

Sobre la retribución de consejeros ejecutivos en sociedades no cotizadas. Reforma de la Ley de sociedades de capital y teoría del vínculo

M.^a Yolanda Sánchez-Urán Azaña

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense de Madrid*

EXTRACTO

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia de 26 de febrero de 2018, dictada en recurso de casación, ha declarado que el sistema y límite de la retribución de los consejeros ejecutivos quedan condicionados a reserva estatutaria en las sociedades cerradas o no cotizadas.

Esta sentencia invita a reflexionar sobre varias cuestiones aún no resueltas definitivamente tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de sociedades de capital. Es indudable su trascendencia laboral porque hay tres aspectos relacionados sobre los que aún se debate: permanencia o no de la teoría del vínculo; naturaleza jurídica del contrato del consejero ejecutivo y sistema y límite de su retribución. En el trabajo se analiza el estado de la cuestión en la doctrina científica, especialmente, en la mercantilista y se defiende la obsolescencia de la doctrina del vínculo pero se advierte de la necesaria intervención legal al respecto para evitar situaciones de inseguridad jurídica tal y como deriva de la sentencia del Tribunal Supremo.

Palabras clave: administradores sociales; consejero ejecutivo; consejero delegado; retribución de consejeros; teorías del vínculo, monista y dualista.

Fecha de entrada: 09-05-2018 / Fecha de aceptación: 09-05-2018

Executive directors' remuneration in close companies. Reform of the Spanish companies act in 2014 and «link theory»

M.^a Yolanda Sánchez-Urán Azaña

ABSTRACT

The Judgment's Spanish Supreme Court, Civil Chamber, February 26, 2018, issued on appeal, declares that the executive directors' remuneration have a statutory reserve.

This ruling invites to reflect on several issues not yet definitively resolved after the Spanish companies act's reform in 2014. There are three related aspects on which it is still debated: permanence or not of the dual system or «teoría del vínculo» (link theory); legal nature of the executive director's contract; and system and limit of his remuneration. It studies the state of the question in the scientific doctrine, especially in the mercantilist one; and is defended the obsolescence of «doctrina del vínculo». But it warns of the necessary legal intervention in this regard to avoid situations of legal insecurity as it derives of the Spanish Supreme Court's judgment.

Keywords: executive director; close corporation; director's remuneration; corporate governance; dual system; link theory.

Sumario

1. Sobre la Sentencia del Tribunal Supremo y su trascendencia laboral
2. Sobre la doctrina del vínculo y el debate antes y después de la reforma de la Ley de sociedades de capital
3. Naturaleza jurídica de la relación contractual de dirección de los consejeros ejecutivos
4. Sistema y límite de la retribución de los consejeros ejecutivos
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

NOTA: Estudio elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2016-80327-P, titulado «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia laboral y social: ámbito funcional, trayectoria y aportaciones más significativas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuyo investigador principal es el profesor Joaquín García Murcia.

Cómo citar este estudio:

Sánchez-Urán Azaña, M.ª Y. (2018). Sobre la retribución de consejeros ejecutivos en sociedades no cotizadas. Reforma de la Ley de sociedades de capital y teoría del vínculo. *RTSS.CEF*, 424, 41-64.

1. SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU TRASCENDENCIA LABORAL

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 98/2018, de 26 de febrero, dictada en recurso de casación, incide sobre uno de los temas controvertidos tras la reforma de la Ley de sociedades de capital (LSC) llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. En concreto, el objeto del recurso de casación es el significado y alcance de esa reforma en lo relativo al sistema y límite de la retribución de los consejeros ejecutivos (en particular, del consejero delegado) en las sociedades no cotizadas; si hay o no reserva estatutaria en la retribución de estos cargos cuando el órgano de administración adquiere forma compleja o colegiada (consejo de administración –CA–) y queda condicionada al límite que fije la junta general.

El Tribunal Supremo (TS) analiza varios preceptos de la LSC. Principalmente, el artículo 217 (sobre sistema e importe máximo de la retribución de los administradores «en su condición de tales», que se condicionan a la aprobación por la junta general) en relación con el artículo 249 (delegación de facultades del CA), apartados 3 y 4, relativos al «contrato» del consejero ejecutivo y en particular a los requisitos para su suscripción y a su contenido retributivo. Indicando el citado precepto que han de detallarse todos los conceptos, sin que el consejero pueda percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato, que deberá ser «conforme con la política de retribuciones» aprobada «en su caso» por la junta general.

Con base en diferentes criterios hermenéuticos (el que dice literal o gramatical; unido al sistemático y al finalista), concluye que el concepto de retribución de los administradores en su condición de tales se refiere a «todos» (sin distinguir, por tanto, entre administración simple y administración compleja de la sociedad) e incluye tanto la retribución de las funciones deliberativas como de las ejecutivas. Lo que quiere expresar, según indica el TS, que el régimen de aprobación de la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas no se limita a la exigencia de un contrato aprobado por una mayoría de dos tercios del CA, sino que, además, los estatutos de la sociedad deben contener el sistema de remuneración de esas funciones (detallando los conceptos retributivos que se percibirán) y el importe máximo que se abone por su desempeño debe estar incluido dentro del importe máximo anual establecido por la junta para la retribución de los administradores. En definitiva, las remuneraciones de los consejeros ejecutivos quedan condicionadas a los mismos requisitos, de transparencia y de control por parte de la junta general, que las del resto de los administradores cualquiera que sea el modo en que esté organizada la administración de una sociedad no cotizada.

Esta sentencia, a la que ha prestado atención inmediata la doctrina en el ámbito civil, mercantil y tributario (con un planteamiento crítico e interpretación mayoritaria contraria) –y que ha pasado casi desapercibida para la doctrina laboralista–, adopta una posición también opuesta a las de la Dirección General de los Registros y del Notariado –DGRN– (entre otras, Resoluciones de 30 de julio y 5 de noviembre de 2015 y de 17 de junio de 2016¹) y la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona (Sentencia de 30 de junio de 2017²). Estas, a diferencia de la tesis monista asumida ahora por el TS, habían optado por la tesis dualista. En concreto, y aun cuando este no sea el problema que más se ha destacado, nos interesa advertir que la expresión legal del artículo 217 de la LSC «administradores en su condición de tales» se entendió por la DGRN y la AP referida solo a los administradores que no dispongan de régimen especial o específico en la ley (diferenciado, por tanto, lo es el de los ejecutivos que ejercen por delegación funciones del CA, que sí disponen de ese régimen especial en el art. 249 de la LSC); de modo que, para estos, la relación entre los citados preceptos es de alternancia y no de acumulación. En definitiva, doble régimen retributivo de los administradores: uno, el de los administradores en su condición de tales, sujeto a previsión estatutaria; otro, el de los consejeros ejecutivos, solo sometido al contrato suscrito entre este y el CA.

Es evidente la trascendencia jurídico-laboral de esta sentencia del TS. Nos invita de nuevo a reflexionar sobre la delimitación del contrato de trabajo, en particular, la frontera entre la relación de los administradores en las sociedades de capital (sociedades sean cotizadas o no), excluida del Estatuto de los Trabajadores –ET– (art. 1.3 c)³ en cuanto los administradores se limiten, dice el precepto, a «los cometidos inherentes a su cargo», y la relación laboral de carácter especial de personal de alta dirección, artículo 2 del ET y Real Decreto 1382/1985, por el que se regula la relación laboral especial de alta dirección (RDPAD)⁴. En efecto, al menos son tres las cuestiones relacionadas, planteadas antes y después de la reforma de 2014 de la

¹ Respectivamente, BOE de 30 de septiembre de 2015, 24 noviembre de 2015 y 21 de julio de 2016.

² Sentencia 205/2017, de 30 de junio.

³ Se excluyen del ámbito regulado por esta ley:

[...]

c) La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.

⁴ Recuérdese que el artículo 1.2 dispone:

Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

Y añade su apartado 3: «Se excluye del ámbito de este real decreto la actividad delimitada en el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores».

