

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad
Complutense de Madrid
Académico correspondiente de la Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación
Letrado (en excedencia) de la Seguridad Social*

Extracto:

LA relación jurídica que vincula al administrador con la sociedad, en cuanto que aquél es el titular del órgano social que se ocupa de la gestión de la empresa que constituye el objeto societario (señaladamente cuando de sociedades mercantiles capitalistas se trata), ha sido objeto de una tradicional polémica. En este trabajo se aboga por la consideración del administrador social como trabajador por cuenta ajena, lo cual procura consecuencias nada desdeñables (así el derecho a una remuneración justa), y desde luego constituye una base razonable a su inclusión en el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social (por contra del desmembrado e irracional sistema actual). El sistema jurídico vigente, no impide la calificación de aquella relación jurídica como relación laboral (en la línea del pragmatismo jurídico anglosajón). En todo caso ha de destacarse la gran confusión e inseguridad jurídica existente en este ámbito (baste con reparar en la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre Administradores-Altos Cargos).

No obstante, señaladas dificultades para identificar la presencia en aquella relación jurídica de las notas típicas de las relaciones laborales nacidas con la sociedad industrial, así como la posición de la jurisprudencia (obsesionada por la «dependencia»), abogan por establecer un espacio normativo específico para quienes se ocupan de la gestión empresarial (administradores y altos cargos, los managers), y sin que ello signifique obviar los cambios que la sociedad de la información conlleva necesariamente en los caracteres o notas que vienen considerándose como típicos de las relaciones jurídicas de trabajo (asalariado) por cuenta ajena.

Sumario:

- I. Introducción: Sobre la ajeneidad y la dependencia características de la relación de trabajo.
- II. La cuestión del trabajo por cuenta ajena de los administradores (sociales) gerentes o ejecutivos, cuando actúan facultades que les son propias relativas al objeto social (explotación de la empresa), según la jurisprudencia.
- III. La cuestionable exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo (Estatuto de los Trabajadores) de los administradores (sociales) gerentes o ejecutivos.
- IV. El «trabajo por cuenta ajena» de los administradores gerentes o ejecutivos. La evolución hacia un nuevo modelo de trabajo por cuenta ajena no dependiente.
- V. Apología del managerialismo.
 1. La «autonomía» de los *managers*.
 2. Tecnoestructura: facultades y competencias de los administradores gerentes o ejecutivos.
 3. La profesionalización de los administradores gerentes o ejecutivos.
 4. El derecho de los administradores gerentes o ejecutivos al salario o a una retribución *quantum meruit* (sobre un anacronismo jurídico).
 5. Indemnizaciones debidas por el cese o separación del cargo de los administradores gerentes o ejecutivos.
- VI. El trabajo por cuenta ajena del «administrador de hecho».
- VII. El «Administrador-Director General».

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA AJENEIDAD Y LA DEPENDENCIA CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La «autonomía» y la «organización» predicadas de la actividad de empresa, constituyen notas características de la misma. Merced a la primera se produce la imputación jurídica, esto es, se atribuyen los resultados, favorables y adversos, a quien lleva a cabo esa actividad y, además, se distingue al empresario de sus colaboradores en general, no sólo de los trabajadores. La segunda resalta que se trata de una actividad organizada racionalmente (economicidad) que presupone la existencia de una organización (síntoma de la relativa despersonalización de la actividad de empresa).

La «ajeneidad» supone exactamente lo contrario a la «autonomía» y es elemento necesario para la presencia de la nota de la organización (en cualquiera de sus vertientes, esto es, como actividad organizada, y como la organización que presupone su desenvolvimiento), al menos a la altura de los tiempos que nos ha tocado vivir.

Los resultados (frutos) del esfuerzo (trabajo) de cada persona, en principio a cada una debieran de pertenecerle (ingresar en su patrimonio), pero, partiendo de que una sociedad sin intercambio no es concebible, el desarrollo progresivo de la racionalidad del mercado, lleva a otras consecuencias. Incluso «en el caso de las sociedades preindustriales, es necesario reconquistar la perspectiva general y global del intercambio relacionado con la transacción de trabajo: junto al trabajo vendido se dará el trabajo prestado, bajo la forma de *corvée*, a los señores y a las comunidades; el trabajo prestado de acuerdo a esquemas de reciprocidad inmediata o diferida, equilibrada o no»¹.

Resulta así que las utilidades (frutos) derivadas del trabajo se atribuyen directa e inmediatamente a persona distinta de la que ejecuta el trabajo. En el mercado actual el rendimiento del trabajo ordinariamente se atribuye a una entidad ideal (persona jurídica), como son las sociedades mercantiles y traslativa o indirectamente a los socios.

¹ GRENDI, E., *Formas de mercado: El análisis histórico*, Barcelona 1992, págs. 24-25.

Como se ha puesto de manifiesto «cuando el resultado del trabajo se concreta en un fruto o producto susceptible de apropiación, la propiedad sobre los mismos es adquirida por el beneficiario del trabajo. Cuando el resultado del trabajo es un servicio inmaterial no apropiable o una aportación del mismo carácter a una organización, la ajeneidad se manifiesta en que la ejecución del trabajo se organiza y lleva a cabo de manera que satisfaga las necesidades o conveniencias no del que trabaja, sino de la persona o entidad a favor de la cual se prestan los servicios»².

La distinción «que separa el trabajo por cuenta propia del trabajo por cuenta ajena; descansa, (...), sobre la circunstancia de que los frutos se atribuyan a quien ha ejecutado el trabajo o a persona distinta. En este momento es indiferente respecto al trabajo por cuenta ajena, que una porción de los frutos vuelva o deje de volver, tras la atribución inicial a otro, de nuevo a quien ha ejecutado el trabajo. Lo esencial y definitorio del trabajo por cuenta ajena está en la atribución originaria, en que los frutos desde el momento mismo de la producción pertenecen a otra persona, nunca al trabajador»³.

Se trata, pues, como indica la STSJ de Cataluña de 8 de junio de 1999⁴, de «una relación en la que una de las partes presta servicios para otra dentro de su ámbito de organización y dirección a cambio de una retribución, sin hacer suyo el fruto de su trabajo, sino entregándolo a otro a cambio de una cantidad que constituye su contraprestación en el contrato de trabajo».

Ciertamente el trabajo por cuenta ajena constituye la realidad sociológica y económica subyacente de una específica rama del Derecho, el Derecho del Trabajo, que toma como realidad operativa de la realidad social «frente a la (...) "naturalidad" de la auto-atribución», la atribución inicial y directamente de los frutos a persona distinta de la que ejecuta el trabajo»⁵.

Pero lo señalado en el párrafo que antecede no significa que el trabajo por cuenta ajena, en cuanto que «realidad social diferenciada» no deba ser tomado en consideración en otras ramas del Derecho, o que no existan puntos de confluencia o compartidos entre diferentes ramas del Derecho (según la tradición docente europea) cuando se da prestación material de trabajo. Manifestación explícita de ello es que «el título o fundamento jurídico de la ajeneidad ha variado mucho a lo largo del tiempo»⁶. En otros contratos distintos del de trabajo existe la cesión anticipada de las utilidades derivadas del trabajo, citándose a título de ejemplo por la doctrina el arrendamiento de servicios e

² MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Madrid 1997, pág. 40.

³ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid 1994, pág. 50.

⁴ Todas las sentencias que se citan en este trabajo se recogen en NORMACEF SOCIAL; las del Tribunal Supremo (STS) son, ordinariamente, de la Sala Cuarta, las de los Tribunales Superiores de Justicia, sin excepción, de las Salas de lo Social.

⁵ ALONSO OLEA, M., *opus cit.*, pág. 50.

⁶ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *opus cit.*, pág. 41.

incluso el arrendamiento de obra ⁷, «la regulación llamémosla vieja o antigua del contrato de trabajo es muy anterior al Código Civil, con una historia milenaria que arranca, cuando menos, en nuestra cultura de la *locatio operarum* romana» ⁸.

Ya en el Código Civil «lo que hoy llamamos contrato de trabajo, y en él se llama arrendamiento de servicios, aparece perfectamente individualizado y separado del arrendamiento de cosas y del arrendamiento de obras» ⁹ y más allá de aquella cercana similitud entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios, se destaca, con antecedentes en los Códigos Civiles de 1821 y 1851, que el «arrendamiento de servicios y arrendamiento de obras participan en efecto de una misma causa, a saber, la utilidad que para el arrendador adquirente tienen los frutos del trabajo humano, se paguen los frutos directamente en la locación de obra o se pague el trabajo invertido en la ejecución de los servicios. Las diferencias básicamente afectan a los riesgos de ejecución, que son del arrendatario adquirente en el contrato de servicios y del arrendador ejecutante en el contrato de obra. Lo que de paso quiere decir que no se deben buscar aquéllas, las diferencias, en los modos de retribuir; los destajos o pagos por unidad de obra ejecutada son de antiguo y de sobra conocidas como modalidades de remuneración propias del contrato de trabajo o de servicios (...) el que ambos contratos -de prestación de servicios y de ejecución de obra -se consideren como especies de arrendamiento (...) obedece a una vieja tradición, que enlaza con los orígenes probables de ambos arrendamientos, especialmente del de servicios, en la transición desde la cesión remunerada por su dueño del esclavo y de su trabajo a otro, a la cesión también a otro de los servicios del liberto y hombre libre de sus propios servicios» ¹⁰.

A) Sobre la dependencia.

Una importante jurisprudencia (SSTS de 16 de julio de 1984, 30 de noviembre de 1987, 13 de noviembre de 1989, 9 de febrero y 2 de marzo de 1990, 27 de mayo de 1992, 8 de octubre de 1992, 26 de enero y 14 de febrero de 1994, etc.) tiene declarado lo siguiente ¹¹:

«La línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, etc. regulados por la legislación civil o mercantil, no parece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencia, ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social, y que impera un casuismo en la materia que obliga a atender a las específicas circunstancias concurrentes en cada caso concreto. La nota diferencial en todo caso, no

⁷ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho y Trabajo*, Madrid 1997, pág. 27.

⁸ ALONSO OLEA, M., «Las raíces del contrato de trabajo» *Anales RAJL*, núm. 21, 1989, pág. 399.

⁹ Los subrayados y negritas son únicamente imputables al autor del trabajo.

¹⁰ ALONSO OLEA, M., *opus cit.* («Las raíces...») págs. 400-401.

¹¹ En los términos precisos de la STSJ de Baleares de 2 de marzo de 1999.

está en la prestación del trabajo por cuenta de otro ni en la percepción de una remuneración a cambio, rasgos que son también comunes al arrendamiento de servicios, sino en el ejercicio de la actividad en situación de dependencia (...), elemento este último que no se equipara con una subordinación absoluta al empresario, pues basta para que sea apreciable con la inserción del sujeto en el círculo organicista y rector de la persona para la que realiza la labor, esto es, y como dicen los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto, con que este servicio se preste «dentro de ordenación y dirección de otro»».

Indica en la STS de 8 de octubre de 1992 «en el actual sistema productivo, caracterizado por una gran variedad de prestaciones de servicios esta nota (la dependencia) no se manifiesta a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horarios preestablecidos, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos, etc., sino que se refleja también en otros posibles aspectos». En términos de la STS de 25 de mayo de 1993, «para calificar la naturaleza de un contrato ha de atenderse a lo que resulte acreditado en cuanto a su realidad, sin que sea decisivo el *nomen iuris* que las partes le hayan atribuido, y que si de aquellos se desprende que concurre el elemento de la dependencia, entendido como sometimiento del trabajador al poder de organización y disciplina del empresario, la relación es laboral». Ni la inclusión en la lista de un expediente de regulación de empleo, pues «no tiene ningún contenido de reconocimiento con carácter general de la naturaleza laboral de todas las personas incluidas en la lista del expediente», según la STS de 4 de noviembre de 1999. Como reflexión general aclaratoria conviene tener presente:

- a) «En el arrendamiento de servicios se trabaja por cuenta propia pero a otro» (STSJ de Asturias de 23 de diciembre de 1999), por eso no se aprecian las notas de dependencia y ajeneidad predicables de la relación laboral ordinaria.
- b) Que «el trabajo por cuenta ajena es prestado normalmente en régimen de dependencia, ya que quien va a adquirir los frutos o resultados del trabajo procurará por uno u otro mecanismo jurídico influir en la ejecución para que sean los apetecidos. La misma correlación, aunque sea por razones inversas, se puede apreciar en el trabajo por cuenta propia y trabajo autónomo. Pero el factor de la atribución de los frutos o resultados del trabajo no es el único que determina a la autonomía o dependencia en la realización del mismo. También influye en ello el carácter individual o colectivo del trabajo, y las exigencias técnicas y deontológicas de ciertas profesiones (...). La quiebra de la correlación entre trabajo por cuenta ajena y trabajo dependiente responde también en ocasiones a las exigencias técnicas y deontológicas de ciertas profesiones, lo que puede determinar bien la atenuación o relajación de la dependencia, bien la reducción de la misma a las circunstancias del acto de trabajo (pero no a su contenido) o bien su desaparición pura y simple. En este último supuesto nos encontramos ante un trabajo por cuenta ajena realizado en régimen de autonomía» ¹².

¹² MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*) pág. 43.

B) Sobre la ajeneidad.

La característica ajeneidad de relación jurídica laboral, en la concepción más típica (singularmente apropiada y modelada por las economías industriales), presenta los siguientes caracteres:

- a) «La atribución de los frutos del trabajo que caracteriza al trabajo por cuenta ajena ha de ser una atribución inicial que opere sobre los frutos en el momento mismo en que se produzcan. La atribución ocurre, en el trabajo por cuenta ajena en virtud de una singular relación social entre trabajador y adquirente de los frutos que preexiste a la ejecución del trabajo y que se estructura jurídicamente de modos -varios y diversos - muy peculiares»¹³.
- b) «La expresión "fruto" debe ser entendida en el amplio sentido de abarcar toda resultante del trabajo productivo del hombre, intelectual o manual, tenga valor por sí mismo o lo tenga asociado al resultado del trabajo de otros hombres, consista en un bien o consista en un servicio»¹⁴.

Hasta ahora se ha venido tratando la nota de ajeneidad como ajeneidad en los frutos por ser su sentido «puro y originario»¹⁵, no obstante preciso es destacar que ha sido objeto también de diferentes interpretaciones. Ajeneidad en la disposición sobre el trabajo¹⁶, ajeneidad en los riesgos¹⁷ y ajeneidad en los frutos o utilidades derivadas de la prestación del trabajo¹⁸. Además, se intuye un nuevo sentido de la ajeneidad que no gira sobre la dialéctica propietarios *versus* no propietarios, y por lo tanto no generadora de «enajenación».

¹³ ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (Introducción...), pág. 51.

¹⁴ Véase nota anterior.

¹⁵ ALONSO OLEA, M., «En torno al concepto de contrato de trabajo», ADC (separata), Madrid 1986, pág. 118.

¹⁶ MONTOYA MELGAR, A., *opus cit.* (Derecho y Trabajo), págs. 24-25.

¹⁷ MONTOYA MELGAR, A., *opus cit.* (Derecho y Trabajo), pág. 25.

