. 222; J.L. IGLIASIAS

la necesidad de diferenciar entre el órgano como tal y las personas físicas o jurídicas que lo integran (los «ocupantes del cargo»)²⁵. El órgano no mantiene ninguna relación jurídica con la sociedad, puesto que es un elemento estructural de la sociedad misma; pero sus miembros sí están vinculados con la sociedad a través de una relación jurídica de carácter contractual. Se forma así un marco complejo a la vez orgánico y contractual, en el que los actos correspondientes tienen ese doble valor, como ocurre en el ámbito de la función pública con la designación de los funcionarios. El nombramiento del administrador no es sólo un «acto corporativo societario», como señala la doctrina organicista, pero tampoco puede explicarse como un simple «negocio jurídico bilateral de carácter contractual formado por dos declaraciones de voluntad: la designación de la junta general y la aceptación del administrador». En realidad es ambas cosas, pues las dos vertientes no se oponen sino que se complementan.

Aceptada la existencia de una relación contractual entre el miembro del órgano de administración y la sociedad, la cuestión no

PRADA, *op.cit.*, pp. 406-408; F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, cit., pp. 425-427; E. POLO SÁNCHEZ, «Los administradores...», cit., pp. 48-52; G. ESTEBAN VELASCO, voz «Administradores de S.A.», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 346 y 347; F. VICENT CHULIÁ, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 622 y 623; F. LÓPEZ DE MÉDRANO, *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Bosh, Barcelona, 1986, p. 297.

²⁵ La distinción aparece también entre los administrativistas. Vid. J.A. GARCÍA TREVIANO, «Relación orgánica y relación de servicios en los funcionarios públicos», *RAP*, 1954, nº 13, pp. 53 y ss; M.S. GIANNINI, *Derecho Administrativo*, vol. 1, MAP, Madrid, 1991, pp. 262 y 263. Para J.A. TREVIANO en los funcionarios hay que distinguir dos tipos de relaciones con la Administración: una relación orgánica, mediante la cual la persona se inserta en la organización y de la que deriva la facultad de actuar y querer por el ente público, y la relación de servicios, que se establece con la persona titular del órgano en cuanto sujeto individual, distinto del ente público y dialécticamente opuesto al mismo, frente al que ostenta derechos y obligaciones.

se hace esperar: ¿qué clase de relación es ésta? Para responder a la pregunta es necesario examinar brevemente sus notas características. El administrador, en la medida en que no es únicamente un órgano de la sociedad, trabaja por cuenta ajena, sin perjuicio de las precisiones que la jurisprudencia social ha establecido, con mayor o menor acierto, sobre la posición del administrador con control²⁶. Hay también dependencia²⁷, en la forma descrita con anterioridad, tanto en la relación junta general-administrador²⁸, como en la relación consejo de administración-consejeros delegados²⁹. Por su parte, el adminis-

trador puede ser retribuido o no³⁰, aunque lo normal en la práctica es que el cargo sea retribuido; y, desde luego, se trata de una actividad voluntaria, puesto que el nombramiento debe ser aceptado y el administrador puede también dimitir (art. 147 RRM).

Dejando ahora al margen el problema del contrato laboral del administrador social, lo cierto es que la relación de éste con la sociedad puede encajar en dos tipos contractuales afines: el arrendamiento de servicios y el contrato de mandato. Los criterios de distinción entre ambas figuras no han sido nunca claros³¹, aunque la doctrina mercantilista se ha inclinado mayoritariamente por el mandato a la hora de calificar la relación del administrador³². No obstante, hay que advertir que la posición de los administradores resulta compleja, ya que, mientras la actividad de representación encajaría mejor en el mandato, la actividad de gestión corresponde más al modelo de arrendamiento de servicios, que es también predominante en el contrato laboral de alta dirección³³. En todo caso, se trataría de una relación especial, sometida a las normas del Derecho mercantil.

El administrador tiene, así, con la sociedad una relación única con una doble vertiente orgánica y contractual, esta última sometida al Derecho mercantil y, supletoriamente, a las normas del mandato o del arrendamiento de servicios. Las cosas se complican, sin

²⁶ En contra, F. SÁNCHEZ CALERO (*Los administradores...*, cit., p. 98), para quien no concurre «la circunstancia de ser ajeno respecto al empresario, ya que el administrador se encuentra inserto en el órgano de administración de la misma sociedad lo que implica disponer de su titularidad a modo de empresario». Ahora bien, «a modo de empresario» no es lo mismo que afirmar que el administrador «es el empresario». No lo es y en la medida en que trabaja para él existe ajenedad.

²⁷ La posición orgánica del administrador no excluye la dependencia. En contra de esta opinión se manifiestan, sin embargo, G. ESTEBAN VELASCO [«La administración de la sociedad de responsabilidad limitada», en PAZ-ARES (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid, 1997, p. 747] y F. SÁNCHEZ CALERO (*Los administradores...*, cit., p. 98). Para este último autor los administradores, en virtud de su relación orgánica, disponen de un poder de dirección de la sociedad incompatible con la dependencia. No creemos, sin embargo, que la posición orgánica del administrador impida que se cumpla la nota de dependencia. La condición de órgano se limita a explicar el funcionamiento de la persona jurídica a través de la persona física, pero no prejuzga la forma, dependiente o no, de llevar a cabo su actuación dentro de la estructura de poder de la sociedad.

²⁸ Aquí la dependencia, como ya se examinó, es más tenue, pero existe pues aunque la junta en la sociedad anónima no puede dar órdenes e instrucciones concretas sobre la gestión y administración de la sociedad, sí puede, como órgano supremo, dar directrices generales sobre la política de la empresa, y, en todo caso, no se puede olvidar que es la junta la que nombra y cesa a los administradores, quienes deben rendir cuentas ante ella de su actuación.

²⁹ En estos casos la dependencia es más nítida, similar a la del alto directivo laboral (director general).

³⁰ La Ley de Sociedades Anónimas parte de la presunción de gratuidad, salvo que los estatutos establezcan lo contrario [arts. 130 y 9 h)].

³¹ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, Madrid, 1961, pp.477 a 482; L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 475 y 476.

³² J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 338 y 339; C. PAZ-ARES, «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», cit., pp. 72 y 73; S. SÁNCHEZ GIMENO, *Las prestaciones de servicios u obra...*, cit., pp. 56 y 57.

³³ A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, cit p. 44.

embargo, cuando el órgano de administración está organizado como consejo y existen consejeros con facultades delegadas. En estos casos se ha planteado la posibilidad de que, junto a la relación de administración común aplicable a todos los miembros del consejo, los consejeros delegados o ejecutivos puedan acumular una relación contractual adicional que regule ese plus de actividad que asumen frente al resto. La cuestión se ha suscitado fundamentalmente en relación con las retribuciones e indemnizaciones por cese de los consejeros delegados y los problemas que en esta materia plantea la aplicación del art. 130 LSA.

Este precepto declara que «la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos». Pese a su aparente claridad, la norma ha planteado importantes problemas de interpretación a la hora de delimitar el ámbito objetivo y subjetivo de la norma³⁴. La primera cuestión ha sido especialmente controvertida aunque en la actualidad existe consenso en la doctrina mercantil a la hora de entender que los estatutos tan sólo deben fijar el sistema de la retribución y no su cuantía³⁵. Los estatutos no deben fijar el

³⁴ No podemos detenernos en analizar los supuestos especiales en los que la retribución consiste en una participación en los beneficios o en la entrega de acciones o de derechos de opción sobre las mismas, en los que el legislador, junto a las garantías previstas por el art. 130 con carácter general, ha impuesto requisitos específicos. Vid. un examen de este tipo de retribuciones en F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, cit., pp. 265 a 281 y en el estudio colectivo dirigido por F. SÁNCHEZ CALERO y J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas. Estudio especial de las opciones sobre acciones y otros derechos referidos a las cotizaciones*, Colex, Madrid, 2003.