LSC; a saber: i) sobre la posibilidad o no de que existan dos relaciones jurídicas contractuales (contrato de administración y «otro contrato») simultáneas entre el administrador ejecutivo y la sociedad (teoría dualista o, por el contrario, teoría monista o doctrina del vínculo); ii) naturaleza jurídica de la relación del consejero que ejerce funciones ejecutivas y el CA (relación laboral de alta dirección o, por el contrario, relación contractual extralaboral); y iii) determinación del sistema y límite de la retribución del consejero ejecutivo establecido en ese contrato (exigencia o no de reserva estatutaria).

Reflexionemos sobre cada uno de esos temas a continuación.

2. SOBRE LA DOCTRINA DEL VÍNCULO Y EL DEBATE ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Formulemos la cuestión del modo siguiente: ¿es compatible el cargo de consejero en los órganos de administración complejos, CA, con el desempeño de funciones ejecutivas en la sociedad como consejero ejecutivo, en particular como consejero delegado?; de la delegación de funciones ¿derivan dos relaciones jurídicas compatibles pero separadas en su régimen jurídico?

Las preguntas anteriores requieren previamente contestar a la siguiente: ¿qué debe entenderse por «administrador en su condición de tal» en la expresión del artículo 217 de la LSC o por «cometidos inherentes a esa condición» en la prevista en las normas laborales, ET y RDPAD, cuando el órgano de administración adopta la forma de CA?

La sentencia del TS, Sala de lo Civil, en especial el fundamento de derecho (FD) 6.º y las reflexiones doctrinales sobre la misma, paradójicamente, con base en un mismo criterio hermenéutico, el literal o gramatical, adoptan una interpretación contradictoria de la expresión legal «administrador en su condición de tal», introducida por la reforma de 2014 en el artículo 217 de la LSC.

El tema es controvertido. Lo fue mucho antes de la reforma con fundamento en la teoría jurisprudencial de la Sala de lo Social del TS conocida como teoría del vínculo.

Brevemente, y sin remontarnos a los antecedentes desde la antigua Ley de sociedades anónimas (LSA) de 1951, tras la entrada en vigor de varias normas en los años ochenta del siglo XX (ET/1980, RDPAD/1985 y LSA/1989) se reabrió el debate sobre si eran compatibles y, por tanto, concurrentes dos relaciones jurídicas con fundamento en la distinción entre funciones deliberativas y ejecutivas en el seno del CA y si la retribución de esas funciones ejecutivas quedaba o no sometida a reserva estatutaria porque, como era y es habitual en la práctica societaria, aquellas funciones conllevan una retribución específica al margen de las que le pudieran corresponder como miembro del CA cuando se hubiera establecido que tal cargo era remunerado. El debate se inició por la doctrina laboralista y por la Sala de lo Social del TS, a las que cupo interpretar desde la perspectiva del derecho del trabajo dos preceptos legales redactados de forma confusa,

artículos 1.3 c) del ET y 1.2 del RDPAD, para, desde la perspectiva de la retribución, relacionarlos con el entonces artículo 130 de la LSA/1989, relativo a la remuneración de los «administradores»⁵.

En efecto, ante la ausencia de definición legal mercantil sobre esa relación jurídica yuxtapuesta a la de administrador, las normas laborales sobre delimitación del contrato de trabajo y de la relación laboral especial de alta dirección podían interpretarse en el sentido de que, en caso de administración compleja (en terminología de Paz-Ares, 2008), los cometidos «inherentes» de quienes son consejeros ejecutivos excedían del ámbito de la exclusión de la relación aboral. La exclusión quedaría limitada, según dispone el precepto estatutario, al administrador que solo sea puro y simple miembro del CA o, expresado de otra forma, a quien no asume facultades ejecutivas puesto que estas «no pueden realizarse por los miembros del consejo en su condición de tales» (Alfaro, 2018a). Excediendo de los cometidos de simples consejeros cuando se realizan funciones de dirección y gerencia por delegación interna del CA, cabía entender que esa relación jurídica se contractualiza con encaje en el ámbito de la relación laboral especial de alta dirección y, en consecuencia, de conformidad con las reglas previstas en el RDPAD, su fuente principal de regulación, también en materia retributiva e indemnizatoria; era y sigue siendo la autonomía de la voluntad de las partes; en el caso, la que decida el CA.

La jurisprudencia social, a partir de la sentencia Huarte (Sentencia del TS –STS– de 29 de octubre de 1988⁶), rechazó la tesis de compatibilidad y adoptó la teoría del vínculo, esto es, la

⁵ Capítulo V, «De los órganos de la sociedad», sección tercera, «De los administradores», artículo 130, «Retribución»:

La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, solo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4%, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

Aunque se preveía la delegación de facultades en una comisión ejecutiva o en uno o más consejeros delegados en caso de CA, artículo 141 (capítulo V, «De los órganos de la sociedad»), sección cuarta, «Del consejo de administración», nada especificaba este precepto en relación con la retribución.

⁶ Posteriormente, entre otras, SSTS de 24 de mayo de 2011 (rec. 1427/2011), 20 de noviembre de 2013 (rec. 3408/2011), 24 de febrero de 2014 (rec. 1684/2013). Jurisprudencia que concluye afirmando que la única posibilidad de compatibilidad se refiere a la realización por quienes son administradores de trabajos que, desde la perspectiva laboral, merecen la consideración de trabajos por cuenta ajena comunes u ordinarios. Es decir, los que, desde la perspectiva de dirección y gerencia, realizan las que solo cabe entender como funciones directivas «no altas».

Por tanto, como cuestión adicional, y de gran calado, esta teoría se extiende también por el TS, entre otras, STS de 12 de marzo de 2014 (rec. 3316/2012), al supuesto de presidente del CA con el que se firma un contrato de prestación de servicios como «director general». Pese a los años transcurridos, llama la atención que aún mantenga la Sala de lo Social del TS la teoría institucionalista u orgánica para definir la relación del administrador. Afirma al respecto:

Esta sala ha resuelto reiteradamente la cuestión que se plantea, en el sentido asumido por la sentencia referencial. Las sentencias de 29-9-1988, 21 de enero, 13 de mayo y 3 de junio y 18 de junio de 1991, 27-1-92 (rcud. 1368/1991), 11 de marzo de 1994 (rcud. 1318/1993), 22-12-94 (rcud. 2889/1993), 16-6-98 (rcud. 5062/1997), 20-11-2002 (rcud. 337/2002) y 26-12-07 (rcud. 1652/2006) han establecido que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del consejo de administración de la sociedad, y

absorción por la relación societaria (la que el TS denominaba «relación orgánica del cargo de administrador») de la prestación de servicios de gestión o dirección que pudiera realizar, por delegación interna, uno o varios administradores cuando el órgano de administración adopta forma compleja, es decir, CA, conforme al artículo 141 de la LSA/1989. Dicho de otra forma, desde la perspectiva del derecho del trabajo, la delegación interna de facultades no podía encajarse en la relación laboral de alta dirección porque, expresaba el TS, cuando hay un desempeño simultáneo de actividades propias del CA y de alta dirección o gerencia de la empresa por miembros del CA lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no es el contenido de las funciones, sino la naturaleza del vínculo derivado de la integración orgánica. «Inherentes al cargo», cualquiera que sea la forma que adopte el órgano de administración, también, por tanto, en caso de CA, serían todos los cometidos que el derecho de sociedades otorga al administrador (funciones de representación y de gestión); de modo que, cuando en una misma persona (supuesto de consejero ejecutivo del CA) recayeran funciones o cometidos inherentes al cargo de administrador –los que el legislador laboral califica como propios de la alta dirección, RDPAD: «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma», prevalecería la relación societaria. La finalidad de esta teoría era restringir las «cláusulas de blindaje» de remuneraciones e indemnizaciones por cese ligadas a la delegación de facultades por el CA en el consejero ejecutivo. Se trataba así, además de otras consideraciones (fraude, riesgo de autocontratación, conflicto de intereses⁷), de limitar la autonomía individual en la determinación de las condiciones económicas para el consejero ejecutivo, contrarrestando la que se decía «huida hacia el derecho del trabajo» de la prestación de servicios de los administradores ejecutivos, que, paradójicamente, en este aspecto la regulación laboral (especial de alta dirección) era y es menos «proteccionista». Conocidas al respecto son las críticas formuladas ya entonces por un amplio sector de la doctrina laboralista a esta teoría; advirtiendo, por ejemplo, que no respetaba la literalidad del artículo 1.3 c) del ET, ni seguramente la voluntad del legislador, trasladando a las partes la determinación de la calificación jurídica última de la actividad realizada (Sala, 1990),

de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no es el contenido de las funciones que se realizan, sino la naturaleza de vínculo [...]; por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral.