¹⁸ MONTOYA MELGAR, A., *opus cit.* (Derecho y Trabajo), pág. 27, que considera, págs. 24-27, la ajeneidad en la prestación del trabajo como «trabajar sin disponer ni ordenar el trabajo propio. En realidad, tal versión de la ajeneidad no es más que un engañoso caballo de Troya dentro del que viaja la noción de dependencia». La ajeneidad en los riesgos «ha sido objeto de dos elaboraciones o acepciones: una acepción más económica que jurídica, según la cual (...) es la ajeneidad del trabajador frente a los riesgos de la empresa, y una acepción más depurada desde el punto de vista jurídico, según la cual el trabajador es ajeno a los riesgos de pérdida del salario cuando el trabajo resulte de imposible ejecución. Ninguna de ambas construcciones resulta satisfactoria (...). La ajeneidad en los riesgos no es sino una consecuencia económica de la verdadera ajeneidad jurídica». La ajeneidad en los frutos constituye la acepción más generalizada y el sentido que ordinariamente se le da a la misma, bien entendida como «ajeneidad en la utilidad patrimonial del trabajo». Según la STS de 31 de marzo de 1997 se entiende por ajeneidad la cesión anticipada del resultado del trabajo. Añade la STSJ del País Vasco de 20 de julio de 1999 que «por eso no hay contrato de trabajo cuando no se produce esa cesión, desde un inicio, del fruto de la prestación de servicios. Precisamente por ello el empresario puede disponer de ese resultado, aun sin haberse producido. Por igual razón soporta el riesgo de que el trabajo resulte baldío, no produciendo el resultado esperado».

En la sociedad de la información ya no se dan necesariamente aquellas relaciones de oposición en quienes participan en una organización productiva, pues en la medida en que aquéllos con su trabajo aportan al acervo común, que continuamente se va conformando e incrementando, sus conocimientos, experiencias personales, prospectivas individuales, incluso sentimientos, etc, no están atribuyendo «resultados» a la organización o empresa (a la que únicamente aportan los «frutos» que se obtienen a partir de tal conglomerado conformador de la inteligencia individual). Se está construyendo un conjunto inmaterial (que sólo en un reduccionismo contable impropio podría denominarse activo inmaterial), que se ubica fuera de la organización o empresa, pero que tampoco pertenece a un sujeto en particular, ni a una pluralidad de sujetos (entre otras razones porque estamos fuera de las relaciones de propiedad), quienes pueden utilizarlos, pero carecen de cualquier otra disponibilidad sobre los mismos, y, en la medida en que reflexionemos en clave economicista desmedida (patología que parece empezar a superarse con los movimientos ecologistas), limitar su uso por otros sujetos ajenos al grupo.

II. LA CUESTIÓN DEL TRABAJO POR CUENTA AJENA DE LOS ADMINISTRADORES (SOCIALES) GERENTES O EJECUTIVOS, CUANDO ACTÚAN FACULTADES QUE LES SON PROPIAS RELATIVAS AL OBJETO SOCIAL (EXPLOTACIÓN DE LA EMPRESA), SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

La STS de 29 de enero de 1997, dictada con ocasión de la polémica cuestión de la procedencia de la inclusión precisamente en el Régimen General de la Seguridad Social de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas, plantea la cuestión anunciada en el título de este apartado en los siguientes términos:

«Si se piensa, (...) que el alcance de la expresión trabajadores por cuenta ajena tiene la misma extensión que el campo de aplicación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y si se piensa, además, que la expresión trabajadores por cuenta ajena en cargos directivos de las empresas comprende solamente los empleados de alta dirección del RD 1382/1985, y no los administradores ejecutivos de sociedades por acciones, la opción interpretativa que ha de acogerse es la de excluir a estos últimos del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social. En cambio, si se parte de la base, (...), de que el administrador social que trabaja para la sociedad en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia de que el régimen de la relación de servicios sea mercantil, entonces habrá que llegar a la conclusión de que es obligado el encuadramiento de estos profesionales en dicho Régimen General».

La sentencia contiene un Voto Particular que por su rotundidad merece ser recogido. En el mismo se afirma:

«Tales administradores ejecutivos, cualquiera que sea su participación accionarial, son trabajadores por cuenta ajena (por cuenta de la sociedad que administran) y como tales han de afiliarse al Régimen General de la Seguridad Social. Este es el principio o criterio general, coherente con toda la normativa sobre sociedades».

Ciertamente «la actuación de los administradores se orienta fundamentalmente en dos direcciones:

1. La primera de ellas hace referencia al cuidado de modo permanente de la gestión de la sociedad, en sentido estricto, que va dirigida al desarrollo de su objeto social, lo que en su vertiente externa -esto es, en la relación con terceros- lleva consigo la titularidad de la representación social. Aspecto éste de la actuación de los administradores que se refiere, en definitiva, al cuidado de la gestión de la empresa que constituye la actividad de la sociedad, la cual se ha de concretar en un conjunto de actos que han de tener influencia en el patrimonio social; de forma que, desde esta perspectiva, puede decirse que el patrimonio de la sociedad es el objeto de la administración (...).
2. La segunda de las actividades de los administradores va dirigida a la organización de la vida de la sociedad, de modo especial al funcionamiento de la sociedad (en particular, al de los otros órganos sociales) y al respeto de los derechos individuales de los accionistas»¹⁹.

Corresponde a los administradores «el desarrollo de los actos en los que se concreta la gestión de la empresa que constituye el objeto social. Esta es la competencia típica de los administradores, pero que no agota el contenido de los deberes que les corresponden»²⁰. La existencia de ese núcleo tipificador de la función administrativa en el seno de las sociedades mercantiles capitalistas se pone singularmente de manifiesto con la aparición, y generalización, de los órganos delegados, cuando la administración asume la forma de Consejo de administración.

Efectivamente «al margen de la función representativa de la sociedad, de la que en ningún caso pueden ser desposeídos los administradores, debe entenderse que a éstos corresponde toda la actividad de gestión de la empresa, dentro de los límites marcados por el objeto social; esta actividad ha de incluir necesariamente los actos de administración corriente u ordinaria, pero la misma se extenderá también -mientras los estatutos no dispongan a efectos internos otra cosa- a los actos de gestión que, por su trascendencia o excepcionalidad, puedan catalogarse de «extraordinarios»²¹.

¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores. Artículos 123 a 143», en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dirig. por F. Sánchez Calero). T. IV, Madrid 1994, págs. 20-21.

²⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *Ibidem*.

²¹ URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid 1999, pág. 897.

Punto en el que se ha de tomar en consideración que la necesidad de atender, con la efectividad requerida, a la empresa que constituye el objeto social, impuso en algunos ordenamientos y en relación con tal órgano administrativo, de composición plural, la «dicotomía en la administración, separando -con una asignación legal de las respectivas competencias- a los efectivamente encargados de la gestión y dirección de la sociedad, de los que participan en la administración social simplemente eligiendo y vigilando a los *managers* de la sociedad además de tener confiadas algunas decisiones de especial trascendencia»²² y, como se recoge en las consideraciones preliminares de la segunda propuesta de Quinta Directiva, «en la práctica, incluso en el sistema que no prevé más que un órgano de administración, se establece una distinción de hecho entre miembros gerentes, encargados de la gestión de la sociedad, y miembros no gerentes, cuyo papel se limita a la vigilancia»²³.

Pero no solamente se ocupan los administradores en general y, en particular, los consejeros gerentes o ejecutivos, de la actividad de empresa de la que es titular la sociedad, sino que en la alta Dirección empresarial participa, con protagonismo más que sobresaliente, el «personal de alta dirección»²⁴ (denominados directores generales, gerentes, etc.)²⁵.

Como se indica en la STS, Sala 4.^a, de 1 de enero de 1991 (R. A. 43), el personal de alta dirección, requiere, con carácter general, que en su actuar se den, simultáneamente, las siguientes notas:

1. El ejercicio de facultades y poderes inherentes a la titularidad de la empresa;
2. El carácter general de las facultades y poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la empresa;
3. La autonomía en su ejercicio, sólo subordinada al empresario o al órgano rector de la sociedad.

²² SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (*Administradores...*), pág. 466.

²³ Como indica SÁNCHEZ CALERO, F., *Ibidem*.

²⁴ Expresión genérica que no es afortunada por su coincidencia semántica con una específica función en la actividad de empresa, que abarca un espectro más amplio de sujetos que prestan su trabajo por cuenta ajena que aquéllos a los que se define con tal expresión, circunstancia que induce a confusión.

²⁵ Es preciso desentrañar el significado de la expresión misma de «alta dirección empresarial», sin hacer cuestión de la expresión «empresa», pero sí destacando el escaso éxito de los ingentes esfuerzos para unificar los distintos significados que se le han atribuido. Procede sí aclarar qué deba entenderse por alta dirección empresarial». Desde una perspectiva meramente semántica resulta que «dirección» es la acción de dirigir o gobernar y «alta» significa tanto como elevada o de gran categoría, empero respecto de esta segunda expresión nuestro Derecho positivo nos da las bases para poder construir el concepto y así ha de entenderse que se alude con la expresión «alta dirección» a toda actividad de gestión y de representación empresarial que supone el ejercicio de facultades propias de quien ostenta la titularidad de la empresa, y órgano de alta dirección el que ostenta aquellas facultades originariamente, no por delegación, y las ejerce, por consiguiente con «autonomía». ALEMANY ZARAGOZA, E., *La relación laboral del alto directivo*, Pamplona 1994, pág. 29 distingue en el grupo de los «altos cargos»:

- a) El alto cargo en sentido estricto, que son los consejeros o administradores sociales;
- b) El personal de alta dirección, que tiene una relación laboral muy especial, y,
- c) El personal directivo con relación laboral común.

La confluencia de competencias específicas de gestión empresarial en los administradores sociales gerentes o ejecutivos y en el «personal de alta dirección», determina la existencia de un conjunto diferenciado de sujetos, titulares de órganos y de posiciones contractuales (en el caso de los administradores gerentes o ejecutivos) o únicamente de posiciones contractuales (en el supuesto del «personal de alta dirección») que constituyen la alta dirección empresarial o *Management* empresarial (tecnoestructura). Las relaciones entre ellos son horizontales (de coordinación) no verticales (de subordinación), con independencia de la estructura funcional y competencias atribuidas a cada uno de ellos. Son criterios de definición de los elementos de aquel conjunto, el ejercicio de una empresa económica (empresa como actividad) y que aquella actividad se lleva a cabo siempre por cuenta ajena.

La perspectiva de la empresa ayuda a comprender el fenómeno. Se afirma que «la autodisciplina y la difusión de la *corporate consciousness* ha legitimado el poder de los dirigentes más allá de los esquemas de la propiedad privada», que «este fenómeno se ha acelerado a partir de la nueva posición asumida por los administradores, quienes, contando con la autofinanciación, se vuelven independientes de los fondos externos de financiación (bancos y accionistas)»²⁶.

Los motivos de aquel predominio, según los managerialistas (que «tenden a negar la influencia de los capitalistas en las decisiones de la empresa») ²⁷, son la «dispersión del capital y la impotencia de los accionistas o la exigencia de que las decisiones sean tomadas por personas competentes: (...), los tres sistemas sociales contemporáneos -capitalismo, socialismo y fascismo- convergen hacia un único tipo de gobierno de los técnicos que responde a las exigencias planteadas por las modernas tecnologías, en los cuales la posesión de nociones es lo que atribuye la clave del poder (...) la sociedad por acciones protege a la tecnoestructura de los peligros representados por el estado, los trabajadores y los capitalistas. Esta tecnoestructura es el esqueleto de la organización ideológicamente neutra conformada por expertos que hoy gobiernan la gran empresa y programa su desarrollo»²⁸. La empresa moderna no está dominada por la propiedad sino por la tecnoestructura que mediante la utilización (gestión) del poder empresarial persigue objetivos propios, sirviendo el crecimiento empresarial principalmente a la supervivencia de esa estructura de poder, y también a la autofinanciación y a la consecución únicamente de un nivel mínimo de ganancias que acalle posibles reivindicaciones de los accionistas²⁹.

Es tal la generalidad de esa situación que en el denominado Código Ético o de buen gobierno para las sociedades cotizadas (elaborado por una comisión de expertos bajo la dirección del prof. M. OLIVENCIA), apartado 1.1, bajo el título de «la función general de supervisión», se indica:

²⁶ WEIGMAN, R., *Sociedades por acciones*, Barcelona 1989, pág. 69.

²⁷ WEIGMAN, R. *Ibidem*.

²⁸ WEIGMAN, R., *opus cit.* (Sociedades por acciones), págs. 69-70.

²⁹ COMINO, V., *La Empresa*, Barcelona 1989, págs 23-24.

«Con frecuencia se contempla al Consejo de Administración como un verdadero órgano de gestión, cuya función primordial es conducir los negocios ordinarios de la compañía. Sin embargo, en las sociedades que superan un mínimo de dimensión -entre las que se incluyen todas las que cotizan en bolsa-, **las funciones de gestión están fundamentalmente en manos del equipo de dirección, que trabaja bajo la autoridad inmediata del primer ejecutivo de la compañía.** Y así tiene que ser necesariamente, pues el Consejo, por su funcionamiento discontinuo, por su estructura colegiada y por su carácter deliberante, no es el órgano idóneo para llevar a cabo la administración de aquellas empresas».

«Pero esta constatación no significa que el Consejo haya quedado y, menos aún, que deba quedar vacío de competencias ni relegado a una función decorativa o simplemente representativa. Todo lo contrario, invita a potenciar su papel en relación con aquellas tareas que mejor pueda desarrollar y que más valor puedan añadir al gobierno de la sociedad. Los debates foráneos sobre la reforma del Consejo y la sensibilidad que comienza a aflorar en nuestra propia experiencia indican que esas tareas se refieren todas al mismo objetivo: **el control de la gestión.** Y es lógico que así sea, pues en la fase actual de desarrollo de nuestro mercado de capitales, caracterizada por un espectacular crecimiento de la inversión del público y de la influencia de inversores institucionales, nacionales y extranjeros, **es preciso disponer de estructuras de gobierno aptas para hacer frente al mayor riesgo de divergencia de intereses entre la propiedad y la gestión que trae consigo el capital flotante**».

«En este contexto, **el Consejo de Administración debe configurarse básicamente como un instrumento de supervisión y control, dirigido a alinear los planes de quienes gestionan la sociedad con los intereses de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial.** (...) la función general de supervisión es la más genuina del Consejo de las sociedades cotizadas y, dentro de ella desglosa tres responsabilidades fundamentales: orientar la política de la compañía, controlar las instancias de gestión y servir de enlace con los accionistas. El énfasis expuesto en la función de supervisión no debe conducir, sin embargo, a plantear la **relación entre el Consejo y el equipo ejecutivo en términos** antagónicos, sino a contemplarla en términos **constructivos. La mutua confianza y la leal colaboración entre el Consejo y la alta dirección serán siempre de inestimable valor para el adecuado gobierno de la sociedad**».

La jurisprudencia, por su parte, afirma, en términos de la STS de 3 de junio de 1991, que **«sería equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación (... por la coexistencia con personal de alta dirección en la empresa) pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía**».

En aquel Código de buen gobierno aparece la figura del «**primer ejecutivo**» que se asocia a la de **Presidente del Consejo, pero bien podría considerarse como tal a uno de los vicepresidentes o a cualquier otro consejero ejecutivo**, de esta forma se obviaría la problemática que se indica en el Código de buen gobierno, a saber, que el Presidente del Consejo **concentre demasiado poder** y que **tal acumulación «pueda(e) confundir dos tipos de tareas y responsabilidades cualitativamente distintas como son las de dirigir al consejo y la de gestionar la sociedad»**.

El Código Ético aludido, con el fin de paliar los inconvenientes referidos en el apartado anterior opta por otras medidas como son el nombramiento, entre los consejeros «independientes», de un vicepresidente coordinador y con facultades subsidiarias de convocar al Consejo, así como que este órgano **«evalúe una vez al año la labor del presidente en su condición de tal y en su condición de primer ejecutivo de la compañía»**.