³⁵ J. GARRIGUES, *op.cit.*, p. 92; J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, cit., p. 903; E. POLO SÁNCHEZ, «Los administradores», cit., p. 193; F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, cit., pp. 249 y 250; F. TUSQUETS TRÍAS DE BES, *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, 1998, p. 129; F. LÓPEZ DE MÉDRANO, «En torno a la retribución de los administradores de la sociedad anónima», *Revista General de Derecho*, nº 577, 1992,

importe exacto de la retribución, lo que provocaría una rigidez excesiva, sino los conceptos retributivos que integran la remuneración de los administradores (dietas por asistencia, sueldo fijo, participación en los beneficios, opciones sobre acciones...)»³⁶. La concreción de la retribución corresponde a la junta general de accionistas, que puede fijar el importe concreto o simplemente establecer un límite máximo, siendo, en este último caso, el consejo de administración quien, respetando ese límite, distribuirá el importe a satisfacer entre sus miembros.

Una interpretación flexible de lo que se entiende por «sistema de retribución» y del papel de la junta a la hora de concretar la remuneración hubiera evitado muchos problemas y permitiría conciliar el art. 130 LSA con las exigencias del mercado de ejecutivos. Pero lo cierto es que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha adoptado un criterio restrictivo al aplicar este precepto, exigiendo que los estatutos establezcan con claridad y precisión los parámetros retributivos, sin posibilidad de establecer criterios alternativos o sistemas acumulativos cuya elección se deje a la junta general³⁷. Esta rigidez plantea serios problemas en las sociedades complejas donde el órgano de administración es un consejo que ha delegado sus funciones ejecutivas en uno o varios de sus miembros. Si el consejo de administración es el que

p. 10142; C. PAZ-ARES, «El enigma de la retribución...», cit., pp. 6 a 10 y, más recientemente, «*Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)*», *La Ley*, 7136/2009, pp. 2 a 4.

³⁶ Esta interpretación ha sido confirmada por el propio legislador de 1989, en el art. 9 h) de la vigente LSA. El precepto, en la misma línea que el art. 124.3 RRM, dispone que en los estatutos debe constar «el sistema de retribución».

³⁷ *Vid.*, entre otras, las Resoluciones de la DGRN 18 de febrero de 1991; 4 de octubre de 1991; 17 de febrero de 1992; y 12 abril 2002. *Vid.* sobre los criterios restrictivos aplicados por la DGRN en esta materia un examen detallado en F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, cit., pp. 256 a 259.

nombra a los consejeros delegados lógico es que también sea él quien decida su retribución, con los límites impuestos por los estatutos y por la junta³⁸. Dentro de esos límites, sin embargo, el consejo debe tener un cierto margen de discrecionalidad a la hora de negociar la retribución con el consejero ejecutivo, pues depende de multitud de circunstancias que sólo aquél está en condiciones de valorar y que, por supuesto, no concurren de forma idéntica en todos los casos. Y aquí se plantea el segundo problema interpretativo del art. 130 LSA: la determinación de su ámbito subjetivo. ¿Se aplica esta norma a todo tipo de administradores o están excluidos de su ámbito los consejeros ejecutivos?

En la práctica de las grandes sociedades los problemas de rigidez que plantea el art. 130 LSA se han evitado tradicionalmente mediante la conclusión de un contrato de servicios entre el consejo de administración y el consejero delegado, en virtud del cual éste percibe una retribución adicional y pacta unas indemnizaciones por cese al margen de las previsiones estatutarias y sin la aprobación previa de la junta general³⁹. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado en contra de esta posibilidad, pero los contratos siguen celebrándose, en lo que se ha caracterizado expresivamente como una rebelión de la práctica frente a la teoría⁴⁰.

³⁸ El principio de correlación entre retribución y designación lo explica brillantemente C. PAZ-ARES en «El enigma de la retribución...», cit., pp. 35 a 38.

³⁹ Sobre lo extendido de esta práctica entre las sociedades españolas vid. R. CRESPI CALDERA (dir.), *Observatorio de gobierno corporativo y transparencia informativa de las sociedades cotizadas en el mercado continuo español*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2007; J. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, «La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información como solución)», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 28, 2007, pp. 31 y ss; M. OLIVENCIA RUIZ, «La remuneración de los administradores y el Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas», en F. SÁNCHEZ CALERO y J.W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas*, cit., pp. 31 a 39.

⁴⁰ C. PAZ-ARES, «El enigma de la retribución...», cit., p. 3.

Ante esta situación la doctrina mercantil se halla dividida. La gran mayoría de los autores se alinea con la jurisprudencia y consideran que el art. 130 LSA es aplicable a todos los administradores, incluidos los consejeros ejecutivos, que no pueden eludir los límites retributivos estatutarios previstos en ese precepto a través de la firma de un nuevo contrato⁴¹. Por el contrario, otro autorizado sector doctrinal entiende que mientras que para la administración personal y el consejero ordinario hay una única relación societaria de administración cuya retribución queda sometida al art. 130 LSA, en el caso del consejero ejecutivo hay dos relaciones superpuestas: la relación básica de administración social que incluye exclusivamente la función deliberativa o de supervisión y otra relación de servicios –cuyo origen está en la delegación– que incluye la función ejecutiva (el *day-*

⁴¹ G. ALCOVER GARAU, «La retribución de los administradores de las sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 5, 1995, pp. 131 y ss; G. ESTEBAN VELASCO, «La administración en las sociedades de responsabilidad limitada», cit., p.750; F. TUSQUETS TRÍAS DE BES, *La remuneración...*, cit., pp. 229 y ss; J. JUSTE MENCIA, «Retribución de consejeros», en G. ESTEBAN VELASCO (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, pp. 497-499 y, del mismo autor, «La posición del equipo directivo en la estructura de gobierno de la sociedad cotizada: la responsabilidad de los consejeros ejecutivos y miembros de la alta dirección», en AAVV, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, vol. II, cit., pp. 1034 y 1035; M. S. FLORES DOÑA, «En torno a la concurrencia de relaciones laborales y societarias (Orientaciones de la jurisprudencia laboral)», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 14, 2000, pp. 432 y ss; M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, «Retribución de los administradores...», cit., pp. 1075 y ss; F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, cit., pp. 577 a 580; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «La retribución de los administradores...», cit., pp. 36 y ss; L. VELAS SANPEDRO, «Retribuciones de los consejeros y altos directivos», en AAVV, *Comentarios a las recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno*, Madrid, 2997, pp. 211 y ss. Un estudio de especial interés en relación con las indemnizaciones por cese de los administradores es el de J. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los pactos de indemnización del administrador cesado», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 216, 1995, pp. 473 a 516.

to-day management)⁴². La retribución de la primera relación está sometida a la exigencia de cobertura estatutaria establecida por el art. 130 LSA, pero no lo está, sin embargo, la retribución específica que trae causa de la segunda relación, que ha de regirse por el art. 141 LSA. El consejo de administración, por mayoría cualificada de dos tercios de sus miembros, puede, así, de acuerdo con esta tesis, fijar las remuneraciones que considere más convenientes a favor de los consejeros ejecutivos, sin estar constreñido por lo dispuesto en los estatutos en materia de retribución de los administradores⁴³.

2.2. El intento de entrada en el ámbito laboral y la doctrina del vínculo

Estas dificultades para normalizar el régimen retributivo y de indemnizaciones por cese de los administradores explican el sentido de la *huida hacia el Derecho del Trabajo*. Se va al Derecho del Trabajo para escapar del art. 130 de la LSA y del art. 66 de la LSRL, entendiendo que si el administrador suscribe un contrato de trabajo con la sociedad, el contenido obligacional de ese contrato y, en especial, la retribución y las indemnizaciones por cese quedan al margen de las prescripciones de los preceptos citados y, por tanto, fuera de los límites estatutarios y del control de la junta general. Pero el ordenamiento laboral no

tiene, como sabemos, una entrada libre. Para penetrar en él es necesario que se trate de un tipo de actividad que reúna las características exigidas por el art. 1.1 del ET y que no opere una exclusión constitutiva⁴⁴.