Lo que de otra forma supone que cabe afirmar que la imposibilidad de compatibilidad se aplica también a quien cupiera entender como «consejero ejecutivo de hecho».

⁷ Recuérdese al respecto lo que expresaba Desdentado (2004, p. 18) defendiendo esa teoría:

[...] era demasiado fácil que un administrador suscribiera con él mismo o con sus compañeros en el órgano de administración un contrato de trabajo de alta dirección para hacer lo mismo que tiene que hacer como administrador, pero pudiendo pactar unas retribuciones o indemnizaciones que no están autorizadas por los estatutos. La finta es algo burda y para deshacerla surgió la denominada doctrina del vínculo a partir de la STS de 29 de septiembre de 1988, luego reiterada en otras posteriores.

ya que «serán los estatutos sociales los que vendrán a determinar si las facultades directivas las realizan los miembros del consejo de administración, permitiendo el encubrimiento de relaciones laborales de alta dirección» (Blasco, 1997, pp. 57-60).

Esta teoría trascendió al orden civil de la jurisdicción⁸ porque, declarado incompetente el orden jurisdiccional social para resolver desavenencias entre las partes en esta materia, hubo de dar respuesta a las reclamaciones de retribuciones o indemnizaciones por cese de actividad como consejero delegado. Pese a la inicial resistencia para conocer de estas demandas (STS, Sala Civil, caso Huarte, de 30 de diciembre de 1992), en la sentencia Mattel, de 9 de mayo de 2001, admitió la concurrencia de dos relaciones, la de administración y la contractual de arrendamiento de servicios, para terminar asumiendo la teoría del vínculo (entre otras, caso Hispasat, de 25 de junio de 2013), también denominada «tesis o teoría monista». Pudiera concluirse que la jurisprudencia social y la civil partían de la indivisibilidad objetiva de la función de administración y de la función directiva-ejecutiva (ambas inherentes al cargo de administrador societario, cualquiera que fuera la forma de organización asumida por la sociedad) para fundamentar la inviabilidad de un doble título jurídico (lo que otros autores han denominado «supuesta redundancia funcional y relacional», Matorras, 2010). De modo que la relación jurídica indivisible quedaba toda ubicada en la única viable, la societaria, considerada relación orgánica. Doctrina que, entre otras consecuencias jurídicas, y tal vez la práctica más relevante, derivó hacia la retribución e indemnizaciones considerando que la condición absorbente de administrador exigía que aquellas quedaran condicionadas a reserva estatutaria, tal y como disponía entonces el artículo 130 de la LSA/1989–y, posteriormente, el art. 17 de la LSC/2010–, al regular la retribución de los administradores sin distinguir los diversos modos de organización de la administración societaria.

El debate se mantuvo abierto en los años posteriores, afianzándose entonces en la doctrina, en especial en la mercantilista⁹ (menos apreciable, pero también con eco en la doctrina laboralista, entre otros, Godino, 2007 y Matorras, 2010), una posición tendente a interpretar que las funciones ejecutivas no eran funciones inherentes al cargo de consejero porque el CA no puede administrar o gestionar la sociedad de manera directa y continua, a diferencia de lo que ocurre en el resto de formas de organización de la administración de una sociedad (administrador único, administradores conjuntos, varios administradores solidarios), en las que estos son típicamente administradores ejecutivos. Debate reavivado durante la tramitación de la reforma de la LSC/2010 y tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en particular en torno a la distinción que parecía derivar de esta norma entre sociedades no cotizadas o cerradas y sociedades cotizadas.

⁸ Por el contrario, el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, entre otras, STS, Sala 3.ª, de 13 de noviembre de 2008, recs. 7060/2008 y 7057/2008, conocidas como sentencias Mahou, rechazó la teoría del vínculo.

⁹ El punto de inflexión al respecto proviene del trabajo de Paz-Ares, 2008. Firme defensor de la teoría dualista porque, entre otras consideraciones, que influyeron en la reforma de la LSC, atendía a la experiencia funcional y organizativa de sociedades con estructura compleja. Afirmaba al respecto: «la experiencia enseña que las formas de organizar la administración afectan también a los cometidos que están llamados a desempeñar los administradores dentro de cada una de ellas» (p. 5).

Recordemos brevemente que la reforma afronta una modificación en profundidad de las sociedades cotizadas; en particular, en el capítulo VII del título XIV, relativo a las «Especialidades de la administración», artículos 528 y siguientes. En concreto, interesa aquí el artículo 529 septedecies y siguientes, que distingue entre «consejeros en su condición de tales» y «consejeros que desempeñan funciones ejecutivas» a efectos de remuneración; establece reglas específicas y precisas sobre el sistema de remuneración y remite al artículo 249 en cuanto al contrato que vincula a estos últimos con la sociedad.

Para las sociedades no cotizadas, no se acomete la reforma de forma precisa y, en lo que refiere a la administración compleja, no afronta decididamente la distinción. Así, por un lado (art. 249 de la LSC) se expresa que, en caso de delegación de funciones en el seno del CA, el consejero ejecutivo estará ligado a la sociedad por un contrato (que la norma no califica), en el que deben plasmarse las condiciones de ejercicio y la retribución, especificando cuáles son las funciones indelegables (art. 249 bis). Por otro, en materia de retribución, se introduce la expresión «administradores en su condición de tales» a efectos del sistema retributivo y de su cuantía máxima (art. 217 de la LSC).

La norma no define qué haya de entenderse por «administradores en su condición de tales» (expresión, no cabe olvidar, que la norma solo utiliza en materia de remuneración¹⁰ y no, por ejemplo, en relación con los deberes de los administradores) y, a nuestro juicio, se perdió en el momento de su reforma una oportunidad inmejorable para afrontar de forma decidida la configuración legal del estatuto jurídico del consejero ejecutivo (sea en sociedades cotizadas como en no cotizadas), precisando tanto la naturaleza jurídica de la que se califica legalmente como relación contractual con la sociedad como los elementos o rasgos sustanciales, en especial, los remuneratorios e indemnizatorios por cese. Desde esta perspectiva, y con carácter general, hubiera sido necesaria la ordenación sistemática entre las normas mercantiles y las laborales para determinar el ámbito de exclusión de la relación laboral, ordinaria y especial, de quienes son considerados por el derecho de sociedades administradores, en especial, cuando el órgano de administración adopta la forma compleja de CA, y desarrollan funciones ejecutivas.

En efecto, la expresión «administradores en su condición de tales» no podía concebirse como un mero cambio de estilo lingüístico (Tovar, 2016); por el contrario, cabía deducir que la norma aceptaba en caso de administración compleja la distinción de dos categorías de administradores con regímenes jurídicos específicos. Dicho de otra forma, la reforma había asumido la teoría dualista o de compatibilidad o de concurrencia entre el mero o simple consejero y el consejero ejecutivo, con fundamento en el criterio funcional, distinguiendo así los que son cometidos inherentes como mero consejero (en su condición de tal) respecto de los que son cometidos inherentes o propios del consejero ejecutivo. La norma mercantil estaría respaldando la posición de quienes en la doctrina mercantilista (entre otros, Alonso, 2005; Esteban, 2006; Paz-Ares, 2008;

¹⁰ Tanto para sociedades no cotizadas, en los preceptos citados en el texto, como para las sociedades cotizadas; en este caso, artículos 528 octodécies.1 y 2, 529 septedécies.1 y 2, 529 novodécies.1 y 4 y 541.1 de la LSC.

y Sánchez-Calero Guilarte, 2006) se habían pronunciado a favor del sistema dual de administración y, por tanto, entendieron que la función ejecutiva, que no pertenece al cometido inherente al cargo de miembro del CA, es propia de quienes la ejercen bien como miembro del CA (por delegación), bien como extraño al CA (a través de apoderamientos y contratos celebrados con directivos no pertenecientes al CA).