III. LA CUESTIONABLE EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO (ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES) DE LOS ADMINISTRADORES (SOCIALES) GERENTES O EJECUTIVOS

En torno a la nota de «ajeneidad» y su falta de trascendencia para asignar un régimen jurídico concreto a una relación jurídica, conviene tener presente las manifestaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia 227/1998 (Pleno), de 28 de noviembre (BOE de 30 de diciembre de 1998). Se destaca en aquella sentencia (Fundamento Jurídico 4) que **«el ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto sede natural de la definición de la categoría de trabajador, no se encomienda al legislador en términos de una absoluta libertad de configuración (...). Por el contrario las normas que en particular delimitan dicho ámbito subjetivo, en forma de exclusión o delimitación negativa de determinadas personas, en razón de la actividad profesional o laboral, dada la relevancia constitucional que dicha exclusión adquiere, habrán de evitar que por medio de las mismas, no se lleve a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social. El control de constitucionalidad que de este mandato del artículo 35.2 CE resulta, ha de reputarse más intenso que el que cabe obtener a partir del principio de igualdad (art. 14 CE)»**.

Continúa, más adelante (Fundamento Jurídico 5), indicando la meritada resolución de la justicia constitucional:

«El concepto de trabajador por cuenta ajena a los efectos de aplicación que constituye el denominado Derecho del Trabajo (...), no aparece expresamente definido en la Norma suprema y no se halla por tanto constitucionalizado. Es al legislador al que corresponde, pues, su determinación y la articulación de un régimen jurídico de carácter estatutario. La calificación como laboral o no de las relaciones contractuales y el correlativo régimen jurídico aplicable a las mismas es tarea que

incumbe al legislador estatal, ex artículos 35.2 y 149.1 .7ª CE, conforme a los criterios que al respecto adopte en orden a dicha configuración, para, en función de tales criterios, someter la prestación de servicios al ordenamiento laboral o a la regulación propia de los contratos civiles o mercantiles».

La amplísima libertad de que goza el legislador ordinario ³⁰, se limita fundamentalmente por sus propios actos y por el principio de congruencia (coherencia o consecuencia conforme a las leyes de la lógica). Así la sentencia de la que se ha hecho mérito afirma, Fundamento Jurídico 5, (bien que con apariencia de mayores limitaciones), que **«en este tema el legislador no encuentra otros límites que los derivados de la constitución, (y) la vinculación al principio de igualdad»**.

Circunstancia que, según la misma sentencia constitucional, «no impide al legislador laboral la diversificación de regímenes jurídicos, siempre que el criterio adoptado supere el canon de constitucionalidad constituido por el artículo 35.2, ya que tal diferenciación sólo alcanza a vulnerar aquél si se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida».

A la vista de la doctrina legal constitucional expuesta, ha de concluirse que la nota de la «ajeñidad» concurrente en la prestación de trabajo de los administradores gerentes o ejecutivos hizo precisa una norma legal explícita. Efectivamente el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) excluye de su ámbito de aplicación, con defectuosa redacción ³¹, «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 forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».

Inicialmente la jurisprudencia consideró que únicamente los consejeros no ejecutivos o gerentes quedaban comprendidos en dicha exclusión, con posterioridad sin embargo también ha considerado excluidos a éstos últimos. En la distinción entre exclusiones declarativas y constitutivas, «discutiblemente podrían considerarse exclusiones declarativas las referidas a las actividades de consejería en las empresas» ³².

³⁰ TAPIA HERMIDA, A., «Comentario a la STC 227/1998, de 26-11-1998», *Revista de Trabajo y Seguridad Social -Legislación y Jurisprudencia-* Ed. Estudios Financieros, núm. 192, marzo/1999, págs. 111-113.

³¹ Según indica ALONSO OLEA, M., «Extinción del contrato de Alta Dirección por voluntad del empresario», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. IV; Madrid 1996, pág. 5050.

³² DE LA VILLA, L.E. y PALOMEQUE, M.C., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid 1977, pág. 573. Indica BLASCO PELLICER, A., *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Valencia 1997, pág. 60, «La exclusión contenida en el art.1.3.c) es una exclusión declarativa».

«Su exclusión de las normas laborales, (...) viene impuesta por no existir, (...), un contrato de trabajo entre ellos y la sociedad que rigen. Demuestran que la relación no es de trabajo, datos múltiples, entre ellos el muy significativo de que sus servicios pueden ser no retribuidos (...) aunque el ET, artículo 1.3.c), se refiere precisamente a consejero o miembro de los órganos de administración», la jurisprudencia ha dicho en reiteración y con razón que el administrador único también está excluido de la relación laboral»³³. Respecto del administrador (consejero) que se limita «pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero», la exclusión, por obra de la jurisprudencia, abarca a quien es consejero gerente o ejecutivo, aunque «el cometido inherente» a las actividades de administrador o consejero en numerosos casos, va mucho más allá de «-se entienda como se entienda- la pura y simple actividad de tal»³⁴.

La retribución fija, sin embargo, no se considera característica definitoria del contrato de trabajo por la STS de 29 de diciembre de 1999.

No obstante, la posible consideración del trabajo del administrador gerente o ejecutivo como trabajo por cuenta ajena no va a quedar afectada por la exclusión referida en los apartados anteriores. Efectivamente, «con todo, los consejeros o administradores societarios pueden desempeñar algún tipo de actividad por cuenta de la sociedad (administradores «activos»...) ya sea mediante vínculos puramente mercantiles, ya sea bajo la condición de trabajador asalariado (...) si bien en estos casos la compatibilidad se ha negado»³⁵.

La inclusión de los administradores gerentes o ejecutivos en el sistema de la Seguridad Social ha sido objeto de una contradictoria jurisprudencia (de las Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo) y de una fluctuante y no afortunada regulación jurídico positiva³⁶. Sin detenernos en tal aspecto, sí conviene reparar que desde la STS de 29 de enero de 1997, ya citada, la jurisprudencia viene siendo constante en la afirmación del carácter de trabajadores por cuenta ajena de aquellos administradores. Como indica la STS de 18 de febrero de 1997:

«El campo de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de Seguridad Social (en lo que concierne a la protección de los trabajadores por cuenta ajena) no son exactamente idénticos y coextensos. En su virtud, la **normativa de protección social de los trabajadores por cuenta ajena comprende a todos los que lo son en el sentido estricto**

³³ ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (*Extinción del contrato de Alta Dirección...*), pág. 5059.

³⁴ ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (*Extinción del contrato de Alta Dirección...*), pág. 5050.

³⁵ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*), pág. 180.

³⁶ En el sistema inmediatamente anterior al vigente, TAPIA HERMIDA, A., «La inclusión de los administradores de sociedades mercantiles en el sistema de la Seguridad Social (un estudio legal, jurisprudencial y de las disposiciones y práctica administrativa)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social -Comentarios y Casos Prácticos-* Ed. Estudios Financieros, núm. 172, julio/1997, págs. 3 y ss.

to de la expresión, incluyendo a aquellos que, como los administradores sociales ejecutivos, no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral».

La posterior regulación jurídico positiva, hoy vigente ³⁷, es más que cuestionable. Bien que siga sustancialmente la siguiente, no irreprochable, doctrina de la ya citada STS de 29 de enero de 1997: «si el administrador societario no alcanza el 50 por 100 de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajeneidad, en cambio, si posee la mitad o más de las participaciones sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea un trabajador por cuenta ajena».

No obstante, aquella resolución judicial, en la medida en que modifica la regulación anterior, puede considerarse una confirmación del trabajo por cuenta ajena del administrador social. Establece que si aquel **administrador no tiene el «control efectivo»** (expresión que si de por sí es ambigua, dados los términos explicativos de la norma se vuelve indeterminada) y desempeña funciones de «dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuido por ello o por su condición de trabajadores por cuenta ajena de la misma», quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social (que incluye sólo y únicamente trabajadores por cuenta ajena) **«como asimilados a trabajadores por cuenta ajena»** (bien que excluidos, sin justificación aparente de las prestaciones por desempleo ³⁸ y del FOGASA), régimen muy parecido aunque no idéntico se aplica a los socios trabajadores de sociedades laborales que sean administradores sociales (art. 34.Uno, Dos y Tres de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, por el que se modifican determinados preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y de la Ley 4/1997, de 24 de marzo).

IV. EL «TRABAJO POR CUENTA AJENA» DE LOS ADMINISTRADORES GERENTES O EJECUTIVOS. LA EVOLUCIÓN HACIA UN NUEVO MODELO DE TRABAJO POR CUENTA AJENA NO DEPENDIENTE

No tomo en consideración los supuestos de administradores de sociedades que constituidas como anónimas estén faltas de inscripción registral, sin perjuicio de su notoria subjetivación, por las dudas que suscita su personalidad jurídica ³⁹, [bien que importante doctrina aluda al «pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades irregulares (...), la conclusión de que la adqui-

³⁷ Vid. TAPIA HERMIDA, A., «De nuevo sobre la inclusión de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas en el sistema de la Seguridad Social», *RDBB*, núm 70, abril-julio 1998, págs. 605 y ss. AA.VV. «Comentario a la Ley General de la Seguridad Social», T I, Granada 1999, págs. 982-984.

³⁸ Con el antecedente de la discutible doctrina contenida en la STS de 14 de mayo de 1997, R.A. 4271.

³⁹ Cabe destacar la RDGRN de 31 de marzo de 1997 (R.A. 2049).

sición de la personalidad jurídica no depende de la publicidad registral ha sido corroborada recientemente por la legislación especial. En este sentido resulta particularmente ilustrativo el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas ⁴⁰] ni, más en general, de las sociedades mercantiles irregulares ⁴¹.

En la hipótesis de la negación de personalidad jurídica a aquella sociedad irregular, resultaría que quienes para ella prestasen servicios como administradores gerentes, fueran o no socios, habrían de considerarse vinculados por un mandato o comisión con los demás, en su caso, socios o por una relación de carácter laboral («si el grupo no se constituye formalmente ni adquiere personalidad jurídica (...), las personas individuales o jurídicas agrupadas son responsables solidarias frente al trabajador del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato (...), la solidaridad es pues, «la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial» ⁴² (vid. STSJ de Galicia de 5 de mayo de 1999 y STS de 3 de mayo de 1990).

Superada la configuración que llevaba a efecto el Código de Comercio de los administradores de la sociedad anónima como mandatarios (arts. 122 y 156), siguiendo la legislación francesa, por la Ley de 1951 [ya en aquel momento la mejor doctrina se había manifestado disconforme con la calificación legal, destacaba el prof. GARRIGUES ⁴³ la complejidad de aquella figura, con las siguientes palabras: «su situación jurídica frente a la sociedad descansa en un contrato de empleo que vincula a ambas partes. La relación jurídica de empleo se descompone luego en facultades y deberes de gestión en lo interno (contrato de mandato o contrato de servicios) y de representación de lo externo»], se inicia a partir de entonces una polémica sobre la naturaleza jurídica de la vinculación del administrador social con la sociedad que no habrá de abandonarse y que continúa en nuestros días.

⁴⁰ URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *opus cit.* (*Curso de Derecho Mercantil*), pág. 515.

⁴¹ Sobre la personalidad jurídica o subjetivación de las sociedades irregulares vid. TAPIA HERMIDA, A., «La Sociedad Anónima falta de inscripción registral», Madrid 1996, págs. 144 a 150, y «Comentario al artículo 16» en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dirig. por F. Sánchez Calero), Tomo I, págs. 504 a 506.

⁴² ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, Madrid 1998, pág. 168. Sin embargo, DÄUBLER, W., *Derecho del Trabajo*, Madrid 1994, pág. 749, rotundamente asigna al grupo la condición de «único empresario». En materia laboral la situación es la que indica la STSJ de Castilla-la Mancha de 17 de febrero de 1999, a cuyo tenor «tan solo se consiente «levantar el velo» de la personalidad jurídica y extender la responsabilidad empresarial más allá de la sociedad contratante, alcanzando al empleador real (plural o individual) más allá de las formalidades jurídicas cuando concurren determinados elementos, tales como:

Primero. La prestación de servicios para diversas empresas, bien en forma simultánea e indiferenciada (...) o bien de manera alternativa (...) o también sucesivamente por «mor» de contratos encadenados(...).

Segundo. La superposición de empresas en el circuito rector de las decisiones, de manera que exista una actuación y dirección unitaria del Grupo o conjunto de empresas, agrupadas bajo unas mismas coordenadas y dictados (...).

Tercero. La amplia comunicación o trasvase entre los diversos patrimonios sociales, que produce entre ellos una situación de confusión y que influye en las situaciones de crisis afectante a alguna de las empresas del Grupo (...).

Cuarto. La existencia de una apariencia externa unitaria, que justifica la responsabilidad global del Grupo, en aras de la seguridad jurídica y al principio de que quien crea una apariencia verosímil se halla obligado frente a los que de buena fe aceptan tal apariencia como una realidad (...).

Quinto. La utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, con perjuicio de las garantías de los trabajadores (...).

⁴³ GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 2, Madrid 1947, pág. 1035.

Conviene destacar, no obstante, que la conceptualización de aquella relación jurídica como un contrato de «empleo» acerca al administrador al trabajador asalariado y, en todo caso, procura al administrador gerente o ejecutivo la condición de trabajador por cuenta ajena.

La regulación vigente configura la administración como órgano social, superándose la dudosa situación que propiciaba la anterior regulación, de acuerdo con la cual podía efectuarse la distinción entre administradores y Consejo de administración, otorgándose carácter de órgano sólo al Consejo. Con la regulación vigente se da razón, a la postre, a la importante doctrina que afirmaba la consideración de órgano, en todo caso, de la administración social ⁴⁴.

Efectivamente «la transposición al Derecho de sociedades de la teoría del órgano, elaborada en el ámbito del Derecho público, puede servir para explicar la estructura de la persona jurídica sociedad, en la cual el órgano es un elemento o instrumento jurídico que precisa de otra persona, no para su existencia, sino para materializar su función» ⁴⁵. La cuestión se reconduce a desvelar cuál sea la relación jurídica existente entre la persona física (obviando el supuesto del administrador persona jurídica y su relación con la persona designada) que ocupa aquella posición orgánica y la sociedad persona jurídica, dando por supuesto que no es posible la relación entre el órgano y la sociedad de la que aquél se limita a ser elemento estructural y funcional ⁴⁶. Se plantea así la divergencia entre quienes consideran que la explicación de la relación entre la persona que ocupa el órgano y la sociedad pasa por el contrato y quienes no lo consideran así ⁴⁷.

⁴⁴ GIRÓN, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid 1952, pág. 335.

⁴⁵ POLO, E., «Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima», en *VVAA Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles* (dirig. por R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia), T. VI, Madrid 1992, págs. 48-49. También IGLESIAS PRADA, J. L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid 1971, pág. 107.

⁴⁶ GIRÓN, J., *opus cit.* (*Derecho de Sociedades Anónimas*), pág. 339. POLO, E., *opus cit.* (*Los administradores...*), pág. 49.