¿Reúne la actividad profesional de los administradores sociales los prepuestos legales del trabajo incluido en el ordenamiento laboral? La respuesta tiene que matizarse en función de las características de esa actividad, tal como han quedado expuestas en el apartado anterior. No cabe duda que los aspectos orgánicos del vínculo son mercantiles y tendrían que permanecer al margen de una hipotética relación laboral. Queda, sin embargo, la vertiente del contenido de la prestación de servicios y su retribución y aquí se plantea una primera cuestión a la que ya se ha hecho referencia y que se refiere a la posibilidad de separar la vertiente orgánica y la vertiente de servicio o de empleo para configurarlas como relaciones distintas, reguladas por ordenamientos también diferentes y sometiendo sus litigios a órdenes jurisdiccionales también diferenciados. Pero si aceptamos en una primera hipótesis la posibilidad de escisión del vínculo en dos relaciones, la operación siguiente sería comprobar si en el seno de la relación de servicios concurren los presupuestos de laboralidad. La respuesta es afirmativa, aunque sólo en determinados casos y por ello ha podido organizarse la huida con algunas posibilidades de éxito.

En efecto, el trabajo de los administradores es un trabajo por cuenta ajena desde el momento que admitimos que el administrador es algo más que un órgano. El carácter bilateral y recíproco de obligaciones del vínculo expresa precisamente esa ajenidad, que también se pone de manifiesto al advertir, sin dificultades, que la utilidad patrimonial del

⁴² C. PAZ-ARES, «El enigma de la retribución...», cit., pp. 19 y ss; también «*Ad impossibilia nemo tenetur...*», cit., pp. 1 a 18.

⁴³ PAZ-ARES deja claro que las decisiones retributivas de los consejeros delegados deben someterse a las reglas relativas a las decisiones de delegación de facultades. La configuración –cualitativa y cuantitativa– del paquete retributivo de los consejeros ejecutivos, dice este autor, «no puede ser transferida a otros órganos delegados: ni al presidente, ni a la comisión ejecutiva ni siquiera a la comisión de nombramientos y retribuciones (otra cosa es que su informe sea preceptivo) y ha de ser aprobada por el *plenum* del consejo con la mayoría cualificada de dos tercios de sus miembros a que se refiere el art. 141.2 LSA («El enigma de la retribución...», cit., pp. 37 y 38.

⁴⁴ Para la distinción entre exclusiones constitutivas y declarativas, *vid.*, por todos, L.E DE LA VILLA, «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, nº 4 /1972, pp. 50 a 71.

trabajo del administrador se apropia por la sociedad, lo que, en principio, diferencia el trabajo del administrador de las sociedades capitalistas del socio que administra una sociedad personalista, cuya actividad tiene un encuadramiento orgánico predominante⁴⁵. Hay que aclarar que la doctrina del vínculo no niega necesariamente la ajenidad, aunque algunas apreciaciones organicistas de la STS 29.9.1988 (RJ 7143) iban en esa dirección, cuando afirmaba que la relación del consejero y la sociedad «es de carácter interno» y en ella «no concurre ninguna de las características de la relación laboral (...), ni siquiera la dualidad de partes»⁴⁶. Esta es una argumentación que se ha superado en sentencias posteriores. La STS 4.6.1996 (RJ 4882) reconoció claramente la ajenidad de la actividad de la administración social y así lo establece también la STS 29.1.1997 (RJ 640), dictada por el Pleno de la Sala. El problema se plantea, porque en esta última sentencia y en otras posteriores se introduce un límite cuantitativo para el administrador –socio en función de la participación en el capital–. La limitación es polémica, como muestra el voto particular que se formuló a esta sentencia. Luego volveremos sobre ella, pero lo que ahora interesa es constatar que el carácter orgánico del vínculo no impide

apreciar el carácter por cuenta ajena de la actividad prestada para la sociedad, aunque la ajenidad se niegue cuando el control de la sociedad ponga en cuestión esta nota en la práctica.

En cuanto a la dependencia, su presencia en el trabajo del administrador resulta más polémica, en la medida en que se cuestiona que pueda considerarse una actividad subordinada la que en realidad fija los objetivos de la sociedad y su programa de actividades⁴⁷. Pero, como ya hemos visto, esto no excluye una dependencia política de los administradores personales y de los consejeros ordinarios de la junta general, que puede fijar criterios generales de gestión de la sociedad y tiene el poder decisivo de cesar a los administradores. Las facultades de dirección están todavía más claras en el art. 44.2 LSRL que, salvo disposición en contra de los estatutos, permite a la junta general «impartir instrucciones al órgano de administración». Para los consejeros delegados o ejecutivos la dependencia del órgano delegante resulta más marcada por los propios términos de la delegación y su régimen. No hay poderes absolutos fuera del vértice de la organización y los poderes que no son absolutos están en una posición de dependencia de otro poder y en este sentido la posición de un consejero delegado no es muy distinta de la de un alto directivo. La posición de un administrador personal o la de un consejero ordinario tiene mayor autonomía, pero es también un posición dependiente de la junta general. El trabajo del administrador puede ser retribuido y, desde luego, es de aceptación voluntaria.

Tenemos así todos los caracteres de la relación laboral, al menos para los administradores retribuidos. Pero, con buen criterio, aunque quizá con escasa fortuna estilística, el art. 1.3. c) ET los excluye del ámbito del orde-

⁴⁵ L. Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, v. II, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 524 a 527; F. Sánchez Calero y J. Sánchez-Calero Guilate, *Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I, Aranzadi, Elcano, 2006, p. 336, y C. Paz Ares, «La sociedad colectiva. Introducción y administración», en Uría/Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, cit., pp 587 a 595. Paz-Ares distingue dos modelos de administración, el constitucional y funcional, aunque para los dos establece un fundamento en el contrato social, que no excluye ni la administración por terceros, ni la retribución específica del administrador funcional socio, lo que para este caso podría introducir un elemento de ajenidad. Vid. también sobre el tema A. Sierra Herrero, *Administradores de sociedades mercantiles y altos directivos laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 29 a 45.

⁴⁶ Se acepta en definitiva la tesis organicista, pues la relación -se dice- es únicamente «entre las personas jurídicas y las individuales integrantes de sus órganos».

⁴⁷ A. Martín Valverde, «Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», cit., p. 293.

namiento laboral»⁴⁸. La exclusión resulta acertada por dos razones. En primer lugar, porque en el caso de los administradores no cabe apreciar, como regla general, ninguna de las causas que justifican la intervención tutelar del Derecho del Trabajo. Más bien se da el caso contrario: en la mayoría de los supuestos el problema consiste en proteger a la sociedad de sus administradores. En segundo lugar, porque la duplicidad de regulaciones legales y la concurrencia de órdenes jurisdiccionales tienen consecuencias muy negativas, como muestra la experiencia.