Por el contrario, se ha afirmado minoritariamente (Guerrero, 2018, pp. 3-5) que la función ejecutiva es propia del CA porque no siempre habrá delegación de facultades ya que el artículo 249 de la LSC la configura como opción y no como obligación. Si así fuera, las facultades ejecutivas en caso de ausencia de delegación serían inherentes al cargo de miembro del CA; lo que es lo mismo que afirmar que no hay dos categorías de administradores y que los administradores con funciones ejecutivas no son distintos de los demás administradores.

Desde nuestro punto de vista, el término «podrá» que utiliza el precepto no quiere expresar tanto que no sea necesaria la delegación como que el ejercicio diario y continuo de la dirección y gestión de la sociedad, esto es, la función ejecutiva, escindible claramente cuando el órgano de administración se estructura bajo formas propias de sociedades complejas (al contrario de lo que ocurre en aquellas otras formas propias de sociedades simples, administrador único, administradores mancomunados o solidarios, que son siempre administradores ejecutivos), puede desarrollarse bien por miembros del CA, bien por sujetos externos, no miembros del CA. Estos, cualquiera que sea la denominación que utilice la práctica del gobierno corporativo (por ejemplo, director general), son calificados como altos directivos laborales, sujetos de una relación laboral especial de alta dirección, porque desde la perspectiva laboral realizan funciones de dirección y gerencia alta (según la definición del RDPAD), y son los que, sin mencionarlos expresamente, el artículo 249 de la LSC considera apoderados: «Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona [...]».

De otro lado, aunque fuera ese el sentido del artículo 249, una vez producida la delegación de facultades, volveríamos al punto de partida porque entonces, como afirma el legislador mercantil, se yuxtapone un contrato conforme al artículo 249.3, una relación jurídica contractual nueva a la contractual previa como administrador social, de la que cabe deducir que no se trata solo, en la delegación de funciones, de una forma nueva de ejercicio de una función que tuviera como mero o simple consejero.

Volviendo a la posibilidad de ejercicio de facultades directivas altas por sujetos externos al CA en las sociedades no cotizadas –admitida por el legislador mercantil (apoderado) y laboral (personal de alta dirección)–, la relación contractual queda sometida al régimen semilaboral y flexible del RDPAD; de modo que, en este caso, la descentralización de funciones que se dicen propias del CA queda en el ámbito de las competencias de este órgano y exenta de cualquier reserva estatutaria en materia de retribuciones e indemnizaciones. Si, con base en el criterio funcional, no se puede diferenciar entre el director general y el consejero ejecutivo porque, como apuntamos, el artículo 2 del RDPAD permite concluir que hay coincidencia entre los cometidos inherentes al consejero ejecutivo y los que el legislador laboral estima propios de la alta dirección laboral, surge la duda de

cuál fuera la razón que permita esa diferencia entre consejeros ejecutivos y directivos no consejeros: ¿solo el dato formal de que se trata en este caso de sujetos que no están integrados en tal órgano de administración?; ¿más aún cuando, en la actualidad, ha quedado superada la concepción exclusiva de la relación jurídica entre el administrador y la sociedad como meramente orgánica, admitiéndose que esa relación tiene un doble componente, si se quiere, orgánico-obligacional? La que puede denominarse relación societaria de administración en su componente obligacional –cuando el órgano de administración es CA– tiene una doble vertiente (en este sentido, Juste y Campins, 2016); por un lado, la que une al consejero en cuanto tal con la sociedad, como integrante del consejo, y la que une al consejero en caso de delegación de facultades; en este caso, relación contractual de servicios que también es la que califica la posición jurídica del alto directivo externo al que las normas laborales configuran como relación laboral especial de alta dirección.

Pues bien, ante las tesis contradictorias (monista o doctrina del vínculo; dualista o doctrina de la compatibilidad), y pese a que se había avanzado hacia la consideración de que la reforma de la LSC en materia de sociedades no cotizadas permitía distinguir entre funciones de supervisión y control propias del CA y funciones de dirección y gerencia, ejercidas bien por consejero ejecutivo, bien por sujeto externo al CA¹¹, el TS, Sala de lo Civil, en la Sentencia de 26 de febrero de 2018, opta por mantener la primera como fundamento de la que después será la que considera consecuencia directa, relativa al sistema y límite de la retribución.

Es verdad que, hasta la fecha, la doctrina del vínculo se mantiene por los tribunales del orden de lo social tras la reforma¹², pese a la asunción de una tesis moderadora por alguno de ellos (en especial el TSJ de Madrid) orientada hacia una protección más equilibrada para el supuesto singular (y solo para él) –no tratado en este estudio– de acceso al cargo orgánico desde una relación de alta dirección previa. También lo es que se había dudado de su abrogación por un sector de la doctrina (entre otros, García-Perrote, 2015 y Del Rey, 2015) y que la reafirma el TS en el recurso de casación cuando –no convincentemente– expresa en el FD 6.º 4 de la sentencia que:

La condición del administrador, como de forma reiterada ha declarado este tribunal (en el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del TS al interpretar el art. 1.3 c) del ET) no se circunscribe al ejercicio de facultades o funciones de carácter deliberativo o de supervisión, sino que son inherentes a su cargo tanto las facultades

¹¹ Tal distinción sí ha sido asumida en materia de seguridad social, que incluye en el régimen general a los consejeros ejecutivos, diferenciándolos del mero consejero. No obstante, no se ha interpretado como indicio de tal distinción, sino que la doctrina ha venido entendiendo el ámbito de la seguridad social como un campo autónomo del derecho del trabajo. El actual artículo 136.2 c) de la vigente Ley general de la Seguridad Social/2015 dispone la obligación de afiliarse y dar de alta en el régimen general de seguridad social como trabajadores asimilados por cuenta ajena a «consejeros de sociedades mercantiles capitalistas siempre que no posean el control de estas [...] cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello [...]».

¹² Entre otras, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –TSJ– del País Vasco de 9 de diciembre de 2015 (rec. 2086/2015) y 24 de mayo de 2016 (rec. 984/2016) y del TSJ de Cataluña de 3 de junio de 2015 (rec. 430/2015).

deliberativas como las ejecutivas [...] Nuestro sistema de órgano de administración social es monista, no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión [...] Los administradores, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas.

Añadiendo (FD 6.º 5), para el caso de forma compleja de organización del órgano de administración, «que la ley permita la delegación de algunas estas facultades [...] no excluye que se trate de facultades inherentes al cargo de administrador». Para concluir afirmando que «no encontramos en la nueva redacción de la ley elementos que nos lleven a otra conclusión».

Cabrían algunas consideraciones. Una, principal, sobre la doctrina del vínculo y su pervivencia, para recordar que se sostuvo con anterioridad a la reforma de la LSC y, sobre todo, en un contexto que hoy ha desbordado la realidad social, económica y organizativa de sociedades con estructuras complejas; de modo que, cuando menos, se hubiera requerido una mayor explicación en torno a una regulación nueva que, tal como hemos avanzado, permite una interpretación diferente, la de separación entre el régimen jurídico contractual de los consejeros ejecutivos y el de los no ejecutivos; relación contractual del consejero ejecutivo que *ex artículo 249* de la LSC no califica como mercantil.

Cuando el TS afirma que la condición de administrador no se circunscribe al ejercicio de facultades o funciones de carácter deliberativo o de supervisión, sino que son inherentes a su cargo tanto las facultades deliberativas como las ejecutivas, no diferencia entre administración simple y administración compleja (en el mismo sentido, Alfaro, 2018b). En nuestra opinión, no es que no se trate de facultades inherentes al órgano de administración, que lo son, sino que, cuando se opta por una forma compleja de organización, la delegación interna de facultades y el apoderamiento externo se identifican con las facultades inherentes a la titularidad jurídica de la sociedad y las normas permiten que en ambos casos las ejecutivas se realicen por sujetos que quedan vinculados contractualmente de forma diferente a la sociedad. En relación con la delegación de facultades en el supuesto de CA, se podría objetar al TS que esas facultades no son funciones inherentes al cargo de consejero, sino, bien distinto, inherentes al consejo. Dicho de otra forma, los consejeros ejecutivos ejercen, a través de la delegación, de forma derivada los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa aunque aquellos ocupen o formen parte del CA.