⁴⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (*Administradores...*) págs. 67 y 68, que indica:

- a) Sobre las posiciones contractualistas: «En la actualidad buena parte de nuestra doctrina, al analizar esta cuestión de la relación entre el administrador y la sociedad estima que nos hallamos ante un negocio jurídico bilateral de carácter contractual formado por dos declaraciones de voluntad: la designación de la Junta general y la aceptación del administrador; de tal manera que nos hallamos ante una relación contractual *sui generis*, pero integrada con matices de mandato, arrendamiento de servicios o incluso de trabajo (...). Tesis que en buena parte está influida por la posición mantenida en la doctrina italiana por MINERVINI, que al estudiar esa relación jurídica consideró que nos encontramos ante un contrato de «administración» de carácter *sui generis* «que tiene por objeto la prestación de trabajo en sentido amplio, que tiene contenido de actividad preferentemente jurídica, de forma que en algunos casos es de autonomía y en otros de subordinación (...).»;
- b) En torno a las posiciones no contractualistas: «Frente a la concepción contractual de la relación jurídica entre el administrador y la sociedad, nos parece mejor construida a la vista del régimen de los administradores contenido en la LSA, con carácter general, la tesis que vincula la concepción de esa relación jurídica sustancialmente a la asunción por parte del administrador de la titularidad del Órgano de administración y, en definitiva, a la organización de la propia sociedad en la forma estructurada por la Ley y los estatutos sociales, de manera que el nombramiento y la aceptación no se funden, sino que ésta es una condición precisa para que el acuerdo de nombramiento produzca sus efectos (...).

De manera tal que tales actos dan lugar al nacimiento de una relación orgánica de carácter interno entre el administrador y la sociedad».

Cabe recordar que aquellas posiciones contrapuestas tuvieron ilustres defensores así el prof. GARRIGUES ⁴⁸ manifestaba que «la aceptación del cargo no implica la perfección de ningún contrato entre la sociedad y el administrador.» Por contra el prof. GIRÓN ⁴⁹, separándose de la elaboración germánica subyacente a la posición anterior, consideraba que «hay un negocio jurídico unitario bilateral de designación».

Cuando se defiende **la posición contractualista el carácter de «trabajador por cuenta ajena del administrador social que como titular del órgano de administración presta su trabajo para la sociedad» parece evidente**. Efectivamente, se parte de que «el nombramiento de los administradores constituye un negocio jurídico bilateral que necesita dos declaraciones de voluntad: la designación por la Junta general y, a tenor de lo establecido en el artículo 125, la aceptación del administrador, siendo de rechazar la postura que ve en la aceptación una simple *conditio iuris* o presupuesto de eficacia del acto unilateral de proposición o el concurso -y no el encuentro- de dos voluntades unilaterales (...). Más problemático, en cambio, resulta decidirse por la clase de negocio en que se integra la relación de administración, carente en el Derecho español de un modelo típico, ya que afirmar, como sería más exacto, que se trata de un contrato de administración (...) o simplemente atípico (...) nos llevaría a la indeterminación de la disciplina aplicable en ausencia de un precepto legal concreto. De ahí que haya que sumarse una vez más a la doctrina mayoritaria que, no sin variedad de matices, estima que **esta relación o contrato *sui generis* -lo calificaremos o no como contrato de administración- debería integrarse en la disciplina, a veces contradictoria entre sí, del mandato, del arrendamiento de servicios, e incluso del contrato de trabajo**, como contradictorias son las dos notas esenciales que caracterizan la relación de administración: **subordinación y autonomía**, elementos que no son sino la otra cara de los dos principios que regulan o deberían regular la relación entre los órganos de la sociedad anónima: jerarquía y división de poderes» ⁵⁰.

No obstante «parece necesario precisar que la calificación contractual de la relación que liga a la sociedad con el administrador no supone, en caso alguno, la negación de su carácter orgánico. Los administradores constituyen un órgano desde la perspectiva de la organización estructural de la persona jurídica sociedad y de la imputación de su actividad, y así los califica nuestra Ley. Pero ello no es obstáculo para que, desde el ángulo subjetivo y funcional de la relación de los titulares del órgano con la persona jurídica, haya que partir de un negocio bilateral para explicar su nombramiento y sus funciones» ⁵¹.

⁴⁸ GARRIGUES, J., «Curso de Derecho Mercantil» (5 edición), Madrid 1968, pág. 459. Indicaba que «se trata de un doble acto unilateral: de una parte, la designación de los socios y, de otra, la aceptación del designado. Lo que ocurre es que la aceptación es a modo de condición o presupuesto, para que el nombramiento surta sus efectos».

⁴⁹ GIRÓN, J., *opus cit* (*Derecho de Sociedades Anónimas*), pág. 339, que precisaba «mas este negocio no viene tipificado con un concepto de derecho positivo que aísla un sector especial de disposiciones y, por tanto, como en las figuras mixtas, habrá de combinar cuidadosamente las disposiciones que son contenido del cargo en la Ley».

⁵⁰ POLO, E., *opus cit* (*Los administradores...*), págs. 50-51.

⁵¹ POLO, E., *opus cit*. (*Los administradores...*), pág. 52.

Es en la concepción no contractualista en la que no aparece con la misma nitidez la consideración de trabajador por cuenta ajena del administrador social. Ha de tomarse en consideración que esta posición no contractualista parece la más conveniente para nuestro ordenamiento jurídico, por importante doctrina, «porque en principio es válida para toda clase de administradores de la sociedad anónima, cualquiera que sea la estructura del órgano administrativo»⁵².

No obstante, la misma doctrina, alude a la existencia de un «**contrato de empleo**», que existe «**en los supuestos en los que el administrador tiene funciones ejecutivas (v. gr. como administrador único o como Consejero delegado) o bien ocupa determinados cargos dentro del órgano de administración (...). Esta relación contractual, dirigida a la gestión de la sociedad, completa y se sobrepone a la relación orgánica y en cuanto está dirigida al desarrollo de las funciones del administrador no tiene el carácter de relación laboral (...). Se trata de un contrato de empleo (...) que presupone ocupar el cargo de administrador**, si bien la conclusión del contrato ha podido ser anterior a su nombramiento como administrador, pero cuya eficacia dependía precisamente del nacimiento de la relación orgánica. Contrato de empleo cuya finalidad radica en que la sociedad pueda asegurarse la aceptación del cargo de administrador por parte de las personas que por sus condiciones personales se consideran útiles y convenientes para la administración de la sociedad»⁵³.

Cuando existe un contrato de empleo la condición de trabajador por cuenta ajena del administrador no parece que pueda albergar duda. La calificación de aquel contrato como de trabajo, sometido y regido por las normas del ordenamiento laboral, se niega por importante doctrina con fundamento en la falta de la nota de la dependencia, sin que haga cuestión de la nota de ajeneidad. Efectivamente, indica que «la relación del administrador con la sociedad es de carácter orgánico, cuyo contenido puede precisarse en determinados casos con la presencia de un **contrato de gestión que, (...) no puede calificarse de trabajo, por faltar la dependencia respecto a la sociedad**»⁵⁴.

Con cautela, se ha afirmado que «en principio, la prestación de servicios para una sociedad de la que se es partícipe o socio se aproxima al trabajo por cuenta propia, pues sus frutos o resultados aprovechan a la persona del trabajador o pasan a formar parte de su patrimonio, siquiera de forma mediata»⁵⁵, a *sensu contrario* la prestación de servicios para la sociedad, si no se es partícipe o socio,

⁵² SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), págs. 68 y 69.

⁵³ SÁNCHEZ CALERO, F., *Ibidem*.

⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., «Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. III, Valencia 1995, pág. 3405.

⁵⁵ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., *opus cit.* (Derecho del Trabajo), pág. 174.

en principio se aproxima al trabajo por cuenta ajena (asalariado). Doctrina que ha tenido reflejo concreto en la STS de 29 de enero de 1997⁵⁶, ya citada, y de la que cabe destacar el Voto Particular que contiene⁵⁷.

Sin perjuicio del criterio de la sentencia citada, es doctrina del Magistrado Ponente⁵⁸, que son trabajadores por cuenta ajena los administradores que, en cuanto tales, trabajan para la sociedad. Así lo indica cuando se presta su actividad por «**administradores únicos o solidarios, consejeros delegados u otros similares. Se trata, en este caso, de una prestación de servicios por cuenta ajena, pero no en régimen de dependencia, sobre la base de una relación contractual de naturaleza mercantil, sometida por ello a la legislación de ese carácter y excluida también de la legislación laboral**»⁵⁹. A su entender resulta trascendente que «**el hecho de que los gerentes o directores generales desarrollen normalmente tareas o funciones propias de la gestión o representación de la sociedad no parece suficiente para entender que estamos ante un órgano social en sentido propio (la sociedad sólo puede tener -como se desprende del art. 9.h) de la Ley- un órgano de administración), sino ante altos cargos, sometidos como tales a la relación especial de trabajo del personal de alta dirección**»⁶⁰.

⁵⁶ De la que fue Magistrado Ponente uno de los autores de la obra conjunta referida en la nota anterior, don Antonio MARTÍN VALVERDE. En la misma se indica: «En el caso de administradores sociales con participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de la ajeneidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia (...). La asignación de un valor determinante a los efectos de calificación jurídica a la propiedad de las acciones de la empresa viene aconsejada por dos consideraciones. Una es la necesidad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de declarar una línea divisoria nítida entre los campos de aplicación respectivos de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena y los regímenes de trabajadores por cuenta propia. La otra es que, en las sociedades por acciones, tal línea divisoria está determinada inevitablemente por la participación en la propiedad de las mismas. Si el administrador societario no alcanza el 50% de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajeneidad. En cambio si posee la mitad o más de las participaciones sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea verdaderamente un trabajador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos, la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía de incremento del activo, en su propio patrimonio».

⁵⁷ Voto Particular formulado por el Magistrado D. Pablo CACHÓN VILLAR, al que se adhieren los también Magistrados de la Sala D. Aurelio DESDENTADO BONETE, D. Luis GIL SUÁREZ y D. Fernando SALINAS MOLINA, que discrepando de las afirmaciones de la sentencia, indica: «La expresada doctrina no es coherente con la unidad del sistema jurídico en lo que se refiere a las sociedades por acciones o participaciones a las que la ley reconoce personalidad jurídica (al igual que patrimonio y responsabilidad propios) con independencia de la de sus socios. Precisamente la creación y existencia de tales clases de sociedades se justifica jurídicamente, diferenciándolas de sus socios, porque tienen personalidad independiente, patrimonio propio y responsabilidad separada (...). En relación con lo expuesto, podría dejar sentado dicha doctrina un criterio perturbador en el propio ámbito de actuación de dichas sociedades, contrario al principio de seguridad jurídica, en cuanto serviría para fundamentar una pretendida extensión de la responsabilidad social a los administradores ejecutivos por el solo hecho de su participación mayoritaria en el capital social (en contradicción, por lo tanto, con los supuestos de responsabilidad previstos legalmente, así los artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Tal sería el caso de una deducción de responsabilidad por deudas contra la sociedad, en el que la pretensión se ejercitase también, con exigencia de responsabilidad solidaria, contra el administrador con participación mayoritaria (...)».

⁵⁸ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*), pág. 468.

⁵⁹ La circunstancia de que no sean objeto de «algún tipo de protección, aún cuando fuera reducida, contra el despido efectuado en virtud del derecho nacional» (conclusión 26 del Abogado General en el Asunto C-234/98, STJ de 2 de diciembre de 1999) determina que no pueda hablarse de «empleados» respecto de los administradores, lo que, empero, no excluye que su trabajo sea por cuenta ajena.

⁶⁰ URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *opus cit.* (*Curso de Derecho Mercantil*), págs. 917-918.

Ciertamente el administrador social puede venir obligado al desempeño de ese cargo como consecuencia de que tal obligación se establezca en los estatutos sociales como prestación accesorio, por más que sea excepcional. En este caso tampoco se desvirtúa la naturaleza de su trabajo como por cuenta ajena.

V. APOLOGÍA DEL MANAGERIALISMO

1. La «autonomía» de los *managers*.

Los administradores sociales «ocupan una posición autónoma con relación a la Junta general»⁶¹. «Frente a la Junta general, como supremo órgano no permanente, de carácter fundamentalmente deliberante y de formación y emisión de la voluntad social, la ley configura a los administradores como órgano permanente de carácter esencialmente ejecutivo y de relación con el exterior (...) la relación y diferencia entre ambos órganos debería estribar pues, más que en sus propias características en cuanto tales órganos (...) en la conciliación entre su jerarquización y la división de poderes (...) respetando a distancia el principio de la división o separación de poderes y permitiendo a la vez que sean los socios, a través de los estatutos sociales, quienes terminen de configurar la delimitación orgánica y competencial de la sociedad (...) no es menos cierto que nuestra Ley continúa sin delimitar con claridad la posición constitucional en la sociedad anónima de los distintos órganos sociales, permitiendo la mayor o menor injerencia de la Junta general en las funciones de gestión y administración»⁶².

Aquella posición de los administradores que pudiera hacer dudar en la «autonomía» de su función, se ve compensada en el momento actual por la denominada revolución de los *managers*, al extremo que en las grandes sociedades cotizadas la situación ha pasado a ser la inversa, pues en ellas, «los administradores detentan una posición de preeminencia dentro de la organización de la sociedad»⁶³. Circunstancia que hace poco dudosa su actuación «autónoma». No obstante puede afirmarse que si es cierto que «el poder se ha trasladado de hecho a los propios administradores»⁶⁴ no lo es menos que aquéllos «han visto mermado ese poder, no por la Junta general, sino por los técnicos directores empleados de la sociedad de los que parten las principales decisiones empresariales»⁶⁵.

⁶¹ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit* (*Administradores...*), pág. 23.

⁶² POLO, E., *opus cit*. (*Los administradores...*), págs. 42 y 43.

⁶³ Véase nota 61.

⁶⁴ Véase nota 63.

⁶⁵ Véase nota anterior.

En la delimitación de la figura del personal de alta dirección aparecen como notas esenciales y típicas el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que han de referirse al conjunto de la actividad empresarial, la autonomía en su ejercicio y la «plena responsabilidad», trasunto de la autonomía antes aludida, a esas notas se les añade, también como definidoras y exclusivas del personal de alta dirección, la colaboración inmediata con el empresario, la naturaleza fiduciaria o de especial confianza de su relación, así como su especial capacidad técnica⁶⁶. La autonomía de aquel «personal» de alta dirección se contrapone a la dependencia que aparece en la relación laboral común⁶⁷.

Tiene sentido el establecer un paralelismo estrecho, o una identidad entre la «autonomía» de los administradores frente a la Junta general, y la «autonomía» del personal de Alta Dirección, más allá de meras coincidencias terminológicas. En otras palabras, ¿pueden considerarse con valor jurídico equivalente, fuera de prejuicios conceptuales y categoriales, «autonomía» y «no dependencia» o «independencia»? La respuesta parece que ha de ser afirmativa.

Ha de repararse en que «la realidad social sobre la que el Derecho del Trabajo descansa no es el trabajo en general, sino un tipo muy especial y muy característico de trabajo que, por lo demás, ha surgido históricamente como realidad diferenciada críticamente importante en un período histórico relativamente reciente. Un tipo de trabajo singular en cuanto a la relación existente entre la actividad del sujeto que lo realiza y los frutos de la misma»⁶⁸.

Puede cuestionarse si el trabajo, en cuanto órgano social, de los administradores es el que precisamente subyace al Derecho del Trabajo, esto es, si tomamos en consideración que «el trabajo objeto del Derecho del Trabajo es el trabajo humano, productivo, por cuenta ajena y libre»⁶⁹. Efectivamente, no se alude por tan importante doctrina a la dependencia cuando se describe el trabajo objeto del contrato de trabajo, pues entiende que «la dependencia es en el contrato de trabajo una consecuencia o un efecto de la ajeneidad»⁷⁰, pero de ello no puede concluirse que siempre que se de trabajo por cuenta ajena se esté ante la nota de ajeneidad en una relación jurídica de prestación de trabajo.