Sin embargo, la exclusión no ha sido aceptada pacíficamente y tanto en la teoría como en la práctica hemos visto desarrollarse determinados intentos de limitar la exclusión. La primera vía se ha centrado en una interpretación restrictiva del art. 1.3.c) ET que se ve ciertamente facilitada por las precauciones semánticas del precepto y su insistencia en las limitaciones («...la actividad que se limite *pura y simplemente* al mero desempeño del cargo...»). En este sentido se ha sostenido que sólo estaría excluido del ámbito laboral el mero consejero de un órgano de administración colegiado, pero quedaría incluido el consejero delegado o el consejero miembro de una comisión ejecutiva, que ya no es mero consejero, sino que asume un *plus* de actividad profesional⁴⁹, que en cuanto tal

queda fuera de la exclusión y puede dar lugar a una relación laboral. Esta construcción se completa en la práctica con el recurso a la superposición sobre la relación de administración social de otra relación laboral especial de alta dirección, de forma que esa relación laboral superpuesta integra el contenido obligacional de la vertiente de empleo, quedando así el vínculo mercantil reducido a los aspectos orgánicos de la relación⁵⁰. La alta dirección laboral tiene por objeto, según el art. 1.2 del RD 1382/1985, el ejercicio «de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa», que son precisamente los poderes de dirección, gestión y representación que corresponden a la administración social. El consejero ejecutivo puede, por esta vía, suscribir un contrato laboral de alta dirección para hacer lo mismo que tiene que hacer como consejero ejecutivo, pero pactando unas retribuciones o indemnizaciones por cese que no están autorizadas por los estatutos. La denominada doctrina del vínculo surgió para poner fin a esta práctica en la STS 29.9.1988 ya citada, dictada en el conocido *caso Huar-te*⁵¹. Para esta sentencia la delegación de funciones del consejo en el consejero ejecutivo no permite considerar a éste como algo distinto al mero consejero y construir sobre ese pretendido *plus* funcional una relación laboral de alta dirección. La sentencia comentada recuerda que hay tres formas de instrumen-

⁴⁸ La exclusión se ha reproducido para el trabajo autónomo en el art. 2.b) LETA, aunque el art. 1.2.c) considera trabajador autónomo al administrador con control.

⁴⁹ M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La relación laboral especial de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985», *Relaciones Laborales*, 5/1988. Esta posición, que ha tenido una influencia destacada sobre la doctrina laboralista, ha sido recientemente desarrollada y ampliada por PAZ-ARES («El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», cit., en especial pp. 14 a 26). Pueden consultarse exposiciones generales del debate en M.A. LIMÓN LUQUE, (*Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración y encuadramiento en la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 52 a 91), C. MARTÍNEZ MORENO («Consejeros y administradores sociales», en AA.VV.,

El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 194 a 208); A. SIERRA HERRERO (*op. cit.*, pp. 89 a 109) y S. SÁNCHEZ GIMENO (*Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 99 a 115). Para nuestra posición *vid.* DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, *op. cit.*, pp. 73 a 100.

⁵⁰ También comprendería esa relación la actividad no ejecutiva o delegada del consejero, es decir, su papel de mero consejero.

⁵¹ En el caso se acordó que el actor ejercería el cargo de director general, y una vez ratificado el contrato por el consejo de administración, el de consejero delegado, compatibilizando los dos cargos hasta su cese. En la demanda se reclamaba las indemnizaciones por cese.

tar la transferencia de funciones del consejo: a través de una comisión ejecutiva, mediante el nombramiento de uno o más consejeros delegados y mediante apoderamientos a terceros. «En los dos primeros casos –aclara– los consejeros, en comisión o delegados, siguen realizando funciones que les son propias y en el tercero, en cambio, se recurre a una persona ajena al consejo con quien, efectivamente, se establecería una relación que hoy, a tenor de lo dispuesto en el art. 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985 hay que reputar como laboral de carácter especial». La diferencia es clara: sólo con el tercero apoderado puede establecerse la relación laboral, porque los consejeros ejecutivos están comprendidos en la exclusión ya que hacen lo mismo que les correspondería como consejeros ordinarios, si no hubiera existido delegación. Y por ello se concluye que «el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto, sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza», de forma que «para la concurrencia de la relación laboral de carácter especial mencionada no basta que la actividad realizada sea la propia del alto cargo, tal como las define el precepto reglamentario, sino que la efectúe un trabajador, como el mismo precepto menciona, y no un consejero en el desempeño de su cargo».

La huida al Derecho del Trabajo quedó cerrada con la sentencia del *caso Huarte* que fue ratificada por otras sentencias posteriores⁵². La doctrina está consolidada, aunque pueden observarse algunas fisuras⁵³, que han

sido superadas en la doctrina más reciente, como puede verse en las SSTs 17.7.2003 (RJ 257/2004) y 26.12.2007 (RJ 1777). La situación no ha cambiado con la Ley 20/2007, que aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo. El art. 1.2.c) se limita a incluir en su ámbito el trabajo de administradores con control efectivo de sociedad, mientras que el art. 2.b) excluye de ese ámbito la actividad del administrador sin control en los mismos términos que, respecto al trabajo por cuenta ajena laboral, lo hace el art. 1.3.c) ET. De esta forma, administrador con control queda fuera del ámbito laboral porque es trabajador autónomo, mientras que el administrador sin control no es ni trabajador autónomo, ni trabajador por cuenta ajena en régimen laboral. Sigue siendo lo mismo: un trabajador por cuenta ajena que presta servicios en régimen mercantil.

2.3. Un periplo más accidentado: rechazo, apertura y cierre final del contrato de empleo autónomo del administrador social ante el orden civil

La doctrina del vínculo se ha consolidado y se sostiene bien frente a las críticas. Por ello, la huida del art. 130 LSA y del art. 66 LSRL se ha ido desplazando del contrato laboral de alta dirección a un contrato de servicios o de empleo, que permitiría también introducir una regulación alternativa, con la que escapar de las limitaciones del régimen mercantil «orgánico». El esquema que se repite en los

⁵² SSTs 21.1.1991 (RJ 65/1991); 18.3.1991 (RJ 1869/1991); 29.4.1991 (RJ 3393/1991); 9.5.1991 (RJ 3794/1991); 3.6.1991 (RJ 5123/1991); 18.6.1991 (RJ 5152/1991); 27.1.1992 (RJ 76/1992) y 22.12.1994 (RJ 10221/1994); 16.6.1998 (RJ 5400/1998) y 26.12.2007 (RJ 1777/2007). La doctrina jurisprudencial admite, sin embargo, la compatibilidad de la administración social y la relación laboral común (STS 20.10.1998 - RJ 9296/1998-, y las que en ella se citan).

⁵³ Se trata de las SSTs 13.5.1991 (RJ 3906/1991); 24.10.2000 (RJ 1414/2001) y 26.2.2003 (RJ

3258/2003). Un análisis de estas sentencias en A. DESDENTADO BONETE, «Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la Seguridad social. Un repaso crítico por la jurisprudencia», *Justicia Laboral*, nº 231/2005. La primera admitió con carácter excepcional la compatibilidad entre alta dirección laboral y administración social en un caso en el que la separación de los cargos estaba prevista en los estatutos; la segunda se pronuncia sobre un supuesto bastante confuso en el que se cuestiona que hubiera un desempeño efectivo del cargo de administrador.

diversos litigios es ilustrativo de esta estrategia y se advierte ya en el que podríamos denominar el *caso Huarte 2* que resuelve la STS 1ª 30.12.1992 (RJ 10.570): una vez descalificado como laboral el contrato especial de alta dirección por sentencia del orden social, se presenta la misma pretensión ante el orden civil, solicitando las indemnizaciones por cese pactadas que no están previstas en los estatutos. Ahí reside el problema, porque si hubiera previsión estatutaria esta solución no laboral sí sería posible. La norma mercantil sólo exige transparencia y control: que las retribuciones y las indemnizaciones de los administradores se prevean en los estatutos y estén, por tanto, controladas por los socios. Esta exigencia condenaba al fracaso la pretensión del *caso Huarte 2*, pues no existía previsión estatutaria de la indemnización por cese. Pero la sentencia comentada va más lejos, pues afirma que los pactos de indemnización por cese de los administradores son contrarios a la libertad de revocación que la ley otorga al consejo de administración; razonamiento que es obviamente generalizable a la revocación de los administradores por la junta general. No se impide —dice la sentencia— al consejo de administración hacer uso de su facultad de revocación, pero con la indemnización se introduce una «coacción» que opera «fuera de las previsiones de los estatutos sobre retribución de los administradores», con lo que se vulnera el art. 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951⁵⁴ y «en consecuencia, siendo los arts. 77.1 y 74 preceptos de clara naturaleza imperativa, su falta de observancia conlleva la nulidad radical de los pactos que los contraríen», que ha de ser apreciada de oficio⁵⁵.