Es así como, anunciamos, el debate sigue abierto (o, con mayor exactitud, se ha reabierto), pero una cosa es la compatibilidad, concurrencia o simultaneidad de relaciones jurídicas y otra, la naturaleza jurídica de la relación contractual del consejero. Es cierto que la LSC, tras la reforma, introduce elementos que permiten una interpretación diferente a la que, hasta la fecha, han asumido las Salas de lo Social y de lo Civil del TS en relación con el ámbito de exclusión de la relación laboral prevista en el artículo 1.3 c) del ET. En efecto, cabría afirmar que el citado precepto laboral solo debería quedar referido a los que son meros consejeros que no tienen atribuidas funciones ejecutivas. Y, del mismo modo, aunque no se trate en este estudio, la norma mercantil permitiría que el alto directivo nombrado miembro del CA mantuviera su relación laboral especial de alta dirección, tal y como prevé el artículo 249.3 cuando menciona que «realice actividades ejecutivas en base a otro título»; título que no puede ser otro que el contractual de alta dirección.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE DIRECCIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS

Es cierto que la reforma de la LSC supera la tesis institucionalista –la que se ha descrito como relación orgánica interna entre el administrador y la sociedad– en la que se había sustentado principalmente la teoría del vínculo, pudiendo concluirse que la norma mercantil no establece solo un modo diferente de ejercicio de las actividades de dirección en el seno de la administración social compleja (directa por el propio CA o mediante delegación interna), sino, como hemos indicado, que en este caso hay un contrato yuxtapuesto entre el que ocupa el cargo como administrador y la persona jurídica con base en el cual se realiza una prestación de servicios personal de dirección y gerencia. Dicho esto, y pese a que la cuestión pudiera solo tener trascendencia teórica o doctrinal y menos práctica, habría que responder a las cuestiones siguientes: ¿cumple ese contrato con las premisas o rasgos de una relación laboral?; en caso de respuesta afirmativa, ¿cumple con las características típicas del contrato de alta dirección? Si así es, ¿ambos sectores del ordenamiento jurídico, derecho del trabajo y derecho de sociedades, exigen una integración sistemática de sus reglas?

Sabemos que la LSC (art. 249; art. 529 octodecimos para las sociedades cotizadas) no define este contrato, pero también es verdad que no lo califica como mercantil. Y hemos expresado que la distinción entre consejero ejecutivo y personal de alta dirección no radica en sus funciones, que son idénticas, de modo que la respuesta a la primera cuestión incidirá decisivamente en la de la segunda.

Ya dijimos hace tiempo (Sánchez-Urán, 2015) que la ajenidad y dependencia propias de la relación laboral existe en ese contrato, siempre, claro está, que no haya control efectivo de la sociedad por el consejero ejecutivo; si no hay tal control, tal como dispone la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo (LETA), no puede ser considerado trabajador por cuenta propia¹³. Si presta sus servicios no en interés propio, sino en interés ajeno, y la utilidad patrimonial de su prestación de servicios revierte en la sociedad, hay que concluir que hay ajenidad en su trabajo. La dependencia existe en tanto el CA mantiene las facultades de supervisión o control de la actividad que realiza el consejero ejecutivo, en particular, el consejero delegado,

¹³ Recuérdese que la LETA aporta una definición legal de trabajador por cuenta propia que completa con una inclusión y una exclusión expresas, en las que aparecen los administradores de sociedades de capital. Por un lado, inclusión expresa, se consideran trabajadores por cuenta propia los que ejercen funciones de dirección y gerencia que conlleva el cargo de consejero o administrador, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, en los términos previstos por la Ley general de la Seguridad Social –art. 136– (art. 1.2 c) de la LETA). Por otro, exclusión expresa, y atendiendo a otras circunstancias de la prestación de servicios de los administradores (por definición legal, que no posean el control efectivo de la sociedad), se dice que queda al margen del ámbito de aplicación de la LETA (art. 2 b) la actividad que se limite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos, lo que cabe interpretar en el sentido de que si los consejeros ejecutivos que no posean el control efectivo no pueden ser considerados trabajadores por cuenta propia, la exclusión del artículo 1.3 c) debe entenderse en el sentido de que se trata de una exclusión constitutiva o *ex lege*, una opción de política legislativa, relativa a un trabajo por cuenta ajena aun cuando el legislador los mantenga extramuros de la regulación del trabajo asalariado.

quien, pese a su autonomía y responsabilidad, quedará sometido a las instrucciones del CA. Debe advertirse que, conforme al artículo 249 bis, entre las facultades que el CA no puede delegar –lo que quiere decir que el legislador reafirma que son funciones propias del órgano de administración– se incluye la de «supervisión de [...] la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado». Y, en fin, es un cargo retribuido, conforme al artículo 249 de la LSC¹⁴.

Si ello es así, ya reclamamos desde la entrada en vigor de la reforma de 2014 que era necesario que el legislador abordara el «estatuto del administrador» y, en concreto, el del consejero ejecutivo, que clarificara su situación jurídica y sus múltiples proyecciones normativas (laboral, mercantil, fiscal, de seguridad social, etc.) y definiera con precisión el ámbito de la exclusión laboral relativa a quienes prestan servicios como administradores en las sociedades de capital. Planteábamos entonces si, de *lege ferenda*, era conveniente restringir la exclusión prevista en el artículo 1.3 c) del ET o, por el contrario, ampliarla; es decir, si el precepto estatutario debía referir solo a los administradores en su condición de tales (en el sentido de la norma mercantil) o, por el contrario, incorporar a la exclusión también a los consejeros ejecutivos cuando el órgano de administración es un CA. Si esta última fuera la opción, aunque no ajustada a una perspectiva estrictamente dogmática o teórica, puesto que a nuestro juicio se trataría de una exclusión constitutiva, tal vez fuera la que permitiera resolver algunas dificultades o disfuncionalidades de la exclusión restrictiva (o, lo que es lo mismo, de la inclusión *ex lege* del consejero ejecutivo en la relación laboral) y, sobre todo, la práctica de ubicar en un solo orden jurisdiccional todos los conflictos que se plantearan en la doble relación jurídica entre los administradores, cuando son ejecutivos, y la sociedad, es decir, tanto las derivadas de la prestación de servicios ejecutivos como las de la relación contractual de administración.

Hasta la fecha, el legislador no ha adoptado solución alguna al respecto. Por lo que la interpretación sistemática de las normas, laboral y mercantil, permite hoy sostener que la relación jurídica del consejero ejecutivo, que cumple con los requisitos o notas de laboralidad, y hacen de él más que un mero o simple consejero, miembro del CA, responde a las características del contrato

¹⁴ Es cierto que un sector de la doctrina, entre otros, Alfaro (2015) y Tovar (2016), intenta fundamentar la relación laboral del consejero ejecutivo, en especial, del consejero delegado, y ampliada a cualquier administrador, en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– en dos sentencias: Sentencia de 11 de noviembre de 2010, asunto C-232/09, caso Danosa, y Sentencia de 9 de julio de 2015, asunto C-229/14, caso Balkaya. No obstante, estas sentencias deben, a nuestro juicio, ser analizadas con prudencia porque resuelven supuestos concretos en relación con una realidad normativa nacional concreta. Es cierto que el TJUE en estas resoluciones adopta un concepto flexible y amplio de trabajador en sentido comunitario y, con base en el mismo, resuelve los casos: en el primero, caso Danosa, cese de administradora embarazada y su proyección desde la Directiva 2000/78, y en el segundo, caso Balkaya, el cómputo del administrador –en el caso un administrador independiente– a efectos de despido colectivo conforme a la Directiva 98/59. Desde la realidad normativa española, estas sentencias plantean la cuestión relativa al principio de primacía del derecho de la Unión Europea y su aplicación efectiva al través del de interpretación conforme de una norma, la española, que excluye a los administradores de la relación laboral. Por tanto, y como se sabe, el principio de interpretación conforme no puede hacerse *contra legem*, lo que, en todo caso, requerirá la intervención legal para que se clarifique esta cuestión. Sobre el concepto comunitario de trabajador, *vid.* Sánchez-Urán (2017).

laboral de alta dirección con base en el triple criterio legal que lo configura, funcional (en cuanto que realiza cometidos propios de dirección y gestión), objetivo (las funciones de dirección son las relativas al objetivo general de la empresa o fin social de la sociedad), y jerárquico porque el CA retiene las facultades de supervisión y control de la actividad del consejero ejecutivo¹⁵ aun cuando este preste esos servicios con cierta autonomía y responsabilidad.