⁶⁶ GUIDOTTI, F., «Dirigente de Azienda», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XII, Varese 1964, pág. 618. Como indica DÄUBLER, W., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*), págs. 558-559, las nuevas tecnologías están originando una mayor independencia en el trabajo a todos los niveles, incluso de trabajador ordinario, máxime si se tiene en cuenta que normalmente el superior en la organización de la empresa carece de los conocimientos especiales que se precisan para el desarrollo de determinadas funciones.

⁶⁷ La no dependencia se asocia a la «autonomía» del personal de alta dirección, aludiéndose a un *tenius genus*, caracterizado por el trabajo casi autónomo o autónomo limitado, por MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de Trabajo Especial de Alta Dirección*, Madrid 1994, págs. 149, 150 y 176, sobre las distintas versiones de la nota de «dependencia» *vid.* pág. 176 y ss.

⁶⁸ ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (*Introducción...*), pág. 38.

⁶⁹ ALONSO OLEA, M., *ibídem*.

⁷⁰ ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (*Introducción...*), pág. 61.

Es razonable la presencia de la nota de la dependencia en el trabajo objeto de las relaciones jurídicas reguladas por el Derecho común del Trabajo (*vid.* STSJ de Navarra de 27 de junio de 1999. En términos de la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 1999, es «sobretudo la dependencia, la nota absolutamente definitoria del contrato de trabajo»).

Concluido el contrato común u ordinario de trabajo (en cualquiera de sus distintas modalidades) se entiende que dado que los resultados (frutos) en ese trabajo por cuenta ajena pertenecen a persona distinta del trabajador, específicamente se establece como nota esencial que disciplina la relación jurídica, que el perceptor de los mismos «se reserva una potestad de dirección y control sobre qué frutos deben ser producidos y cómo, cuándo y dónde deben producirse los mismos; y en el caso usual hoy de frutos complejos resultado de un trabajo cooperativo, la potestad de coordinar la producción de cada trabajador con los restantes. Es así claro que la dependencia es aquí inconcebible sin la ajeneidad -en último extremo sin el *a priori* de que los frutos del trabajo van a pertenecer a otro- y por consiguiente, que la primacía en la realidad social, en su estructura jurídica y en su enfoque doctrinal está en la ajeneidad y no en la dependencia»⁷¹.

Combinando ajeneidad y dependencia, la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 15 de junio de 1999, indica que el artículo 1.1 del ET requiere para que se encuentre una persona en el ámbito de la Ley (del Estatuto de los Trabajadores) que preste sus servicios con estas características:

1. Voluntariedad.
2. Ajeneidad.
3. Retribución salarial.
4. Bajo el orden organicista del empresario o empleador.

Continuando la misma resolución jurisprudencial discurriendo «en torno al **concepto de ajeneidad**», señalando al respecto que tal **concepto «requiere, por ello, tener una vinculación contractual y que tal relación responda a la voluntad *iuris* de que la relación es laboral en el sentido de estar inmerso en la organización empresarial, bajo la dependencia de un empresario**».

⁷¹ ALONSO OLEA, M., *ibídem*.

La dependencia, respecto de una relación común de trabajo, si se parte del estado de la regulación jurídico positiva existente en nuestro país (arts. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) aparece como un elemento definidor ⁷² de la relación laboral ⁷³.

Pero fuera de la relación laboral común, resulta que en la relación laboral especial del personal de alta dirección «su trabajo se desenvuelve con autonomía (y no en condiciones de dependencia, aún cuando deba de someterse a las instrucciones del titular de la empresa) y puede asumir las obligaciones propias del empresario no sólo por su gestión sino también por los daños y perjuicios causados por los empleados a su servicio (art. 1903 CC)» ⁷⁴. En este punto han de tenerse en cuenta los ingentes esfuerzos llevados a cabo por la jurisprudencia para ubicar la responsabilidad de los administradores, en su caso, lejos de la del «director o gerente» que establece el Código Civil, que terminan en un puro legalismo positivista sin razonamiento alguno convincente (situándose en una perspectiva de razonamiento pasado, sianítico, «es así porque lo dice la ley») ⁷⁵.

⁷² ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T. *Derecho del Trabajo*, Valencia 1999, pág. 202. Indican que «se trata de un contrato cambiario y no de un contrato asociativo», (...) no se trata de un intercambio genérico de trabajo y de retribución, sino de un intercambio específico de trabajo dependiente y de retribución en régimen de ajeneidad: la dependencia constituye, así, la exigencia fundamental de la prestación jurídico-laboral y la ajeneidad la condición definidora del salario; una y otra son presupuestos sustantivos de necesaria presencia en las relaciones laborales. La dependencia, en abstracto, no debe ser confundida con los indicios o medios de exteriorización de la misma y resulta identificable con la disponibilidad o puesta a disposición del poder de dirección del empresario de la fuerza de trabajo del trabajador (...). La jurisprudencia se expresa en parecido sentido al entender como dependencia «la situación del trabajador sometido a la esfera organicista, rectora y disciplinaria de la empresa»: de tal suerte que lo relevante es la obediencia al poder de dirección y mando del empresario (...). La dependencia admite gradaciones diversas según las características especiales del contrato (...) a nivel causal, dependencia y ajeneidad se encuentran en el mismo plano. Una es causa y a la vez consecuencia de la otra» .

⁷³ ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *opus cit.*, pág. 203. Definen el contrato de trabajo como «aquel acuerdo entre dos personas, por el que una de ellas (el trabajador) se compromete a prestar un trabajo dependiente y la otra (el empresario) se compromete a pagar un salario garantizado, esto es, ajeno a los riesgos de la empresa».

⁷⁴ MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *opus cit.*, (*Derecho del Trabajo*), pág. 185, señalan: «A ello se debe seguramente la exclusión del alto directivo de los mecanismos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa «sin perjuicio de otra forma de representación» (art. 16), regla que presupone su habitual exclusión del ámbito de aplicación de los convenios colectivos y que la jurisprudencia no ha considerado lesiva del derecho de libertad sindical ni contraria al principio de igualdad (...), aunque a veces le haya reconocido el derecho a participar en la negociación colectiva (...)» . MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Madrid 1999, págs. 501 y 502, indica que «el régimen del personal de alta dirección es «semi-laboral», en el mismo sentido, destacando que la regulación establecida en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, sólo de forma muy limitada «laboraliza» la situación del alto directivo, VAL TENA, A.L., *Los Trabajadores Directivos en la Empresa*, Pamplona 1999, pág. 181.

⁷⁵ Ciertamente el «Derecho exige razones, reclama razones y sirve o debe servir para proporcionarlas. El simple «porque sí» es radicalmente inaceptable en una sociedad secularizada, compuesta de hombre libres que se reconocen como iguales», indica TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, en *El Derecho y el Revés*, obra conjunta con A. NIETO, Barcelona 1998, pág. 137, pero la Ley no es suficiente, pues el «porque lo dice la Ley» es simple traslación del «porque sí», que lleva implícita la divinización de la ley.

En ocasiones se mezcla un cuidadoso razonamiento con lo que no es más que puro legalismo positivista. Así la STSJ de Madrid de 2 de febrero de 1999, en cuyo Fundamento Jurídico Segundo, se dice:

La jurisprudencia limita, en el régimen laboral del personal de alta dirección, su referencia a que el alto directivo queda integrado en la organización empresarial, sin que se efectúe ninguna alusión al poder de dirección del empresario, tal ausencia no puede considerarse sin más fruto de la

«Es de destacar que la condena solidaria de varias personas físicas y/o jurídicas como consecuencia de obligaciones derivadas de una relación laboral, puede producirse en cuatro supuestos diferentes:

- a) Aquel en el que se constituye un grupo de empresas para llevar a cabo el ocultamiento del patrimonio en fraude del derecho de los acreedores, determinando una insolvencia aparente en alguna de las empresas, que realmente no existe por haber concentrado el patrimonio en otra u otras del grupo.
- b) Aquel otro en el que la empresa se ha constituido lícitamente, pero se confunde en su **dirección, administración** y patrimonio común e indiferenciado con la persona de su propietario, lo que ocasiona su funcionamiento de hecho como si se tratara de una empresa personal, al que ha de equipararse el supuesto en que existe un grupo de empresas igualmente con una **dirección, administración** y patrimonio común e indiferenciado, que en definitiva constituye **una sola empresa con varias personalidades jurídicas**.
- c) Aquel en el que no existe actuación fraudulenta ni confusión empresarial, sino que se constituye un grupo de empresas lícitamente, estando perfectamente diferenciados sus patrimonios, pero prestando servicios los trabajadores indistintamente para empresa y personas físicas que actúan a su vez como empresarios.
- d) **Los supuestos de responsabilidad que dimanarían ex artículos 133.1 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo establecido en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, conforme a los cuales los administradores responden frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales de los daños que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, y también responden de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de los dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, supuestos a los que ha de asimilarse el prevenido en la disposición transitoria cuarta de la Ley de Sociedades Anónimas de responsabilidad de los administradores por falta de aumento del capital social o de conversión en Sociedad Limitada, antes del 30 de junio de 1992.**

En el primero de los casos, la solidaridad de las empresas y de sus administradores deriva *ex artículo 6.4 del Código Civil, de la actuación fraudulenta de éstos que permite a los Tribunales, para dispensar la tutela efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución, penetrar en el substrato de las sociedades*, aun cuando todas ellas no tengan la condición de empresario, *levantando el velo en protección de derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados (...)*.

En el segundo supuesto, la solidaridad empresarial nace respecto de los trabajadores, *ex artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores*, al existir una comunidad de bienes para la que prestan aquéllos sus servicios, aunque aparentemente lo realicen sólo para una empresa en cuya nómina figuran, siendo por tanto todos los empleadores y respondiendo solidariamente frente a sus empleados.

En el tercero de los supuestos, es necesario, para que exista solidaridad de las empresas del grupo respecto de los trabajadores, que los mismos presten sus servicios de forma indiferenciada, simultánea o sucesivamente, para todas aquellas empresas, de manera que tal solidaridad nace igualmente del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, al constituirse todas las empresas en receptoras de la prestación laboral, y por consiguiente empresarias a la luz de dicho artículo. **Y por último, respecto del cuarto supuesto, la responsabilidad nace de las Leyes que regulan las Sociedades Anónimas y Limitadas, cuando los administradores, que no son empleadores, incurren en cualquiera de los supuestos legalmente prevenidos (...)**».

Indica la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de julio de 1999 que, «la nueva Ley de Sociedades Anónimas ha establecido con mayor nitidez que la Ley del 51, esa responsabilidad (derivada de la solicitud de resolución de un contrato de trabajo) que puede recaer:

- 1.º Sobre la propia sociedad, en cuanto, de sus deudas responde con todo su patrimonio y que, en el ámbito salarial, viene dada por ser empleadora y directa beneficiaria de las prestaciones efectuadas por sus trabajadores, y
- 2.º Sobre los Administradores de tales entidades cuando hayan incumplido determinados deberes expresamente consignados en tal Ley (...) acción social (...) acción individual. Responsabilidad ésta, basada en una conducta contraria a la ley, los estatutos o realizada sin la diligencia que deben desempeñar el cargo, es solidaria de los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo (...)

improvisación o del olvido, por más que el Derecho común del Trabajo no sea fuente subsidiaria (STS de 20 de enero de 1993, R.A. 101) del régimen jurídico de altos cargos (lo son el Derecho civil y el Derecho mercantil).

La razón de aquella jurisprudencia ha de buscarse en el ejercicio por el alto cargo de poderes inherentes a la titularidad de la empresa con «autonomía y plena responsabilidad», esto en el ejercicio por el mismo de las facultades que integran el poder de dirección. La limitación de ese poder por las instrucciones del empresario constituye únicamente una limitación eventual y no necesaria (ni fáctica ni conceptualmente).

El poder de dirección ⁷⁶ cuya titularidad pertenece al empresario no resulta relevante para calificar la relación jurídica del personal de alta dirección ⁷⁷ por cuanto su ejercicio se residencia en el alto cargo y no por delegación del empresario sino, dado que la ley le atribuye su ejercicio con «autonomía y plena responsabilidad», originariamente. El alto cargo participa con el empresario en el ejercicio de las funciones decisorias y ordenadoras, de tal manera que el empresario se reserva el ejercicio de las funciones de control, que conjuntamente con aquellas conforman el poder de dirección ⁷⁸.

La nota de la dependencia, hoy en día, se encuentra lejos de la situación de subordinación socio-económica ⁷⁹, que la caracterizó en otras épocas ⁸⁰, y hace referencia a permanecer el trabajador inserto establemente en la organización empresarial y trabajar sometido a la dirección del

Esta sentencia, siguiendo el criterio sentado en la STSJ de Madrid, distingue entre créditos salariales de los que responde la sociedad, de aquellas otras responsabilidades exigibles a los administradores que «ajenos a dicho vínculo, traen causa del incumplimiento de deberes establecidos en normas jurídicas del Derecho Mercantil».

La STSJ de Navarra de 18 de junio de 1999, señala que la acción individual de responsabilidad contra los administradores, «admite diversos planteamientos. A través de una acción declarativa ordinaria encaminada a solicitar la responsabilidad solidaria del administrador derivada de su actuación que haya dañado el crédito laboral, una vez que exista pronunciamiento judicial reconociendo el crédito, incobrado a la sociedad. También exigiendo la responsabilidad en trámite de ejecución de sentencia (...). Y, por último, reclamando la responsabilidad en la propia demanda principal, dirigida tanto contra la sociedad mercantil como frente a los administradores, pidiendo la condena solidaria regulada en el artículo 262.5 de la LSA (...). En el ejercicio de la acción individual contra los administradores societarios se plantean muchos problemas, acentuados en el ámbito social por las peculiaridades propias de la relación jurídico laboral y por que los administradores no mantienen vínculo laboral con los trabajadores de las personas jurídicas que administran».

⁷⁶ Sobre el poder de dirección MONTROYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario» Madrid 1965. VALDÉS DAL-RE, F., «Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral». *Relaciones Laborales* núm. 5, marzo 1993. Vid. TAPIA HERMIDA, A., «La responsabilidad civil del empresario derivada de los daños causados por sus empleados», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social -Comentarios y Casos prácticos-* Ed. Estudios Financieros, núm. 178, enero/1998, págs. 121-174, especialmente págs. 156-158.

⁷⁷ MONTROYA MELGAR, A., *opus cit.* (*El poder de dirección...*), pág. 23, señala que «el sujeto del poder de dirección, en cuanto titular del poder y del propio crédito, es el empresario».

⁷⁸ MONTROYA MELGAR, A., *opus cit.* (*El poder de dirección...*), pág. 155.

⁷⁹ NOGLER, L., «Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato», *R. Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 2, abril-junio 1990, pág. 184.

⁸⁰ Indica MONTROYA MELGAR, A., *opus cit.* (*Derecho y Trabajo*), pág. 41, que «el contrato de trabajo, en su más radical sustancia, no es sino el instrumento de consagración jurídica de tal desigualdad socioeconómica: el contrato de trabajo formaliza, en efecto, la situación de poder económico y personal del empresario, haciendo a éste titular de la utilidad patrimonial y de la disposición del trabajo».

empresario ⁸¹, extremos que han de darse simultáneamente en la relación laboral común, afirmación que, sin embargo, quiebra en la relación laboral del alto cargo. ¿Podría en este caso aludirse a paradedependencia o parasubordinación? Interrogante que se presenta por cuanto el trabajo paradedependiente se caracteriza por su autonomía, continuidad, carácter estrictamente personal de la prestación, integrada y coordinada en la empresa ⁸².