⁵⁴ El equivalente al actual 130 LSA.

⁵⁵ Los criterios de esta sentencia crearon cierta conmoción en la doctrina mercantilista, como puede verse en los trabajos de J. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los pactos de indemnización del administrador cesado», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 216/1995; G. ALCOVER GARAU, «La retribución de los administradores sociales en las sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº

Con esta doctrina parecía cerrada una normalización de los problemas profesionales de los administradores, pues, si el pacto sobre indemnizaciones por cese es nulo, poco espacio queda para la negociación de condiciones de empleo en los contratos de prestación de servicios de los administradores sociales. Pero algunos años después se produciría un giro completo con la STS1ª 9.5.2001 (*caso Mattel*), que acepta la posibilidad de un contrato de servicios con un consejero delegado en el que se pactan retribuciones e indemnizaciones específicas al margen de las previsiones estatutarias. De esta forma, la relación superpuesta no es laboral y tampoco es una relación de administración, sino un vínculo civil que se añade al de administración social y permite eludir las prohibiciones en materia de retribución y «blindaje» de los administradores. Esta doctrina contradice la anterior del *caso Huarte 2* y es, en términos de argumentación, bastante vulnerable, porque la «alta dirección y la gestión», que se considera que «rebasaban las (funciones) propias de los administradores», son en realidad funciones típicas de la administración social y porque por esta vía del contrato de servicios adicional se eliminan los controles de la ley mercantil sobre la remuneración y las indemnizaciones de los administradores. Al cierre completo de la sentencia del *caso Huarte 2* sucede una apertura del *caso Mattel*, que creará una estela de permisividad seguida en otras sentencias posteriores⁵⁶. El resultado no deja de ser sorprendente, pues resulta que no puede permitirse que los estatutos establezcan una indemnización por cese para el administrador social, pero el órgano de admi-

5/1995, y C. SALINAS ADELANTADO, «La problemática de los contratos blindados o paraguas dorados en la acumulación de figuras de consejero delegado y de director general», *Revista General de Derecho*, nº 584/1993.

⁵⁶ SST1ª 9.5.2001 (RJ 7386); 26.4.2002 (RJ 4161) y 27.3.2003 (RJ 2828). Sobre estas sentencias vid. A. DESDENTADO BONETE, «Administradores sociales: situación profesional y encuadramiento en la Seguridad Social...», cit. pp. 18 y 19.

nistración sí puede pactar, mediante un contrato de servicios con uno de sus miembros, una indemnización «de alto blindaje» sin previsión estatutaria y sin control alguno de la junta general.

Pero la sentencia *Mattel* sería, como ha dicho expresivamente Paz-Ares, una victoria pírrica⁵⁷. En el año 2005 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo con la STS 21.4.2005⁵⁸, *caso Ocariz*, inicia un nuevo giro radical, revisando la doctrina *Mattel*. A aquella resolución siguen, primero, la serie de sentencias del caso *Eurasquin*⁵⁹, una de ellas –la STS1^a 12.1.2007, del Pleno de la Sala– y, luego, las sentencias de 29.3.2007⁶⁰ (*caso Maspalomas*), 24.4. 2007⁶¹ (*caso Cinturón Verde de Oviedo*), 31.10.2007⁶² (*caso Royal Life*) y 29.5.2008⁶³ (*caso Lumoan*)⁶⁴.

Estas sentencias vienen, por una parte, a aceptar sin problemas las consecuencias de la doctrina del vínculo en los casos en que se ha producido una descalificación previa de la relación concurrente de alta dirección⁶⁵. Lo que queda tras esta exclusión de la laboralidad es el problema del grado de autonomía de la regulación de la prestación de servicios frente a las normas imperativas de la legisla-

ción societaria. La nueva orientación doctrinal no resuelve de forma inequívoca la cuestión relativa a si estamos ante una relación única con retribución también necesariamente única para las dos funciones, que en realidad también son la misma⁶⁶ o si lo que se producen son dos relaciones conectadas –la relación de empleo para cubrir las obligaciones patrimoniales derivadas de la relación orgánica, que determina la investidura como órgano social–. Pero en cualquier caso lo que queda claro, pese a algunas ambigüedades, es que una relación de empleo autónoma –es decir, fuera de los límites del art. 130 LSA y del art. 66 LSRL– sólo sería posible para el desempeño de funciones que rebasan las que son propias de los administradores, pues «admitir otra cosa significaría tolerar la burla del mandato contenido en el art. 130, mediante el rodeo propio del *fraus legis*»⁶⁷. De ahí que, en la medida en que en el contrato de empleo concurrente el gerente sólo se obliga a «hacer lo mismo que debía hacer como órgano social», no cabe admitir esa relación de servicios al margen de los preceptos que limitan el régimen retributivo de los administradores, sin que puede admitirse la distinción entre una «administración genérica», que correspondería al administrador en cuanto

⁵⁷ C. PAZ-ARES, «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», cit, pp. 11 a 14.

⁵⁸ RJ 1674/2005.

⁵⁹ SSTS1^a 5.3.2004 (RJ 1807/2004); 15.6.2006 (RJ 5590/2006); 16.6.2006 (RJ 3374 y 3734); 12.1.2007 (RJ 671/2007).

⁶⁰ RJ 1674/2007.

⁶¹ RJ 2418/2007.

⁶² RJ 6816/2007.

⁶³ RJ 2418/2008.

⁶⁴ Un comentario más detenido de estas sentencias en A. DESDENTADO BONETE y M.A. LIMÓN LUQUE, «La situación profesional de los administradores sociales y la nueva doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo», *Actualidad Laboral*, nº 15/2008.

⁶⁵ «No existe contrato de trabajo por la mera actividad de un consejero» afirma de forma contundente la sentencia del caso *Ocariz* y añade que cuando los administradores asumen funciones de gerente, como sea que estas funciones no aparecen diferenciadas en nuestro Derecho, las primeras absorben las de la gerencia (fj 3^o).

⁶⁶ La sentencia del caso *Maspalomas* se inclina por el carácter único de la relación: es plenamente correcto entender que las funciones desarrolladas como consejero delegado y director gerente se agrupan en una única relación mercantil con una única retribución (fj 2^o).

⁶⁷ Sentencia del caso *Cinturón Verde* (fj 4^o). La sentencia añade que el art. 130 LSA no se refiere sólo a la contraprestación periódica prevista para el tiempo de ejecución de los servicios contractuales, sino a cualquier tipo de retribución. Consideraciones similares en las sentencias de los casos *Ocariz* («ni el consejo de administración, ni el propio consejero delegado en su propio beneficio (...) pueden recurrir al contrato de alta dirección (...) con la única finalidad de poder ser retribuido de una forma extraordinaria y anómala» (fj 4^o), *Royal Life* (fj 2^o) y *Lumoan* (fj 8^o), aunque en estas dos últimas sentencias las consecuencias de la configuración irregular se limitan en atención a las circunstancias concurrentes (sociedades de socio único y de dos socios, que no conocimiento y aceptación de la contratación).

tal, y una «administración específica» a cargo del alto directivo.