Lo que exige, respondiendo a la tercera cuestión, que deban integrarse sistemáticamente las normas de diferentes sectores del ordenamiento jurídico que, debido a las peculiaridades de la administración social directiva por delegación del CA, inciden en esa prestación de servicios; normas laborales, de seguridad social, fiscales y mercantiles. Apuntábamos más arriba las posibles disfuncionalidades; entre otras (Sánchez-Urán, 2015; Tovar, 2016), la posibilidad o no de coexistencia de una alta dirección colegiada (director general y consejero ejecutivo), cada una con sus reglas; la articulación de la relación laboral especial de alta dirección cuando un alto directivo laboral es nombrado miembro del CA como consejero ejecutivo; la presunción del carácter indefinido de la relación laboral de alta dirección frente al carácter temporal del cargo de consejero (¿sería este un desistimiento *ad nutum* indemnizado previsto en el RDPAD?); el despido y su calificación (entre ellas, la de nulidad) cuando el derecho de sociedades rige el principio de libre revocabilidad; adaptación de la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección en caso de concurso, conforme al artículo 65 de la Ley Concursal; en fin, y sin agotar la lista, la cuestión que aquí será tratada, la relativa a la retribución o indemnización por cese.

Es cierto que la integración normativa requiere adaptar entonces la regulación prevista en el RDPAD. Permítasenos la comparación con lo que hace unos años ha ocurrido con la alta dirección en el sector público. Allá por 2012, atendiendo a la racionalización del sector público como objetivo (bajo las premisas de estabilidad económica, interés general y bien común de los ciudadanos), se introducen por el Real Decreto-Ley 3/2012, disposición adicional octava, especialidades, relativas a retribución e indemnización por cese, en los que denominan contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal; especialidades reguladas en el Real Decreto 451/2012 que, además, proporciona nuevas reglas para definir la relación de empleo público de quienes, respectivamente, son o desempeñan funciones de máximo responsable o de directivo vinculados profesionalmente a las entidades del sector público empresarial. Esta norma reglamentaria define con carácter general «la relación laboral especial del personal de alta dirección en el sector público», sea este estatal, autonómico o local, y regula algunas de sus peculiaridades en relación con el RDPAD, en el que incorpora un apartado nuevo, 4, a su artículo 1 del tenor siguiente:

El presente real decreto se aplicará a los máximos responsables y personal directivo a que se refiere el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retribu-

¹⁵ Recuérdese que la LSC, artículo 249 bis, enumera las funciones que en ningún caso puede delegar el CA. Entre ellas, la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad (función deliberativa) y la supervisión de la actuación de los órganos delegados (facultad de supervisión y control).

tivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil, en aquello que no se oponga al mismo ni al Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Lo que quiere decir que los máximos responsables y personal directivo en el sector público son altos directivos laborales pero, a su vez, su régimen jurídico queda condicionado por las reglas que establecen la Ley 3/2012 y el Real Decreto 451/2012. Así, frente a la autonomía de la voluntad de las partes, se aplican los límites legales y reglamentarios en la determinación de varias de las condiciones de trabajo esenciales del régimen jurídico laboral de alta dirección: una, la que refiere a la indemnización por cese en el cargo, en especial, cuando se produce por desistimiento del empresario, y otra, en la clasificación y definición de las retribuciones básicas y complementarias. De modo que ya entonces hablábamos de la inexistencia de una única relación laboral especial de alta dirección.

Desde la perspectiva de la alta dirección en el sector privado podría también concluirse que, frente a la que pudiera considerarse relación tipo, la de quienes ejercen las funciones de dirección ejecutiva en las sociedades de capital por sujetos no administradores, habría que calificar como relación laboral especial con peculiaridades de la de quienes, como consejeros miembros del CA, y siempre que no posean el control efectivo de la sociedad, realizan funciones de dirección ejecutiva. Peculiaridades que, no explicitadas en el RDPAD, derivan del régimen jurídico previsto en la norma mercantil que, en esta materia, sería *lex specialis* frente a la norma laboral que disciplina el régimen jurídico del personal de alta dirección y se proyecta, entre otras materias, en la retribución del consejero ejecutivo.

4. SISTEMA Y LÍMITE DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS

Recordemos que la doctrina del vínculo se adoptó, entre otras consideraciones, con el objetivo de limitar la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del sistema y cuantía de retribución de los consejeros ejecutivos, interpretando la LSA/1989 en el sentido de que, siendo estos administradores, quedaban sometidos a las reglas previstas en el artículo 130 de la LSA.

Esta cuestión se plantea de nuevo tras la LSC/2010 en su versión reformada de 2014, ahora en torno a la relación contractual de los consejeros ejecutivos en las sociedades no cotizadas. Desde la perspectiva mercantil, agudamente se ha preguntado: ¿cuán contractualistas son los que se dicen tales? Porque, en el fondo, la cuestión trasciende a la limitación o no de la autonomía privada en la determinación, sistema y cuantía de la retribución e indemnización por cese.

Aun cuando haya de resolverse esta cuestión aceptando que el denominado «contrato de delegación» fuera un contrato de alta dirección, conviene advertir que, por el contrario, tanto un sector

minoritario de la doctrina (Guerrero, 2018, p. 3) como el TS, Sala de lo Civil, han concluido: uno, que el concepto «administrador en su condición de tal» refiere a todos, ejecutivos y no ejecutivos, cuando la administración adopta forma compleja; y dos, que hay que seguir sosteniendo la teoría del vínculo. De modo que se opta por un concepto amplio de retribución sujeto al control de la junta de socios a través de la denominada reserva estatutaria aplicable a todos los administradores. Resuelve el TS afirmando que el sistema de retribución de todos los administradores se estructura en tres niveles (estatutos sociales, acuerdos de la junta y acuerdo del órgano de administración) y que, respecto de los consejeros delegados o ejecutivos, el contrato permite solo concretar los distintos conceptos retributivos, puesto que la relación entre los artículos 217 y 249 de la LSC es de «carácter cumulativo» y no alternativo.

Planteemos la misma cuestión desde la teoría contractualista con base en la compatibilidad o simultaneidad entre el contrato de administración y el contrato de dirección ejecutiva. Desde esta perspectiva, conviene indicarlo, no puede afirmarse rotundamente que prevalece la autonomía de la voluntad de las partes en la fijación del sistema y cuantía máxima de retribución aun cuando se califique la dirección ejecutiva delegada como especial de alta dirección.

En efecto, concluyendo que haya dos categorías diferenciadas de consejeros, ejecutivos y no ejecutivos, y que aquellos fueran personal de alta dirección, hay que explicar la razón de que aquellos tengan un régimen específico y diferenciado respecto de los primeros. Porque, como explicamos a continuación, admitida la tesis de la compatibilidad, ello no implica que, como consecuencia, se imponga la no reserva estatutaria de la retribución.

Comencemos preguntándonos si hay posibilidad de resolver la cuestión partiendo de la imbricación entre la norma laboral y la norma mercantil. Si la relación contractual del consejero ejecutivo se califica como laboral especial, podría argumentarse que la norma general al respecto, el RDPAD, debería aplicarse; norma que, conviene advertir, configura el estatuto jurídico del alto directivo laboral en torno a su peculiar sistema de fuentes y su proyección en el contenido de esta relación jurídica. El RDPAD concede un amplio margen al pacto entre las partes (autonomía de la voluntad) en la determinación de las condiciones contractuales, es decir, en la individualización de la relación jurídica. En efecto, la norma reglamentaria remite al pacto individual, entre otras materias, en lo que refiere a la retribución convenida (art. 4) y en la individualización de la indemnización por extinción contractual (arts. 10 y 11), y admite ampliamente la disponibilidad de derechos por las partes. Lo que, a efectos de la cuestión aquí tratada, significaría que el sistema y cuantía de la retribución de los consejeros ejecutivos quedarían solo condicionados a lo que dispusiera el contrato, sin reserva estatutaria ni límite cuantitativo fijado por la junta general.