En todo caso, en un futuro más o menos inmediato, la ciencia revolucionará la materia, la vida y la mente de tal forma que cualquier referencia a la dependencia del trabajador y al poder de dirección empresarial están condenadas a desaparecer, permaneciendo ubicadas en el mundo de las relaciones socioeconómicas (*industrial relations*) propias de la revolución industrial y era postindustrial ⁸³.

La desaparición de la nota de la dependencia en la relación laboral del personal de alta dirección, se justifica con la identificación de funciones que la jurisprudencia advierte entre administradores gerentes o ejecutivos y aquel personal directivo (que conforman un conjunto cuyos elementos son personas físicas, definido por «tratarse de trabajadores por cuenta ajena en los que no concurre la nota de la dependencia»). Como significa la STS de 21 de enero de 1991 (R. A. 65), que constituye punto de partida de una sólida jurisprudencia, (por más que existan sentencias anteriores de aquel Alto Tribunal que efectúen parecidas apreciaciones):

«A partir de la comparación entre estos preceptos [con referencia a los arts. 11.3.c) y 2.1.a)] del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, y el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula el régimen laboral especial del personal de alta dirección, se aprecia un punto de coincidencia en la delimitación de las actividades consideradas en los mismos, pues la alta dirección se concreta en el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza. En realidad, como destaca para las sociedades anónimas la sentencia de 29 de septiembre de 1988, los cometidos inherentes a un miembro de la administración social, son en principio todos los correspondientes a la administración y representación de la sociedad, (...).

⁸¹ MENGOLI, L., «La questione della subordinazione in due trattazioni recenti», *R. Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1, enero-marzo 1986, pág. 5.

⁸² TAPIA HERMIDA, A., «La alta dirección empresarial (Administradores y Altos cargos)», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. III, Valencia 1995, pág. 3729.

⁸³ Con la revolución industrial se produce «el surgimiento de un nuevo modo de producción, en el cual el trabajo asume la forma generalizada de trabajo asalariado, comprado y vendido como fuerza productiva (fuerza-trabajo) sobre la base de las horas trabajadas y de las cantidades producidas», según CASTRONOVO, V., *La Revolución Industrial*, Barcelona 1989, pág. 10. Sobre los cambios de todo orden que se avecinan *vid.* BILL GATES, *Los negocios en la Era Digital*, Barcelona 1999 y KAKU M., *Visiones. Cómo la ciencia revolucionará la materia, la vida y la mente en el siglo XXI*, Madrid 1998.

De ahí que cuando se ejercen funciones de esta clase la inclusión o exclusión del ámbito laboral no pueda establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que deba de realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad».

Sabido es que el órgano de administración de la sociedad anónima sólo se puede estructurar en un número limitado de formas ⁸⁴. Especial interés tiene la configuración mediante Consejo de administración, por cuanto la Ley permite que aquél se estructure mediante una comisión ejecutiva y, en su caso, mediante uno o varios consejeros delegados (indicándose las competencias y régimen de actuación, teniendo la comisión ejecutiva su propio régimen de funcionamiento. Se cuestiona si estando constituida la administración en Consejo con comisión ejecutiva y consejeros delegados, se estuviera, acaso, admitiendo en nuestro Derecho el sistema dualista, la doctrina no es proclive a admitirlo ⁸⁵, debiendo, con todo, distinguirse nítidamente entre el órgano y su titular, pudiendo hacer un cierto paralelismo con puesto de trabajo y trabajador.

Ciertamente «el artículo 124.1 en su letra e) ha previsto que sean los estatutos los que determinen la existencia de un doble órgano administrativo (el Consejo de administración, por un lado, y una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados, por otro) que pueden tener alguna competencia diversa (...) pero ha de entenderse que no estamos ante un sistema dualista al modo germánico que exige que la composición sea diferente (el miembro del consejo de vigilancia no puede serlo del de dirección) y con competencias diversas (uno el control, el otro la gestión), sino ante dos órganos cuya composición personal y competencias son concurrentes pero no coincidentes» ⁸⁶.

En el momento actual puede advertirse una evolución hacia un sistema que sino dualista resulta un híbrido, propio de un momento de transición. Circunstancia que no excluye que la realización del conjunto de actividades que conlleva el desempeño del cargo de administrador gerente o ejecutivo sean constitutivas de un trabajo por cuenta ajena, que en cuanto tal es trabajo humano «traslativo», esto es, que se concibe como una actividad que empieza en el ser humano y sale del mismo (lo cual supone una crítica frontal a la admisibilidad de la persona jurídica como administrador social y la afirmación de que asume tal condición, traslativamente, la persona designada con carácter «permanente el desempeño de todas las funciones inherentes al cargo conferido» ⁸⁷.

⁸⁴ La administración de la sociedad anónima, según el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, puede atribuirse:

- «a) A un administrador único;
- b) A varios administradores que actúen solidariamente;
- c) A dos administradores que actúen conjuntamente, y
- d) A un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros».

⁸⁵ ESTEBAN VELASCO, G., «Configuración estatutaria del órgano de administración», en AAVV *Derecho de Sociedades Anónimas*, T. I (La Fundación), Madrid 1991, pág. 373.

⁸⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 354.

⁸⁷ *Vid.* POLO, E., *opus cit.* (Los Administradores...), págs. 66-68. Sobre la vinculación del representante con la persona jurídica administradora, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M.³ «La persona jurídica administradora de una sociedad anónima», en ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR AURELIO MENÉNDEZ, T. II, Madrid 1996, págs. 2.298 a 2.338, especialmente págs. 2.318 a 2.320.

En ese contexto y haciendo abstracción de la posibilidad ahora existente de que las personas jurídicas sean administradores sociales ⁸⁸ (bien que, en todo caso deba designar a una única persona física para el ejercicio de las funciones propias del cargo ⁸⁹), siguiendo el contenido de la propuesta de Quinta Directiva, resulta que el sistema dualista es el establecido con carácter general, quedando como residual el sistema monista, obligando a efectuar, si llega a implantarse, una interpretación a favor de aquel sistema dualista en el que aparecen el órgano de vigilancia y el de gestión o dirección de la sociedad. Las personas jurídicas si bien podrían formar parte del órgano de vigilancia no podrían serlo del de dirección: «solamente las personas físicas podrán ser miembros del órgano de dirección» (art. 5).

El artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) establece la capacidad para ser administrador, indicando además amplios supuestos de incompatibilidades y prohibiciones. Es de destacar la relativa coincidencia que se advierte entre esta regulación y el régimen aplicable al personal de alta dirección, el cual en virtud de la remisión a la legislación civil y mercantil y a sus principios generales, que actúa como supletoria (art. 3 del Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto), habrá de reunir la capacidad necesaria para ser comerciante ⁹⁰.

2. Tecnoestructura: facultades y competencias de los administradores gerentes o ejecutivos.

No se aborda explícitamente en la LSA la enunciación de las facultades de gestión sino que se limita a efectuar un enunciado genérico y a llevar a efecto concretas atribuciones de facultades a lo largo de su articulado. «Es más el nuevo artículo 9.h ni siquiera contiene una expresa remisión a los estatutos en lo que se refiere a sus facultades y competencias (...) dando por supuesto (...) que las facultades de administración van inherentes al cargo de administrador» ⁹¹.

La dificultad de determinar cuál sea el contenido concreto de la gestión social ha llevado incluso a propugnar como no desacertada la elaboración de una lista de facultades concretas. Por gestión social parece que deba de entenderse toda actividad jurídica o de hecho que tienda a la realización del objeto social (la actividad de empresa), «se trata no solamente de la gestión de los negocios sociales, sino del acopio, organización y dirección de los medios personales y materiales precisos para aquélla. Consiguientemente, el contenido de la actividad gestora de las sociedades desborda a la propia del mandato, dado que comprende no sólo la actividad comercial, sino la de hecho, generalmente técnico-económica» ⁹², bien que se haya entendido que los «actos neutros» si se lleva a efecto con un fin distinto de lograr el objeto social «serían ilícitos» ⁹³.

⁸⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...) págs. 37-38. POLO, E., *opus cit.* (Los administradores...) págs. 64-65.

⁸⁹ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo de 1991, R.A. 2534.

⁹⁰ *Vid.* más adelante Nota 97.

⁹¹ POLO, E., *opus cit.* (Los administradores...), pág. 44.

⁹² GIRÓN, J., *Derecho de Sociedades*, Madrid 1976, págs. 300-301.

⁹³ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas sobre sociedades anónimas*, Madrid 1991, págs. 532-533.

Como ya se indicó, una sólida jurisprudencia, de la que son ejemplos las SSTs de 21 de enero y de 3 de junio de 1991, tras destacar que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las sociedades mercantiles, aprecia la existencia de un punto de coincidencia con las actividades propias del personal de alta dirección, «pues la alta dirección se concreta en el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad también implica la actuación de facultades de esta naturaleza» (STS de 21 de enero de 1991).

Insiste aquella jurisprudencia en que sería «equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación (por la coexistencia con personal de alta dirección de la empresa) pues, por el contrario, les compete la actuación directa ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía» (STS de 3 de junio de 1991).

No se opone a esa consideración que el Consejero delegado aparezca «como un puente entre los niveles superiores de administración -donde se programa la actividad de gestión y la dirección- encargada de poner en práctica esta programación»⁹⁴.

La referencia al personal de alta dirección gestor, no puede llevar a pasar de ahí pues el administrador que no lleve a efecto actividad gestora para la sociedad, en definitiva que no trabaje, no deja de ser por ello administrador social, por contra de lo que sucede con el personal de alta dirección. Se ha significado que «especial importancia tiene la figura del Director General, que en algunas sociedades sustituye al Consejero delegado en la función propia de éste «siendo frecuente que ambas figuras existan simultáneamente»⁹⁵. El administrador social que no lleve a efecto aquella actividad gestora, no podrá ser considerado trabajador por cuenta ajena. La jurisprudencia es relevante en este aspecto.

«Los administradores, que son los titulares del poder de representación de la sociedad, actúan a nombre de ésta y los actos realizados por ellos con los terceros dentro del ámbito de su competencia son actos de la sociedad. La Ley considera a esos administradores como verdaderos representantes de la sociedad, en cuanto que son órganos de la persona jurídica (...), el ámbito del poder de representación del administrador titular de ese poder, no viene determinado por la voluntad de la propia sociedad, sino por la Ley. Es un ámbito de poder tipificado legalmente. En efecto, para proteger los intereses de los terceros que contratan con la sociedad el ámbito del poder resulta típico e inderogable»⁹⁶, ex artículo 129 LSA.

⁹⁴ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid 1971, pág. 259.

⁹⁵ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *opus cit.* (*Consejeros Delegados...*), pág. 261.

⁹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (*Administradores...*), pág. 140.

El carácter orgánico de la representación de los administradores no constituye obstáculo para que al mismo tiempo voluntariamente se le designe como representante o apoderado de la sociedad (es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contenida en sus resoluciones de 30 de diciembre de 1996 y 25 de noviembre de 1998 ⁹⁷). Aquella representación carece de parangón en la relación laboral común u ordinaria, pero es comparable a la asignada al «personal de alta dirección».

Conviene precisar que la representación aludida para nada excluye o interfiere en que por el administrador se esté llevando a cabo un trabajo por cuenta ajena ⁹⁸. Habida cuenta de la posible concurrencia de aquella representación con la voluntaria o apoderamiento, puede convenirse en la cercanía de la representación del personal de alta dirección y la atribuida a los administradores gerentes o ejecutivos, que no puede sino resultar del peculiar trabajo por cuenta ajena, sin dependencia, que ambos desenvuelven (así la STS de 19 de febrero de 1997).

⁹⁷ Se afirma en primera de aquellas resoluciones que «la representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el organismo actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación «alieno nomine», sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido (autoeficacia); de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social».

«A diferencia de ella, la representación voluntaria se dirige a posibilitar la actuación de sujeto distinto del titular de la relación jurídica con plenos efectos para este último (heteroeficacia) por lo que queda sometida a principios de actuación diferentes de los de la primera: Su utilización, con carácter potestativo, y su contenido, en todo lo concerniente al ámbito de la actuación representativa y a la actuación del Apoderado, se somete a lo estrictamente estipulado en el acto de otorgamiento del poder, correspondiendo la decisión sobre su conveniencia y articulación, en sede de persona jurídica, al órgano de administración, al tratarse de una materia reservada a su ámbito de competencia exclusiva, sin perjuicio de la obligación de respetar las disposiciones estatutarias al respecto».

«La diferencia conceptual entre ambas figuras, así como la distinta naturaleza y eficacia, permiten afirmar que su posible concurrencia se encuentra fuera de duda, tal como reconocen expresamente los artículos 281 del Código de Comercio; 15, número 2 y 141, número 1, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (...)».

«Y precisamente esta posibilidad, en unión de la falta de una norma que en nuestro ordenamiento expresamente lo prohíba, debe llevar a admitir, en tesis de principio, la circunstancia de que en la misma persona puedan confluír, de manera simultánea, las condiciones de Administrador y Apoderado; no debe verse en ello una desnaturalización de la configuración estatutaria del órgano de administración, pues son diversos la naturaleza, la finalidad y los efectos de cada figura -como revela su caracterización-, por lo que es el órgano de administración el que debe escoger las modalidades representativas de carácter voluntario que estime más oportunas; aunque, naturalmente, siempre quedará a salvo la competencia de la Junta general para ejercer su función de control cuando la voluntad social expresada en Junta estime que ha existido un mal uso de las facultades específicas del órgano de administración (por vía de exigencia de responsabilidad e incluso mediante la destitución del Administrador)».

⁹⁸ Sobre la representación orgánica Díez-PICAZO, J.L., *La Representación en el Derecho Privado*, Madrid 1979, págs. 70 a 74. Indica en pág. 72 «Se habla por ello de una «representación orgánica» y este concepto, en cuanto expresa un «tertius genus» diverso de la representación estrictamente legal y de la estrictamente voluntaria, creemos que es aceptable».

Frecuentemente el personal de alta dirección carece de apoderamiento expreso, pero en ese caso habrá de considerarse que existe un apoderamiento presunto o, en todo caso, tácito del empresario ⁹⁹. Una vez que se concluye entre el empresario y el personal de alta dirección el contrato que se previene en el artículo 4 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, se puede considerar que se ha atribuido por el empresario al personal de alta dirección el poder de representación referido en el artículo 1 del Real Decreto antes citado (1382/1985), cuando se refiere al personal de alta dirección como caracterizado por el ejercicio de «poderes ¹⁰⁰ inherentes a la titularidad jurídica de la empresa» ¹⁰¹.

⁹⁹ ALONSO GARCÍA, M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid 1987, pág. 517, alude a la representación interna y externa como característica del personal de alta dirección. En el mismo sentido GUIDOTTI, F., *opus cit.*, pág. 618. Acerca del apoderamiento tácito y presunto, *vid.* DÍEZ-PICAZO, J.L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid 1979, pág. 155.