2.4. Los límites de la situación actual y los problemas de la ordenación profesional del trabajo de los administradores

Las dos vías de huida han acabado cerrándose y de momento no parece probable un cambio en las orientaciones de los dos órdenes jurisdiccionales que hemos expuesto en los apartados anteriores. Esto no significa que estemos ante una situación plenamente satisfactoria, aunque la eliminación de las falsas salidas puede ayudarnos a encontrar soluciones más adecuadas y, sobre todo, más estables⁶⁸. Una de las críticas más autorizada de la doctrina del vínculo⁶⁹ insiste en que en el marco de organizaciones complejas la función ejecutiva que desempeñan los consejeros delegados no puede considerarse una función inherente al cargo de consejero ordinario en atención a «la imposibilidad práctica de que el consejo administre o gestione» este tipo de sociedades «de manera directa y continua». En estas sociedades la función de deliberación o de supervisión y la función ejecutiva se escinden a la hora de su ejercicio y así mientras la función de supervisión se mantiene en el consejo, la función ejecutiva, en la medida en que no puede desempeñarse por un órgano colegiado, tiene que ser necesariamente objeto de delegación en un consejero ejecutivo o un gerente. Dentro de este esquema las funciones de deliberación y supervisión serían

las «inherentes» al mero consejero o consejero ordinario, y las ejecutivas definirían el ámbito propio del consejero delegado o ejecutivo. Por ello, la exclusión del art. 1.3 c) ET sólo afectaría al consejero ordinario –el mero consejero– y a los distintos tipos de administración personal. Por otra parte, la crítica sostiene que la retribución del consejero ejecutivo no debe estar sujeta a la cobertura estatutaria que establece el art. 130 LSA, que sólo comprende la «remuneración general» que corresponde a todo administrador, pero no la «retribución especial» del consejero ejecutivo, que trae causa en la propia delegación y la carga de gestión que ella implica, y que, por sus propias características –tratarse de un paquete retributivo complejo, cambiante, específico, negociado y estratégico– no sólo no puede entrar en una previsión estatutaria, sino que tampoco puede ser fijada por la junta general⁷⁰.

Esta construcción describe con exactitud los problemas reales que la regulación actual está planteando en el funcionamiento real del régimen retributivo de los administradores sociales y que sería una simplificación presentar como simples problemas de fraude. Pero, cualquiera que sea la solución a los problemas de las retribuciones de los consejeros ejecutivos, no parece que el contrato laboral de alta dirección sea la solución. La concepción amplia de la exclusión constitutiva del art. 1.3.c) ET se ajusta a la competencia del órgano de administración y al sentido de las

⁶⁸ Obsérvese el riesgo de la huida a través del pacto irregular de retribuciones no previstas en los estatutos en el caso *Luman*. Se pedía la nulidad del contrato de alta dirección y que el directivo -administrador fuese condenado a indemnizar a la sociedad en «la cantidad que resulta de sumar las cantidades percibidas en concepto de salarios en los ejercicios 1996, 1997 y 1998».

⁶⁹ PAZ-ARES, «El enigma de la retribución de los administradores sociales», cit., pp 14 a 26; *vid.* también «*Ad impossibilia nemo tenetur...*», cit.

⁷⁰ PAZ-ARES, «El enigma de la retribución...», cit., pp. 31 a 36, y «*Ad impossibilia...*», cit., pp. 2 a 5. Para PAZ-ARES el esquema de las competencias retributivas en la sociedad anónima sería el siguiente: para los consejeros ordinarios la reserva estatutaria comprendería sólo los aspectos cualitativos relativos a la estructura y los conceptos retributivos, mientras que la fijación cuantitativa se asumiría por las instancias inferiores de la organización, correspondiendo a la junta general la determinación del límite máximo de la retribución. Por el contrario, la retribución de los consejeros ejecutivos quedaría fuera del art. 130 LSA y se regiría por los pactos suscritos con el resto del consejo (art.141 en relación con el art. 127 *ter* LSA).

operaciones de delegación. Recogiendo aquí algunos análisis anteriores⁷¹, hay que reiterar que el consejo de administración –y, por tanto, *todos* sus miembros– tiene una competencia general sobre la administración, que comprende tanto las funciones de deliberación y supervisión, como las de ejecución. Por otra parte, la delegación consiste en la transferencia por un órgano superior a otro de nivel inferior del ejercicio de una competencia, reteniendo el delegante la titularidad de la misma. De esta forma, la competencia delegada –la «función inherente»– corresponde en su totalidad al órgano delegante –el consejo de administración o lo que es lo mismo al conjunto de los consejeros en cuanto colegio– y sólo «sale» de un modo instrumental y vicario de su ámbito de decisión pudiendo volver a él mediante la revocación o la avocación. Por ello, no puede decirse que el consejero delegado, en cuanto desarrolla funciones ejecutivas que no son inherentes al cargo de consejero, no está afectado por la exclusión del art. 1.3.c) ET. No es así, porque tanto las funciones ejecutivas como las de supervisión son funciones «inherentes» a la competencia del consejo de administración y, por tanto, a todos los «cargos» que forman parte del mismo. La exclusión del art. 1.3.c) del ET actúa además de forma general sobre toda la actividad de administración social. La ley quiere que toda la actividad de administración social quede excluida del ámbito laboral. Realmente no tendría sentido que la exclusión afectara a los administradores personales y no a los consejeros delegados cuando los dos desempeñan funciones ejecutivas. La finalidad de la exclusión se orienta a preservar la unidad del régimen jurídico de la administración social. La hipótesis de un doble vínculo, en el que existiría una relación básica societaria, regulada por el Derecho Mercantil, y otra relación de servicios, regulada, a la vez, por el Derecho Mercantil y por el Derecho Laboral, no es pre-

cisamente un ejemplo de simplicidad y coherencia. Los inconvenientes son múltiples tanto en el plano sustantivo, como en el procesal, pues se abrirían inexorablemente dos vías impugnatorias. Piénsese, por ejemplo, en el cese de un consejero ejecutivo que podría dar lugar a un litigio ante el orden civil sobre la extinción de la relación básica y sobre la parte «societaria» de la relación de servicios y a otro litigio ante el orden social sobre el «despido» en la relación de servicios configurada como alta dirección laboral. ¿Qué ocurriría si el cese es considerado procedente en un orden jurisdiccional e improcedente en el otro? y ¿qué solución habría que aplicar al despido radicalmente nulo del consejero delegado⁷²? ¿Entraría el consejero ejecutivo en un expediente de regulación de empleo y también en la nulidad específica del art. 124 de la LPL? La experiencia muestra que la dualidad de regulaciones y la dualidad de jurisdicciones tienen un coste muy alto y en el caso de los administradores sociales este coste probablemente se incrementaría por la complejidad de la regulación y las particularidades del proceso social poco apto, por sus principios básicos, para el tratamiento de estos temas.

La lección de la litigiosidad de estos años es modesta, pero nos indica con bastante claridad que el problema real de las retribuciones y de las indemnizaciones por cese de los consejeros ejecutivos no puede resolverse en el Derecho del Trabajo. Su solución tiene que venir del Derecho Mercantil y posiblemente necesitará alguna intervención legal, porque las interpretaciones siguen pareciendo inseguras. La nueva orientación de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo permitiría, sin embargo, soluciones más matizadas, si los pactos sobre retribución e indemnización del cese de los consejeros ejecutivos vinieran autorizados por los estatutos, se establecieran dentro de los límites fijados por la junta general y respetaran las garantías frente a

⁷¹ DESDENTADO BONETE / LIMÓN LUQUE, op.cit., pp. 1836 a 1840.

⁷² STSJ Aragón 14.3.2007 (JUR 235911).

la autocontratación y el conflicto de intereses⁷³.