No obstante, como comentamos más arriba, el RDPAD, tal y como ocurre en relación con el contrato de alta dirección en el sector público, debe interpretarse en el sentido de que solo se aplicaría respecto de aquellas materias que no tengan prevista regulación especial y específica en otra norma, que completaría el régimen jurídico del contrato peculiar de alta dirección también en el sector privado. Debe advertirse al respecto que el RDPAD expresamente afirma que

la autonomía de la voluntad de las partes solo queda limitada «por las normas del propio real decreto y por las demás que sean de aplicación» (art. 3.1), y lo son en este sentido las de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico que afecten a la regulación de las condiciones de trabajo. En particular, las que establezca la LSC relativas a la retribución de los consejeros ejecutivos. Vayamos, por tanto, a esa *lex specialis*, LSC, para comprobar si al respecto se formula una regla clara, limitativa o no de la autonomía de la voluntad de las partes.

Es esta la duda que se plantea en el recurso de casación civil resuelto por el TS y, conviene advertirlo, excede la opinión de quien, como laboralista, escribe. Es cierto que, tras la reforma de 2014 la doctrina mercantilista había optado mayoritariamente por considerar que los artículos 217 y 249 establecían un sistema dual, alternativo que la DGRN y la AP habían confirmado. También lo es que había surgido una posición doctrinal minoritaria que consideraba, por el contrario, que la retribución del consejero ejecutivo es solo una retribución «adicional» que compensa a quienes como miembros del CA asumen una carga extra de trabajo (entre otros, Fernández, 2015 y Guerrero, 2018, pp. 7 y 8); argumentándose al respecto que la existencia de retribución diferenciada *ex* artículo 249.3 y 4 de la LSC para los consejeros ejecutivos queda limitada a la distribución que pueda hacer el CA de esa retribución adicional en el contrato de delegación.

Es evidente, no cabe duda, que el contrato del consejero ejecutivo, tanto en sociedades cotizadas como en sociedades no cotizadas, queda sometido en lo que a la remuneración se refiere a la previsión o cautela del artículo 217.4 (parámetros o criterios generales de orientación del sistema retributivo, «construidas sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados», Roncero, 2016). Dispone el citado precepto:

La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

Más allá de esa cautela general, cabe apreciar que la norma mercantil introduce una notable diferencia en relación con la política societaria, a la que la remuneración haya de quedar condicionada, porque, para el caso de sociedades no cotizadas, puede no existir esa política («política de remuneraciones aprobada, en su caso, por la junta general» dispone el art. 249.4 de la LSC), mientras que, en el caso de sociedades cotizadas, el artículo 529 novodécimas no solo detalla con precisión aspectos concretos de tal política, sino que precisa que obligatoriamente «se ajustará en lo que corresponda al sistema de remuneración estatutariamente previsto y se aprobará por la junta general de accionistas al menos cada tres años como punto separado del orden del día». Desde la perspectiva de las sociedades no cotizadas, es cierto que el artículo 217 de la LSC, relativo solo a los administradores en su condición de tales, no se ocupa específicamente del CA, que aparece

a partir del artículo 242, en concreto, en lo que a la retribución se refiere, en el artículo 249. Lo que, de acuerdo con la interpretación realizada en este estudio sobre la expresión legal «administradores en su condición de tales» lleva a la conclusión de que el régimen retributivo, sistema y cuantía, del consejero ejecutivo en las sociedades no cotizadas queda sometido a las reglas específicas establecidas en dicho precepto legal o, lo que es lo mismo, que no se condiciona a reserva estatutaria y a fijación del límite cuantitativo por la junta general.

Surge entonces la cuestión de si hay razón objetiva y razonable que explique tal diferencia de trato (relativa a la transparencia sobre las retribuciones y la implicación de los accionistas en la fijación de la de los consejeros) si partimos, como indica la doctrina mercantilista, de que «el legislador quiere establecer un régimen distinto para la retribución de los administradores en un sistema de administración simple y en otro de administración compleja» (Alfaro, 2018b) o, por el contrario, hubiera que considerarla no justificada y, en consecuencia, arbitraria. Siendo aquella la *voluntas legislatoris*, ¿qué significado tiene en la ley la política de remuneración en las sociedades cotizadas? Y ¿qué significado tiene la política de remuneración en las sociedades no cotizadas? ¿Qué razón hay para que la norma establezca esa diferencia externa (entre sociedades) e interna (en el seno de las sociedades no cotizadas) exigiendo reserva estatutaria solo para los administradores «en su condición de tales» y no para quienes de ellos sean consejeros ejecutivos?

Es cierto que la LSC tras la reforma 2014 adopta medidas claras para contrarrestar la competencia atribuida al CA en el artículo 249 en relación con las sociedades cotizadas; lo que no ocurre para las no cotizadas. Desde la perspectiva de análisis de este estudio, a nuestro juicio, se trate de dos categorías diferentes de administradores (y, en consecuencia la retribución se conciba como contraprestación económica por la asunción de unas funciones que no les corresponden como meros consejeros) o se trate de una sola categoría de administradores (y entonces se entienda que la retribución es meramente adicional), todo parece apuntar que debieran estar sometidas a las mismas reglas porque, en el fondo, se trata de condicionar a todas las sociedades de capital a equivalentes requisitos de información, transparencia y control por los socios. Así, aunque se haya advertido por la doctrina (Campins, 2015) que el problema de la LSC en relación con las sociedades cotizadas no está en la consagración legal de unas reglas de remuneración de los consejeros ejecutivos alejadas de los principios que informan el régimen de remuneración del resto de administradores (regulación diferenciada que, según la estructura de propiedad de las sociedades, puede resultar justificada), es cierto que también se concluye que «la reforma no ha previsto para todas las sociedades de capital mecanismos legales obligatorios que garanticen una adecuada transparencia y fiscalización por los socios de las remuneraciones de sus ejecutivos». Transparencia, control de las retribuciones y protección del socio son los aspectos o problemas más destacados de la reforma de 2014.

Sí conviene advertir, a nuestro juicio, que una cosa es la exigencia de transparencia y otra, bien distinta, que la LSC, en aras de la misma, permita explicar la razón de ser de la teoría del vínculo o que sea necesario mantener esta para cumplir con tales exigencias.

De ahí que deba reflexionarse sobre la afirmación del TS (FD 6.º 13):

Una interpretación del nuevo régimen legal de la remuneración de los administradores sociales como la realizada por la Audiencia Provincial supone [...] comprometer seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afectar negativamente a los derechos de los socios, especialmente del socio minoritario, en las sociedades no cotizadas, por la severa restricción de la importancia del papel jugado por la junta general.

Y sea necesario separar dos planos o perspectivas de análisis. Uno, estrictamente jurídico, de aplicación de los criterios hermenéuticos y otro, bien diferente, de política legislativa. Desde la primera perspectiva, la argumentación del TS excede de una aplicación rigurosa de aquellos criterios y, por tanto, hubiera sido preferible no haber expresado la que no cabe concebir más que como una valoración o apreciación. No obstante, a nuestro juicio, evidencia, y esta es una perspectiva bien distinta, la que tal vez debiera ser solución lógica y razonable en la ley porque, aunque se contraargumente que el socio tiene derecho a solicitar tal información (para evitar las «retribuciones tóxicas» –Alfaro, 2018b–), no puede tampoco pasar desapercibido que el régimen legal actual «pone de manifiesto un déficit de protección de los socios» (Roncero, 2016, p. 15), o que, si no se obliga *ex lege* a la reserva estatutaria y aprobación por la junta general, «ello pudiera implicar que los socios de control de las sociedades cerradas se vieran animados a buscar la fórmula del consejo con delegación de facultades para obtener cuantiosas retribuciones que, además, podrán ser desconocidas por el resto de socios» (Guerrero, 2018, p. 10).