¹⁰⁰ Indica la STS de 19 de febrero de 1997:

«No hay ningún fraude a la ley que reprimir cuando el Consejo, en uso de las facultades que le confieren los arts. 140.1 y 141.1 de la LSA y los estatutos sociales, ha efectuado el nombramiento de un Apoderado General en la persona de un Consejero y no lo ha designado Consejero-Delegado. No hay ninguna norma imperativa que obligue a que el apoderado no pertenezca al Consejo de Administración, ni tampoco existe otra que delimite las facultades que ha de tener el apoderado para diferenciar su figura del Consejero-Delegado, de tal manera que la concesión más o menos amplia de los poderes califique jurídicamente su figura con independencia de la voluntad de las partes (...) si la propia Ley además de los estatutos sociales (...), permiten nombrar tanto Consejero- Delegado como apoderado general o particular, sin ninguna distinción legal ente las clases de apoderamiento, y sin imponer un contenido determinado a esos poderes, cuando en el acuerdo (...) se nombra a un consejero apoderado general dándole unas extensas facultades que tiene atribuidas estatutariamente el Consejo de Administración, no se infringió prohibición legal por medio de fraude de ley».

¹⁰¹ Ha de partirse de la aplicación supletoria de la legislación civil y mercantil y de sus principios generales al personal de alta dirección, ex artículo 3 del Real Decreto 1382/1985, como irrefutablemente se manifestó en la STS de 20 de enero de 1993 y de que el factor, como indica R. URÍA (*Derecho Mercantil*, Madrid 1997, vigésimo cuarta edición, pág. 50), «es un apoderado general colocado al frente de un establecimiento para realizar en nombre y por cuenta del empresario el tráfico o giro propio de aquél (art. 281), administrando, dirigiendo y contratando sobre las cosas concernientes a dicho establecimiento (...). Aun contando con la colaboración de un factor, el principal o empresario puede reservar para sí la realización de determinadas operaciones que por su importancia o por otras razones no considere conveniente delegar en nadie, con tal de que esas reservas no desnaturalicen la figura del factor, que siempre deberá estar dotado de aquellas facultades necesarias para desarrollar el tráfico del establecimiento».

El personal de alta dirección está vinculado con el empresario mediante un contrato de trabajo, absolutamente singular, ante la inexistencia de la nota de dependencia, llegando a constituir su régimen un «sistema laboral», mejor de trabajo por cuenta ajena, específico. La representación no presupone necesariamente un mandato ni la función de factor está limitada a la conclusión de negocios jurídicos (ASCARALLI, T., *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, Barcelona 1964, pág. 262).

Ya GRAZIANI, A., *Manuale di Diritto Commerciale*, Nápoles 1961, pág. 55, consideraba al factor como trabajador subordinado. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el régimen jurídico del Director General de la S.A.», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, T. III, Madrid 1971, págs. 130-131, indica que «el director general puede ser considerado como un factor». También URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *opus cit.* (*Curso de Derecho Mercantil*), págs. 210-211, tras destacar que el factor es «aquel apoderado general colocado al frente de un establecimiento para realizar en nombre y por cuenta del empresario el giro o tráfico de aquél (art. 281), administrando, dirigiendo y contratando sobre cosas concernientes a dicho establecimiento (art. 283)» indican que factor «era quien estaba al frente de una «factoría», término que utiliza, expresivamente la STSJ de Madrid de 6 de junio de 1999, y que por todo eso «ha podido afirmarse que el factor es el *alter ego* del empresario», (...), «los gerentes o directores generales de una empresa son también factores aunque no estén al frente de una tienda, almacén u oficina». La jurisprudencia laboral, sin perjuicio de considerar, en ocasiones, al personal de alta dirección como un factor, como expresamente indica la STS de 11 de junio de 1990 «por la especialidad de su situación profesional y de su régimen jurídico» indican MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA J., *opus cit.*, pág. 185.; se separa del régimen del factor, explícitamente pero sin fundamento, la STS de 32 de marzo de 1990.

Apoderamiento presunto ¹⁰². En el supuesto de Administrador gestor-Director general ya se está ante la concurrencia de ambas representaciones ¹⁰³.

Igualmente cuando se pone a una persona en una posición tal frente a una empresa o establecimiento del empresario de la que razonablemente pueda deducirse su condición de personal de alta dirección (director general, gerente, etc.), debe considerarse que se le ha otorgado el poder de representación antes aludida. Apoderamiento tácito ¹⁰⁴.

Se tratará de una actividad o una serie de negocios jurídicos y actos del personal de alta dirección respecto de los que la mera celebración del contrato antes aludido, al que se le da publicidad frente a terceros o la publicidad de colocar a una persona en la posición de personal de alta dirección, supone que el empresario está haciendo una declaración unilateral de voluntad de quererlos para sí ¹⁰⁵.

¹⁰² Sobre el apoderamiento presunto y su diferenciación con el tácito *vid.* Díez-PICAZO J.L., *opus cit.* (*La Representación...*), pág. 162.

¹⁰³ Conviene reparar en que las limitaciones territoriales y funcionales en los poderes del personal de alta dirección determinan, con toda probabilidad la pérdida de esa condición, pasando a ser un trabajador común, apoderado singular. Lo que caracteriza al personal de alta dirección son precisamente sus amplios poderes referidos a la actividad general de la empresa o, excepcionalmente en las grandes corporaciones, a un sector amplio a su vez, (dotado de autonomía) de su giro o tráfico, funcional y territorial (STS de 7 de marzo de 1988). No obstante preciso es destacar la dificultad que surge cuando se pretende tratar como personal de alta dirección a quien tiene limitaciones en su apoderamiento. Aquéllas se toman, en principio, como indicio contrario de su existencia. (SSTS de 20 de marzo y 11 de junio de 1990). Ciertamente la jurisprudencia ha adecuado, por vía interpretativa, el texto de la norma a la que venimos haciendo referencia a la realidad social, en la cual las grandes empresas tienden a separarse en «divisiones» por sectores de actividad, que funcionalmente son absolutamente independientes (incluso en ocasiones, por imperativo legal, piénsese en las «murallas chinas», en materia de actuación de las entidades de crédito en los mercados de valores). El fenómeno adquiere especial relieve e intensidad cuando nos movemos en el ámbito de mercados regionales [así en la Comunidad Europea, MERCOSUR, etc., o a nivel mundial (globalización)]. La constitución de grandes grupos de empresas incide en la proliferación de personal de alta dirección, aún cuando se pudiera considerar al grupo como un único empresario. Así la jurisprudencia ha precisado que la concreción del ámbito de ejercicio de las facultades y poderes otorgados al personal de alta dirección, a una parcela de la actividad empresarial, no supone exclusión de tal consideración, siempre que se den las demás notas características (STS de 26 de diciembre de 1990).

Pero donde probablemente aparezca con más nitidez la relatividad de las limitaciones territoriales y funcionales de la actuación del personal de alta dirección es en la STS de 3 de marzo de 1990, en la que se dice: «En rigor, el texto (con referencia al art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto) no exige que únicamente merezca tal calificación el «alter ego» de la empresa, el titular del puesto-vertice de su estructura piramidal, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asuman altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial; ya que la primera expresión hace referencia la intensidad del poder, no a su extensión territorial o funcional, de suerte que en sectores concretos de la empresa puede desplegarse la actividad del alto directivo ya que en definitiva la esencia de éste consiste en participar e intervenir en la dirección y en el gobierno de la empresa. Y por lo que afecta a la segunda expresión –poderes relativos a los intereses generales de la empresa – se está haciendo referencia al ejercicio de un poder superior que puede determinar el sentido de la marcha de la empresa de la misma forma que lo haría su titular, sin sometimiento a otros órganos intermedios, pero, dada la complejidad estructural actual de muchas organizaciones empresariales, las decisiones pueden ser tomadas en áreas concretas o en sectores clave de su actividad, en las que, sin embargo se encuentran implicados los objetivos generales de la empresa que engloban a todas esas áreas o sectores».

¹⁰⁴ Acerca del apoderamiento tácito *vid.* Díez-PICAZO, J. L., *opus cit.* (*La representación...*) págs. 155 a 163, especialmente pág. 163.

¹⁰⁵ En contra ARANGUREN URRIZA, F.J. y FERNÁNDEZ-TRANSGUERRES, A., «Los órganos de la Sociedad Anónima», en AAVV *Las Sociedades de Capital conforme a la nueva legislación*, Madrid 1990, pág. 246, que señala «lo impreciso de la terminología utilizada en nuestra práctica mercantil supone que el gerente -ya director general- se halla ligado a la sociedad por un contrato de trabajo o arrendamiento de servicios, del que no necesariamente surge en la esfera externa el correspondiente apoderamiento».

La posición del administrador social y del personal de alta dirección se asemejan extraordinariamente en los aspectos que venimos tratando, «lo que caracteriza al órgano administrativo es el hecho de que en él se forman y se llevan a ejecución las decisiones encaminadas a la consecución de los fines sociales. Porque efectivamente corresponde a los administradores la gestión de la sociedad en tanto en cuanto es necesaria para del desarrollo del objeto social. Ha de estimarse que los administradores, siendo un órgano necesario de la sociedad, tienen precisamente un ámbito de competencia general, ya que han de poder realizar todos los actos precisos para alcanzar el objeto social»¹⁰⁶. No obstante el juego de la autonomía de la voluntad mediante los estatutos sociales puede influir y determinar un panorama no uniforme en cuanto a las competencias atribuidas a los administradores.

La diferenciación entre «gestión» y «dirección» puede servir de pauta al respecto, y la poca claridad de nuestra LSA «no es obstáculo para que nuestras sociedades anónimas no puedan organizar, al amparo de su autonomía corporativa y estatutaria, sus tareas de gestión y de dirección de forma separada, con la limitación (...), de respetar formalmente la unidad del órgano de administración»¹⁰⁷.

Han de tomarse en consideración en relación con las facultades, competencias y poder de representación de los administradores los límites que la jurisprudencia del centro directivo de los registros y del notariado se ha cuidado de señalar y que aproximan, hasta casi la identificación, aquellas con las que corresponden al personal de alta dirección. Indica la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1997:

«La delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también el máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor (art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas), y que, aún cuando es cierta la dificultad de determinar «a priori» si un acto concreto trasciende o no a ese ámbito, en todo caso quedan excluidas aquellas actuaciones claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias del mismo».

No obstante se ha indicado que «a diferencia de los administradores, que ejercitan las funciones y la representación legalmente atribuida al órgano de administración (funciones orgánicas), los altos cargos son, (...), meros apoderados generales que reciben sus poderes de gestión y representación de un acto negocial y voluntario (apoderamiento)»¹⁰⁸.

También ha de precisarse que el régimen de responsabilidad no es idéntico. Efectivamente «la Ley impone a los administradores una debida diligencia para el ejercicio del cargo, que implica que han de desplegar un conjunto de medios para llevar la gestión y representación de la sociedad, con el fin de desarrollar el objeto social»¹⁰⁹. Se indica que «Se trata (...) de una responsabilidad que pesa

¹⁰⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 19.

¹⁰⁷ POLO, E., *opus cit.* (Los Administradores...), págs. 47-48.

¹⁰⁸ URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *opus cit.* (Curso de Derecho Mercantil), pág. 918.

¹⁰⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 242.

sobre los titulares del órgano administrativo, en tanto en cuanto ocupan ese puesto (...) de una responsabilidad de carácter personal en la que el sujeto pasivo no es el órgano de administración, sino aquellas personas, naturales o jurídicas, que desempeñen el cargo de administrador (...) **el régimen de responsabilidad de los administradores no resulta aplicable, a falta de una norma especial que autorice su extensión, como sucede en algunos ordenamientos, a aquellas personas que ejercitando funciones de administración, como pueden ser los Directores Generales, Gerentes (...)** carecen de la condición precisa de administrador»¹¹⁰.

Supuesto singular es el que se contempla en las SSTS de 30 de abril de 1971 y 20 de octubre de 1998¹¹¹. Como indica la última de aquellas resoluciones jurisprudenciales:

«Cuando el cargo de Director-Gerente se halla previsto y regulado en los Estatutos sociales de la sociedad anónima respectiva, el mismo es considerado como un órgano de administración».

Se ha precisado que «en ocasiones, los estatutos sociales colocan al lado del órgano de administración una especie de órgano unipersonal que, con la denominación de Director-gerente o Director general, comparte con aquél las funciones administrativas, y especialmente la dirección de la actividad empresarial, delimitando al efecto las esferas de competencia de un órgano y otro. Otras veces la designación de Director-gerente no está prevista en los estatutos y su nombramiento se hace por decisión del órgano de administración, que le autoriza así para actuar en nombre y por cuenta de la sociedad en las operaciones de su giro o tráfico»¹¹².

Se plantea la duda de si en el supuesto de previsión en los estatutos de aquel órgano estamos ante un órgano de administración creado al amparo de la autonomía estatutaria con aquella denominación que deba de incardinarse en alguna de las formas típicas en que la ley organiza la administración social, siendo pues su titular administrador social, o si, por el contrario, al amparo de aquella autonomía estatutaria se crea, con su constitución, un órgano social de gestión y dirección cuyo titular se vincula a la sociedad mediante un contrato cuya calificación es difícil y plantea serias dudas, esto es, si se trata de un contrato de trabajo de personal de alta dirección como indican las SSTS de 13 de mayo de 1991, 21 de enero de 1992, y 6 de octubre de 1998, o si más bien ha de reconducirse a un arrendamiento de servicios, urdimbre del contrato de trabajo, para lo que puede considerarse apoyatura inestimable que la prestación del trabajo se haga «en situación de autonomía»¹¹³.

¹¹⁰ SÁNCHEZ CALERO F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 242.

¹¹¹ Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el régimen jurídico del Director General de la SA», en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, T. III, Madrid 1971, pág. 131, con referencia a la Ley de 1951. Con relación a la Ley actual lo admiten ARANGUREN URRIZA, F. y FERNÁNDEZ TRANSGUERRE, A., «La representación de la sociedad anónima» en AAVV *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Madrid 1991, pág. 246.

¹¹² URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *opus cit.* (Curso de Derecho Mercantil), pág. 917.

¹¹³ Vid. MONTROYA MELGAR, A., *opus cit.* (Derecho del Trabajo), pág. 273. Como indica VAL TENA, *opus cit.* (Los Trabajadores Directivos...), pág. 91, «la vinculación orgánica, en sí misma, no excluye la naturaleza laboral o extralaboral de la prestación de servicios».

La diferencia en el régimen de representación (orgánica o voluntaria), obliga a cuestionar a quién atribuir la responsabilidad, si al empresario o al Director-Gerente, o a ambos, por las consecuencias desfavorables derivadas de todos los actos de este último.

La respuesta parece que ha de ser afirmativa respecto de la responsabilidad del empresario, tanto de la responsabilidad contractual como extracontractual ¹¹⁴, pero la naturaleza del vínculo antes aludido, sea civil o laboral, forzosamente ha de matizar tal afirmación, por cuanto la responsabilidad de tal Director-Gerente, sin alterar la del empresario, la complementa, pudiendo incluso ser compatible con la de los administradores sociales si se trata de un daño causado por la naturaleza misma de la instrucción de aquéllos. Consideración que no excluye la posible concurrencia de responsabilidades civiles de la sociedad en cuanto empresario, por los actos de los administradores, y la del Director-Gerente por las consecuencias dañosas derivadas de actos de los empleados (trabajadores asalariados) a tenor de lo dispuesto en el artículo 1903 CC ¹¹⁵.