3. CONTRATO DE SOCIEDAD Y CONTRATO DE TRABAJO

Pasemos ahora a la segunda zona gris que afecta de manera directa al contrato de sociedad. En principio, la distinción parece clara: «con el contrato de trabajo nace una relación de cambio –salario por trabajo–», mientras que un vínculo social, en la medida en que implica «esfuerzos conjuntos para la obtención de un fin común, no puede considerarse sustancialmente laboral»⁷⁴. Falta en esos casos el elemento de ajenidad, porque la utilidad de esa prestación no es algo que se ceda a otro a cambio de una remuneración, sino algo que se integra en un fondo común, en el que sigue participando la persona que lo ha prestado, bien a través de la atribución de las ganancias producidas por la aplicación de ese fondo (caso de las sociedades) o bien por el logro de una finalidad altruista o extraeconómica, que se acepta como propia (caso de las asociaciones). El trabajo asociado surge así como una categoría que se opone a la ajenidad al menos en su vertiente laboral⁷⁵. Pero los límites son más complejos desde el momento en que se admite que el propio trabajo asociado se desdoble entre la posición de socio que trabaja y la entidad que organiza el propio trabajo social. Es el caso de la *alteridad* del socio –trabajador en la cooperativa de trabajo asociado que, sin embargo, no se traduce en un doble vínculo –social y laboral–, sino en un único vínculo que lo convierte materialmente en trabajador por cuenta propia, aunque no en trabajador autónomo en la medida en que el socio trabajador queda sometido al régimen organizativo y discipli-

nario de la cooperativa⁷⁶. Más claro es el supuesto del socio trabajador de las sociedades laborales, en el que, como en el modelo tradicional del socio empleado de las sociedades capitalistas⁷⁷, se mantiene el carácter laboral de la relación entre el socio trabajador y la sociedad⁷⁸. La complejidad deriva también, como ya habíamos anticipado, del tipo de sociedad y del alcance del carácter de la aportación social que llevan, según el carácter personalista o capitalista del ente social, a los modelos típicos del socio colectivo y del socio industrial frente al del socio empleado. Por último, en muchos casos la dificultad puede surgir, más o menos artificialmente, de conductas estratégicas que utilizan la sociedad como una pantalla para ocultar una relación de trabajo real.

Ese es el debate que se ha desarrollado a través de los litigios sobre el ejercicio asociado de determinadas profesiones⁷⁹. Probablemente el caso más conocido ha sido el de los abogados⁸⁰, que, después de algunos tanteos a principios de los noventa (SSTS 24.1.1990 –RJ 197–, 4.2.1990 –RJ 886–) y tras la sentencia del caso *Simon/Linklaters*⁸¹, ha desembocado en la polémica relación laboral especial regulada en el Real Decreto 1331/2006. Pero estos litigios se han suscitado también en relación con los médicos⁸² y en el marco de sociedades internas o irregulares⁸³.

⁷⁶ GONZÁLEZ DEL REY, *op. cit.*, 70 a 76.

⁷⁷ MARTÍN VALVERDE, «Fronteras y zonas grises...», cit. pp. 304 a 307.

⁷⁸ GONZÁLEZ DEL REY, *op. cit.*, 131 a 135.

⁷⁹ Con más amplitud sobre el tema, vid. DESDENTADO BONETE / DESDENTADO DAROCA, *op. cit.*, pp. 111 a 114.

⁸⁰ A. MONTOTOY MELGAR y A. CÁMARA BOTÍA, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990.

⁸¹ STSJ Madrid 1.7.2003 y Auto del Tribunal Supremo 15.4.2004 (r. 4919/2003).

⁸² SSTS 23.1.1990 (RJ 196/1990) y 25. 5.1990 (RJ 4993/1990).

⁸³ SSTS 15.10.1986 (RJ 5827/1986); 4.7.1987 (RJ 5077/1987); 20.5.1987 (RJ 3749/1987), y 22.12.1989 (RJ 9073/1989), estudiadas en DESDENTADO BONETE / DESDENTADO DAROCA, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

⁷³ DESDENTADO BONETE / LIMÓN LUQUE, *op. cit.*, pp. 1839 a 1840.

⁷⁴ L.E. DE LA VILLA GIL, «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», cit., p. 76.

⁷⁵ GONZÁLEZ DEL REY, *op. cit.*, 19 a 22 y 27 a 36.

En las sociedades mercantiles personalistas regularmente constituidas (sociedad colectiva y sociedad comanditaria simple) las posiciones están mejor delimitadas. La aportación social puede consistir en «bienes, industria o alguna de estas cosas». Si la aportación es de bienes y de industria, estamos en la situación típica del socio colectivo y el trabajo que el socio realiza para la sociedad no podrá dar lugar a una relación laboral, porque constituye una parte de su contribución al fondo común y el título para la participación en las ganancias (art. 140 CCo y 1691 CC). En teoría, sería posible plantear que el trabajo que excediese de la aportación industrial pudiera dar lugar a un contrato de trabajo entre el socio y la sociedad, pero se trata de una hipótesis extravagante contraria a la naturaleza de la sociedad colectiva como sociedad personalista y comunidad de trabajo⁸⁴. Si el socio aporta sólo bienes distintos de su industria, puede plantearse la misma hipótesis que en el caso anterior ante la eventual concurrencia de una prestación de trabajo para la sociedad. Sin embargo, el supuesto clásico de aportación de trabajo en estas sociedades es el del socio industrial⁸⁵, que limita su aportación a trabajo o industria (art. 116 CCo)⁸⁶. La distinción frente al trabajador en régimen laboral es nítida, pues la prestación de trabajo del socio se realiza como aportación a un fondo común, que habilita para participar en los resultados que produzca la explotación, mientras que en el trabajo por cuenta ajena se realiza a cambio de una retribución. La distinción puede, no obstante, oscurecerse si el socio industrial queda excluido de las pérdidas (art. 141 CCo y 1691 CC). Pero incluso en este caso la distinción se

mantiene, porque no es posible en el ámbito laboral que la retribución del trabajo quede completamente condicionada por la existencia de beneficios. El socio industrial, aunque esté excluido de las pérdidas, participa en el riesgo de la empresa.

Podría, sin embargo, considerarse el supuesto límite de una persona que presta un trabajo dependiente para la sociedad ,que está excluido de la administración de ésta⁸⁷ y que no participa en las pérdidas, pero recibe determinadas cantidades de la sociedad con cierta periodicidad en concepto de participación de beneficios. Estamos ante una situación de hecho que puede calificarse como un contrato de trabajo o como una relación de un socio industrial, porque hay un trabajo dependiente y un lucro que puede conectarse con el mismo. La calificación dependerá del título a través del cual se presta el trabajo y se perciben las cantidades y aquí la autonomía de las partes puede ser decisiva en orden al establecimiento de un título asociativo o cambiario. En este sentido tiene especial interés la STS^{6ª} 8.10.1987 (RJ 6970), que resuelve el caso de la sociedad creada para la explotación de una librería , entre un socio capitalista —una sociedad que aportaba el derecho de uso del local, el material inventariado, las publicaciones y las cantidades necesarias para hacer frente a los suministros— y dos socios industriales, que aportaban su trabajo , haciéndose cargo de la ventas y de la promoción y participando en el 10% de los ingresos por ventas de las publicaciones, aunque no en las pérdidas . La sentencia considera que se está aquí ante socios industriales, que participan en el negocio común, percibiendo una parte de los beneficios económicos y no de «trabajadores que desarrollan una

⁸⁴ DESDENTADO BONETE / DESDENTADO DAROCA, *op.cit.*, p. 114 y 115.

⁸⁵ Hoy trabajador autónomo , según el art. 1.2.a) LETA.

⁸⁶ Vid. el estudio clásico de M. VERGUEZ SÁNCHEZ, *El socio industrial*, Madrid, Tecnos, 1972; también GONZÁLEZ DEL REY, *op.cit.*, pp. 144 a 150 y DESDENTADO BONETE / DESDENTADO DAROCA, *op.cit.*, pp. 114 a 119.

⁸⁷ J. BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Montecorvo, Madrid, 1984; M. VIÑUELAS SANZ, *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 2004, y DESDENTADO BOENTE / DESDENTADO DAROCA, *op.cit.*, pp. 122 a 129.

actividad laboral por cuenta ajena, percibiendo un salario pactado». Este criterio se reitera en la STS^{6ª} 7. 6.1989 (RJ 4546) para una sociedad en la que uno de los socios aportaba «el local del negocio y el actor el trabajo y el personal femenino que contrataba para prestar sus servicios en el mencionado local».