Pero también lo es que condicionar en las sociedades no cotizadas la retribución de los consejeros ejecutivos a reserva estatutaria y a los límites que establezca la junta general pudiera orientar a que el CA apoderara a sujetos externos al mismo y concertara entonces un contrato típico de alta dirección sometido a las reglas sobre remuneración previstas en el RDPAD que, como se sabe, deja a la autonomía de la voluntad de las partes la fijación tanto de la cuantía y sistema de remuneración como la de la indemnización por cese. Sin que se pueda entrar en estos momentos al análisis de cómo la regulación de la LSC puede afectar a las condiciones de trabajo de los directivos y altos directivos que no están o forman parte del CA, en concreto en lo que refiere a la facultad de este para nombrarlos, destituirlos y fijar sus retribuciones y otras condiciones básicas de sus contratos, conforme a lo dispuesto en el artículo 249 bis h) de la LSC, o de aquellos que, siendo consejeros ejecutivos, mantienen también una relación laboral ordinaria, respecto de los que hoy la jurisprudencia admite sin ambages la convivencia o coexistencia (doble vínculo contractual, mercantil y laboral común). Lo que, en ambos casos, requiere también de la imbricación entre la regulación mercantil y laboral.

En fin, como cabe apreciar, sea cual fuere la solución al respecto, la misma no está exenta de dificultades interpretativas. Y aunque, como se ha estimado en este estudio, la redacción de la norma mercantil permita concluir que la retribución de los consejeros ejecutivos no ha de quedar sometida a reserva estatutaria, debe expresarse al respecto, por un lado, que el TS se separa de la literalidad de la norma con fundamento en argumentos que, a nuestro juicio, son reflexiones o

valoraciones respecto de la que considera no debiera ser la solución legal; por otro lado, que el juicio de valor o reflexión solo deben entenderse como un toque de atención hacia el legislador para que establezca con precisión y en aras del principio de seguridad jurídica las reglas legales que deban condicionar, en su caso, la remuneración de los consejeros ejecutivos.

5. CONCLUSIONES

Pese a las dificultades interpretativas derivadas de una redacción legal inadecuada, el tenor literal de la LSC tras su reforma en 2014 permite concluir que la teoría del vínculo ha sido abandonada. Básicamente, en la administración compleja, los administradores «como tales» son administradores no ejecutivos (este es su cometido inherente); los administradores ejecutivos (que se encargan de la gestión y dirección, y este es su cometido inherente) compatibilizan esa función, ahora contractualizada (art. 249 de la LSC), con su condición de miembro del CA.

Advirtiendo ya entonces de las dudas que se pudieran suscitar (tal y como deriva de la STS, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2018), sobre todo en lo que refiere a si la reserva estatutaria se aplicaba al sistema de retribución de los administradores «ejecutivos», y, asimismo, de la necesidad de afrontar modificaciones legislativas tanto en la LSC como en el ET para que el legislador explicitara claramente la opción (y desde la perspectiva laboral, dotara de mayor precisión al art. 1.3 c), el paso del tiempo ha confirmado que el problema no estaba definitivamente resuelto. Es evidente, a nuestro juicio, la inseguridad jurídica que la STS ha creado porque, aun considerando razonables algunas de sus reflexiones, parece que ha modificado la redacción de los preceptos legales para adaptarlos a su decisión. La que dice interpretación literal o gramatical no es una operación sencilla de subsunción de un caso típico en el supuesto de hecho de la norma aplicada porque, como bien ha expuesto la doctrina mayoritaria mercantilista, la literalidad puede llevar a una solución diferente a la formulada por el TS.

De modo que, concluyendo, la ley parece que en este punto estaba pensando realmente en sociedades cotizadas, por lo que urge también en este aspecto la reforma legal para que expresamente se advierta si para todas las sociedades capitalistas se han de aplicar las mismas reglas en la determinación del sistema retributivo o, por el contrario, hay que distinguir entre sociedades cotizadas y no cotizadas explicitando si la reserva estatutaria retributiva alcanza solo a las primeras (claramente lo dispone así el art. 529 septidecies y octodecies de la LSC), mientras que para las no cotizadas las condiciones retributivas establecidas en el contrato entre la sociedad y el consejero ejecutivo no quedan sometidas a reserva estatutaria alguna y a acuerdo de la junta general.

No obstante, hasta que ese cambio legislativo se produzca, atentos habremos de estar a posteriores pronunciamientos de la misma sala o, en su caso, de la Sala de lo Social del TS, si llegara a plantearse esta cuestión en recurso para unificación de doctrina en caso de que se adoptaran decisiones contradictorias en los tribunales superiores de justicia, que, hasta la fecha, siguen asumiendo la doctrina del vínculo.

Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2015). Adiós a la teoría del vínculo. Recuperado de <<http://almacenederecho.org/adios-a-la-teoria-del-vinculo/>> (consultado el 20 de abril de 2018).
- Alfaro Águila-Real, J. (2018a). Cuestiones pendientes relativas al contrato entre la sociedad y el consejero-delegado. Recuperado de <<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2018/02/cuestiones-pendientes-relativas-al.html>> (consultado el 20 de abril de 2018).
- Alfaro Águila-Real, J. (2018b). La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales. Recuperado de <<http://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>> (consultado el 20 de abril de 2018).
- Alonso Ureba, A. (2005). Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de los administradores) y 141.1 (autoorganización del consejo) del TRLSA. *Revista de Derecho de Sociedades*, 25, 19-69.
- Blasco Pellicer, A. (1997). *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*. (2.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Campins Vargas, A. (2015). Dudas interpretativas del nuevo régimen de remuneración de administradores en la Ley 31/2014. Recuperado de <<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/03/dudas-interpretativas-del-nuevo-regimen.html>> (consultado el 20 de abril de 2018).
- Desdentado Bonete, A. (2004). Prólogo. En M. A. Limón Luque, *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social* (pp. 1-18). Pamplona: Aranzadi.
- Esteban Velasco, G. (2006). La separación entre dirección y control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el derecho comparado. En F. Rodríguez Artigas (Coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (estructura de gobierno y mercados)* (pp. 727-768). Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi. 2 v.
- Fernández del Pozo, L. (2015). El misterio de la retribución de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma. *Revista de Derecho Mercantil*, 297, 199-248.
- García-Perrote Escartín, I. (2015). La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con «omnicomprensividad retributiva». *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 178-184.
- Godino Reyes, M. (2007). Algunas reflexiones críticas sobre la teoría del vínculo que excluye la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y alto cargo. *Boletín Social Quantor*, 78.
- Guerrero Trevijano, C. (2018). La reserva estatutaria en materia de remuneración de administradores (A propósito de la STS 26 de febrero de 2018). *La Ley Mercantil*, 45, 1-15.

- Juste Mencía, J. y Campins Vargas, A. (2016). La retribución de los consejeros delegados o de los consejeros con funciones ejecutivas. El contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad (arts. 249.3 y 4 y 529 octodecies LSC). En A. Roncero Sánchez (Coord.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada* (pp. 757-797). Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi. 2 v.
- Matorras Díaz-Caneja, A. (2010). Altos cargos y doble vínculo: crítica a los «excesos» de la doctrina del vínculo. *Aranzadi Social*, 3, 65-93.
- Paz-Ares Rodríguez, C. (2008). El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos. *InDret*, 1.
- Rey Guanter, S. del (2015). Heterodeterminación mercantil corporativa de remuneraciones y condiciones contractuales básicas de altos directivos, directivos y consejeros ejecutivos y ordenamiento laboral. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 171-177.
- Roncero Sánchez, A. (2016). La retribución variable de los consejeros ejecutivos tras la reforma del régimen legal sobre retribución de los administradores de las sociedades de capital. *Derecho Social y Empresa*, 5, 121-149.
- Sala Franco, T. (1990). *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*. Bilbao: Deusto.
- Sánchez-Calero Guilarte, J. (2006). La remuneración de los directivos: la solución al problema retributivo en la sociedad cotizada. *Observatorio Contable y Financiero*, 4, 48-56.
- Sánchez-Urán Azaña, M.^a Y. (2015). Estatuto jurídico del alto directivo laboral. Nuevas perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 118, 15-48.
- Sánchez-Urán Azaña, M.^a Y. (2017). El concepto de trabajador. En J. García Murcia (Dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del tribunal de justicia* (pp. 45-104). Pamplona: Aranzadi.
- Tovar Rocamora, J. J. (2016). La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 184, 215-236.