En las sociedades capitalistas la regla general es la posibilidad de concurrencia de relaciones, de acuerdo con el modelo del socio empleado. Ello se debe a que en este tipo de sociedades el vínculo social se convierte normalmente en un vínculo económico, al margen del trabajo y de la persona del socio. La aportación social consiste en dinero o bienes patrimoniales susceptibles de valoración económica, pero nunca «el trabajo o los servicios» (art. 36 LSA y art. 18 LSRL), de forma que todos los socios son socios capitalistas y es la aportación al capital, la que, a través de la titularidad de las acciones o participaciones, regula los derechos y obligaciones sociales. Algunas sentencias recogen con claridad este principio general. Así, se señala que «cabe admitir la dualidad de relaciones –la cambiaría de carácter laboral y la asociativa– siempre que ambas tengan sustantividad propia y la aportación a la sociedad no integre precisamente la prestación de servicios que constituiría el objeto propio del contrato de trabajo», y se añade que la constatación de esa dualidad no suscita normalmente problemas de calificación «en las sociedades anónimas y tampoco en las de responsabilidad limitada (STS^{4ª} 18.3.1991 –RJ 7812–).

Pero eso no significa que la concurrencia se acepte en todos los casos, pues pueden existir límites a la dualidad de relaciones. Un primer límite se relaciona con las prestaciones accesorias⁸⁸. Sobre éstas el art. 36.1.2º LSA se limita a prever que «en los estatutos sociales podrán establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de

capital, sin que puedan integrar el capital de la sociedad». La LSRL contiene una regulación más detallada, en la que se establece que los estatutos deben precisar si las prestaciones han de «realizarse gratuitamente o mediante retribución» (art.22) y que en este último caso habrán de establecer «la compensación que hayan de recibir los socios que las realicen», añadiendo que «la cuantía de la retribución no podrá exceder en ningún caso del valor que corresponda a la prestación» (art. 23).

El objeto de la prestación accesorial puede ser una obligación de hacer y, en concreto, una prestación de trabajo. Si además es un trabajo subordinado y se retribuye mediante una cantidad fija independiente de los beneficios, cabe preguntarse si estamos ante un auténtico contrato de trabajo dentro del contrato de sociedad, porque se está introduciendo en éste un esquema de prestaciones de cambio –trabajo por retribución– que no es propio de una relación asociativa.

El problema se relaciona con la naturaleza jurídica de las prestaciones accesorias y, en concreto, con la relación entre éstas y el contrato de sociedad. La prestación accesorial cuando consiste en un trabajo subordinado y retribuido por una cantidad fija supone un elemento anormal respecto a la relación societaria típica y tiene un estatuto polémico. Mientras que en el marco de la sociedad se aporta a un fondo común para participar en las ganancias, en la prestación accesorial retribuida se cede la utilidad patrimonial del trabajo al fondo común, pero no como aportación al mismo que dé derecho a la participación en los beneficios sociales, sino para obtener una retribución. Puede discutirse si en esos casos estamos ante una prestación «laboral» subordinada dentro de un contrato de sociedad o ante dos contratos –el de sociedad y el de trabajo– que operan dentro de una conexión especialmente intensa, en la que el primero es desde luego predominante. ¿Puede afirmarse la existencia de un contrato de trabajo como forma de ordenar las prestacio-

⁸⁸ GONZÁLEZ DEL REY, *op.cit.*, p. 151.

nes accesorias dependientes y retribuidas? La respuesta no es segura⁸⁹ y normalmente se entiende que la relación societaria absorbería a la laboral, lo que puede justificarse porque en el régimen de las prestaciones accesorias el trabajo se subordina a la sociedad. No se trabaja sólo para percibir la retribución, sino para tener la condición de socio. Por otra parte, la aplicación en bloque del Derecho del Trabajo puede resultar en algunos casos incompatible con el régimen de la prestación accesorias dentro del contrato de sociedad, como sucede sin duda con las relativas a la extinción del contrato de trabajo. Pero otras normas, como las relativas a la seguridad e higiene, el régimen de jornada y descansos e, incluso, la retribución, pueden aplicarse a las personas que realizan una actividad profesional retribuida y con dependencia y dedicación a través de una prestación accesorias. Quizá lo más razonable sería mantener una solución intermedia: aplicación de todas las normas laborales que no sean materialmente incompatibles con el régimen jurídico de la relación social dominante.

La aceptación de la concurrencia de la condición de socio y trabajador en las sociedades capitalistas se ha enfrentado también históricamente con un límite derivado del empleo de la técnica del «levantamiento del velo». Esta técnica se ha aplicado normalmente en el ámbito laboral con la finalidad de identificar la posición empresarial real en aquellos supuestos en que la personalidad jurídica de la sociedad, su autonomía patrimonial y la limitación de la responsabilidad de los socios se utilizaba abusivamente para privar de forma fraudulenta de efectividad a los derechos de los trabajadores. Pero el «levantamiento del velo» se ha utilizado también para calificar la relación de los socios que prestan servicios para la sociedad, aplicando en algunos

casos criterios realistas para descartar la existencia de un contrato de trabajo, en especial en algunos casos límite en los que la intensidad del control social pone de relieve una situación de poder en la empresa que parece incompatible con las características de la relación laboral⁹⁰. La doctrina jurisprudencial se ha movido primero en un ámbito bastante empírico de ponderación de la situación en términos de ajenidad y dependencia, con una línea más abierta a la dualidad de relaciones en los primeros noventa⁹¹ para adoptar finalmente un criterio rígido de separación a partir de un determinado nivel —el 50 %— de participación en el capital social con la STS 29.1.1997 (RJ 640)⁹², que luego enlazará de forma más casuística con la recepción de ese criterio en el ámbito de la legislación de Seguridad Social⁹³ y con el art. 1. 2.c) de la LETA, que considera como trabajadores autónomos a quienes prestan servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control de la sociedad en los términos de la disposición adicional 27ª de la LGSS. El levantamiento del velo se ha legalizado y se ha hecho automático.

⁹⁰ Esta evolución en DESDENTADO BONETE / DESDENTADO DAROCA, *op. cit.*, pp. 129 a 133.

⁹¹ Sobre esta sentencia *vid.* MARTÍN VALVERDE, «Fronteras y zonas grises...», *cit.*, pp. 304 a 307. La STS 29.1.1997 iba acompañada de un voto particular en el que se cuestiona la coherencia de la negación de la ajenidad con criterios realistas con el criterio formal que inspira nuestra legislación societaria que admite las sociedades unipersonales.

⁹² Con las Leyes 66/1997 y 50/1998, que dan nueva redacción a los artículos 97 y disposición adicional 27ª de la LGSS.

⁹³ Cfr. D. HERNÁNDEZ MARTÍN, «Régimen Especial de los artistas», en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 448.

⁸⁹ Por ejemplo, el caso de la STS 27.6.1989 (RJ 4849/1989): titular del 98% de las acciones que es también administrador general de la sociedad.

RESUMEN El presente trabajo aborda el examen de dos zonas grises en la determinación del ámbito del ordenamiento laboral ; dos zonas que tienen en común producirse en los límites con el Derecho de Sociedades. Tras un epígrafe introductorio , que define el marco de análisis y pone de relieve el paradójico fenómeno de la *huida hacia del Derecho del Trabajo* desde el Derecho Mercantil , se estudia , en primer lugar , la situación de los administradores que ha provocado en los últimos años una notable litigiosidad . La «doctrina del vínculo» , que la Sala IV del Tribunal Supremo ha mantenido desde 1988 , ha impedido la entrada de los administradores sociales en el ámbito laboral a través de un contrato de alta dirección . En el orden civil la situación ha sido más complicada , pues de una posición restrictiva de los contratos de empleo como forma de salida de la regulación mercantil (*caso Huarte-2*) , se pasó a una solución muy permisiva con la sentencia del *caso Mattel* , para finalmente volver a la línea más estricta en cuanto a las posibilidades de eludir las limitaciones estatutarias por esa vía contractual. El trabajo se cierra con una breve referencia a las relaciones entre trabajo por cuenta ajena y contrato de sociedad.