3. La profesionalización de los administradores gerentes o ejecutivos.

La profesionalización, incluso por vía de hecho, de los administradores, es una exigencia derivada de «la conservación de la garantía de competencia y de interés por la empresa» ¹¹⁶, de tal manera que se ha producido lenta, pero inexorablemente, un proceso de desplazamiento del centro de poder en la sociedad anónima, desde la Junta general a los administradores. «El fortalecimiento del ejecutivo se manifiesta así en el predominio de los consejeros y, más aún, de los directores y «tecnócratas» y lleva la tendencia en el moderno derecho de sociedades a reestructurar el órgano de forma dualista» ¹¹⁷.

La organización constituye presupuesto de la actividad de empresa, que además es organizada, y abarca e implica múltiples conocimientos (científicos, técnicos, psicológicos, sociológicos, económicos, jurídicos, etc.) dividiéndose así el trabajo intelectual, «la organización que abarca todas estas especialidades es la que posee el poder de decisión que ya no es propiedad de los dueños de las empresas» ¹¹⁸.

¹¹⁴ Vid. CRISTÓBAL MONTÉS, A., «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *ADC*, enero-marzo 1989, págs. 5 y ss.

¹¹⁵ Vid. TAPIA HERMIDA, A., «La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus trabajadores», *Revista de Trabajo y Seguridad Social -Comentarios y Casos Prácticos-* Ed. Estudios Financieros, núm. 178, enero/1998, págs. 121 y ss.; LORENTE CESAR, J., *La responsabilidad legal de administradores y directivos de empresas*, Zaragoza 1994; ALONSO ESCAMILLA, A., *Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades*, Madrid 1996; GARRIGUES ABOGADOS, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid 1996.

¹¹⁶ GIRÓN, J., *opus cit.* (*Derecho de Sociedades Anónimas*), pág. 334.

¹¹⁷ LOJENDIO OSBORNE, I., «Los Administradores de la Sociedad Anónima», en *VVAA Derecho Mercantil*, Barcelona 1990, pág. 261.

¹¹⁸ GALBRAITH, J.K., *Historia de la Economía*, Barcelona 1991, pág. 303.

La profesionalización de los administradores va de la mano de su consideración como trabajadores por cuenta ajena. Ejemplo de ello es nuestro sistema financiero ¹¹⁹. Efectivamente el ejercicio de la actividad bancaria se limita a empresarios que sean sociedades anónimas constituidas con determinados requisitos, entre ellos el de «contar con un Consejo de Administración formado por lo menos por cinco miembros. Todos ellos serán personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional, **debiendo de poseer, al menos la mayoría, conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones.** Tales honorabilidad, **conocimientos y experiencia deberán de concurrir también en los directores generales o asimilados de la entidad, así como en las personas físicas que representen a las personas jurídicas que sean consejeros**» [art. 2.1.f) del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio] ¹²⁰.

La profesionalización de los administradores sociales se manifiesta también en la prohibición de ejercicio de otras actividades sin permiso del órgano de vigilancia en la propuesta de Quinta Directiva. Así en el artículo 9.º de la misma se establece que «los miembros del órgano de dirección no podrán ejercer actividad alguna, asalariada o no, en otra empresa, ya sea por cuenta propia o ajena, sin autorización del órgano de vigilancia». Prohibición que mantiene un marcado paralelismo con la establecida, para el personal de alta dirección, de celebrar contratos de trabajo con otros empresarios.

La dispensa de la condición de accionista para ser administrador se puede enmarcar, hoy en día, en la tendencia a su profesionalización, constituyendo la vía por la que se incorporan al órgano de administración quienes tienen la condición de personal de alta dirección o incluso de personal directivo, procurándose así un actuar más tecnificado o profesionalizado del órgano de administración.

4. El derecho de los administradores gerentes o ejecutivos al salario o a una remuneración *quantum meruit* (sobre un anacronismo jurídico).

Se indica con precisión, por importante doctrina, que «**el trabajo productivo y por cuenta ajena, si es un trabajo libre, es al propio tiempo y de suyo un trabajo remunerado**» ¹²¹.

¹¹⁹ Entendiendo por tal «el conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de las cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministrando (oferta) dinero u otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos (demanda)», STC 133/1997 (Pleno) de 16 de julio de 1997 (BOE núm. 187.Suplemento de 6 de agosto de 1997).

¹²⁰ Incluso se precisa qué deba de entenderse por adecuados conocimientos y experiencia. Así indica el artículo 2.3 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, que «poseen conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones en los bancos quienes hayan desempeñado, durante un plazo no inferior a cinco años, funciones de alta administración, dirección, control o asesoramiento de entidades financieras o funciones de similar responsabilidad en otras entidades públicas o privadas de dimensión al menos análoga a la entidad que se pretende crear». En la documentación que ha de acompañar a la solicitud de autorización, dirigida a la Dirección General del Tesoro y de Política Financiera, para la creación de un banco, figura la «relación de personas que hayan de integrar el primer Consejo de Administración y de quienes hayan de ejercer como directores generales o asimilados, con información detallada sobre la trayectoria y actividad profesional de todos ellos» (art. 3, d) del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio). Cuando se trata de establecimientos financieros de crédito (y anteriormente en las Entidades de Crédito de ámbito operativo limitado, ECAOL) se repiten las mismas exigencias de conocimientos y experiencia [arts. 5.1, e) primero y tercer párrafos y artículo 6.1,d) del Real Decreto 692/1996 de 26 de abril].

¹²¹ ALONSO OLEA, M., *opus cit* (Introducción...), pág. 57.

Vinculada a la profesionalización y, naturalmente, a la condición de trabajador por cuenta ajena y libre, del administrador, está la percepción de una remuneración. **«Si el trabajo es, conjuntamente, productivo y por cuenta ajena, la atribución de los frutos a persona distinta del empresario forzosamente ha de estar acompañada por la entrega por la primera al segundo de medios de subsistencia sustitutivos de los frutos del trabajo»** ¹²².

Establece el artículo 130 LSA, que «la retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos (...)». Según interpretación, generalmente aceptada, la prestación de servicios por los administradores «implica normalmente, su retribución, como fue la práctica estatutaria anterior y posterior a la Ley de 1951(pero) puede ser gratuito. No hay en efecto, razón dogmática alguna para negar la gratuidad cuando ésta es producto de la libertad contractual manifestada en los estatutos, y así parece entenderlo no sólo el propio artículo 130, que en ningún momento establece tal prohibición, sino asimismo el artículo 9.h) de la Ley y el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil, al precisar, con referencia a la constancia estatutaria, «si la tuvieren», precisión de la que se pueden obtener dos corolarios: el primero, (...), es la posibilidad de admitir la gratuidad del cargo; el segundo, que la constancia en los estatutos del tema de la retribución sólo es obligatoria cuando tal retribución se establezca, pero no en caso contrario, de lo que se deduce -por muy anormal que pueda resultar en la práctica-que siempre que los estatutos no haga mención expresa de la retribución a la actuación de los administradores, ésta se presume gratuita, o más exactamente, los administradores no tienen derecho a percibir retribución alguna» ¹²³.

Establecen las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de septiembre de 1999 y 24 de septiembre de 1999, que, si bien referidas a una sociedad de responsabilidad limitada, es plenamente aplicable a la sociedad anónima la posible gratuidad del cargo. Indica la primera de aquellas resoluciones que: «rige en este punto, (...), el principio de gratuidad del cargo de Administrador, de carácter no obstante dispositivo, al admitirse que los Estatutos pueden establecer lo contrario, «determinando el sistema de retribución» (...) la retribución del cargo de administrador requiere por tanto dos requisitos, su expresa previsión y la determinación del concreto sistema retributivo».

La inconsecuencia y desfase temporal e ideológico que supone, a la altura de la sociedad de la información, la determinación legal que previene la gratuidad, si no se dispone lo contrario en los estatutos sociales, del cargo de administrador, singularmente cuando aquél es gerente o ejecutivo, es evidente y se destaca por la mejor doctrina, en los siguientes términos:

«La gratuidad del cargo de administrador, que bajo la LSA de 1951 se compaginaba mal con las funciones que la propia Ley le atribuía, es aún menos razonable bajo la vigente, que no sólo ha querido acentuar el carácter profesional del admi-

¹²² ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (Introducción...), pág. 56.

¹²³ POLO, E., *opus cit.* (Los Administradores...), pág. 192. De la posibilidad de no ser retribuidos deducen un argumento más para negar la laboralidad del vínculo ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *opus cit.*, pág. 75. No obstante ha de tomarse en cuenta que al tenor de la STS de 29 de diciembre de 1999 salario fijo no es elemento definidor del contrato de trabajo.

nistrador, (...), sino de modo especial porque ha agravado su responsabilidad (...). Se ha dicho, que el tema de la remuneración de los administradores es una cuestión espinosa: de un lado, porque es necesario retribuir a los administradores como contrapartida por los servicios que prestan y las responsabilidades que asumen (...); de otro, las remuneraciones excesivas gravan el funcionamiento de la sociedad, disminuyen la rentabilidad de las acciones y comprometen, en definitiva, el desarrollo de la sociedad (...). Sin embargo, lo normal es que el cargo de administrador sea oneroso para la sociedad, de forma que los servicios prestados por el administrador han de tener una contraprestación»¹²⁴.

Acaso puede dudarse que aquellos administradores que se dediquen intensamente a la gestión de la empresa no deban de recibir una retribución «quantum meruit»¹²⁵. Las dificultades derivadas de la Ley («la exigencia contenida en el artículo 130 impide, en todo caso, que los administradores puedan percibir cualquier tipo de retribución al margen de las reglas estatutarias»)¹²⁶, marca un desfase notable con la realidad, con efectos perversos¹²⁷ y ha llevado a idear sistemas retributivos que constituyen auténticas obras de ingeniería financiera. Así la utilización de sociedades interpuestas cuyo único accionista es el administrador y que giran a la sociedad facturas por trabajos reales o supuestos, arrendamientos de servicios reales o supuestos, etc. Frecuente es que el administrador concluya con la sociedad un contrato de trabajo, de personal de alta dirección, habida cuenta de las funciones que realiza y en base a dicho contrato se le retribuya como trabajador por cuenta ajena, sistema de retribución que ha planteado una viva polémica a la vista de la doctrina legal sentada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en los supuestos de administradores ejecutivos que al propio tiempo son Directores generales o Gerentes.

En este último aspecto se ha indicado que «los Consejeros-delegados o Administradores-ejecutivos, con frecuencia suscriben contratos, que se califican de «alta dirección», en los que se dice que son compatibles e independientes de la relación puramente mercantil de administrador, y en los que se fijan no sólo las remuneraciones a percibir (en metálico y en especie...) sino también las indemnizaciones que se han de percibir en la hipótesis de que la Junta general (o incluso el Consejo de administración) les haga cesar como consejeros-delegados (...). Ha de rechazarse la validez de la

¹²⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), págs. 159-160.

¹²⁵ L.H. LEIGH, V. JOFFRE y D. GLODBERG, *Introduction to Company Law*, Londres 1987, págs. 131-132.

¹²⁶ URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *opus cit.*, pág. 903.

¹²⁷ Indica GALBRAITH, J.K., *opus cit.*, págs. 304-304, «se supone que en la sociedad anónima moderna los titulares de la dirección deben procurar que los beneficios sean para otros, es decir, para los accionistas, que son a su vez anónimos e impotentes. Pero en la práctica, y en épocas recientes de manera espectacular, la maximización del propio beneficio ha sido el objetivo de quienes poseen el poder de decisión. Son los directivos de la empresa los que se adjudican a sí mismos los sueldos, gratificaciones, prestaciones y privilegios, a manera de paracaídas dorados en caso de llegar a ser víctimas de un revés en la lucha por el dominio de la firma. El cálculo de los costes no está sometido a ninguna minimización; por el contrario viene a incrementarlos la más ortodoxa de las motivaciones clásicas tendentes a servir los intereses de la organización. Mediante la transmisión de la autoridad plenaria al personal de dirección, este último no sólo se recompensa a sí mismo con retribuciones monetarias, sino también con prestigio».

fijación de esta remuneración de los administradores al margen de los estatutos, en cuanto vinculados con la sociedad por una relación laboral, salvo que esta relación no afecte a la administración de la sociedad (...) el problema práctico que se suscita en la realidad viva del Derecho de Sociedades Anónimas es que los estatutos suelen silenciar estas situaciones jurídicas de concesión a los administradores de remuneraciones fijas, como si desempeñaran las funciones de alto cargo (...). Este silencio estatutario no impedirá que las remuneraciones derivadas de los contratos de este tipo, aun cuando se califiquen como relación laboral especial y sean pactados de buena fe por los administradores, deban considerarse desde el punto de vista jurídico como ineficaces»¹²⁸.

Otra interpretación cabe, empero, del artículo 130 LSA, pues «quien interpreta la ley ahora, busca en ella respuesta también para las cuestiones de su tiempo»¹²⁹. No parece razonable suponer, que el trabajo del administrador es benévolo, no productivo y de naturaleza ociosa. La «correlación entre trabajo y remuneración es propia del trabajo productivo, rompiéndose en el trabajo amistoso o benévolo, puesto que sin libertad no hay benevolencia y, sin embargo no es remunerado»¹³⁰. Y lo que es más importante «contemplado desde el trabajador no es, pues, el benévolo trabajo productivo»¹³¹ que «presupone en aquél la existencia de rentas (...); el trabajo benévolo así contemplado es siempre de naturaleza ociosa, una inversión altruista o una obloación del ocio, que se articula jurídicamente a través de instituciones de naturaleza similar a la donación»¹³².

Las cosas están cambiando, puede afirmarse, en esta materia. Es significativo al respecto el contenido del Código de buen gobierno citado y el Reglamento tipo del Consejo de Administración ajustado al Código de Buen Gobierno redactado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores que admiten con normalidad la retribución de los administradores¹³³. A ello ha de añadirse que «la retribución o salario fijo, (...), no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo» (STS, de 29 de diciembre de 1999).

¹²⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), págs. 165-166.

¹²⁹ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona 1980, pág. 314. Máxime si se tiene en cuenta que «la realidad social es el momento en que se juzga», como indica ALBADALEJO, M., «La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas y la aparente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema», *Anales RAJL*, núm. 29, 1999, pág. 112.

¹³⁰ ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (Introducción...), pág. 57.

¹³¹ Véase nota anterior.

¹³² ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (Introducción...), págs. 57-58.

¹³³ En el Código de buen gobierno se afirma, (punto 7.1), lo siguiente: «La retribución de los consejeros representa un tema de capital importancia en el buen gobierno de la compañía (...). Los accionistas esperan que la remuneración del Consejo no exceda de lo que sea necesario para atraer a personas competentes, que esté de alguna manera asociada a los rendimientos individuales y de la compañía y que sea conocida para facilitar su escrutinio público». Se establece en aquel Código que «la tradicional estructura del Consejo de Administración necesita completarse con otros órganos delegados que comienzan a aparecer en nuestra práctica societaria (...) la función general de supervisión del Consejo depende en buena medida de la creación de ciertos órganos de apoyo a los que confiar el examen y seguimiento permanente en algunas áreas de especial relevancia para el buen gobierno de la compañía» (punto 3.6). Entre los órganos delegados está la «**Comisión de retribuciones**», cuyas competencias han de abarcar, a juicio de la Comisión redactora de aquel Código, los siguientes aspectos:

5. Indemnizaciones debidas por el cese o separación del cargo de los administradores gerentes o ejecutivos.

Indica importante doctrina que **«la separación del administrador no da lugar, por regla general, a un derecho a su favor para obtener una indemnización por los daños sufridos (...) sin embargo, siendo cierto este principio entiendo que surgen algunos casos en los que el admi-**

- A. «Proponer al Consejo de Administración el sistema y la cuantía de las retribuciones anuales de los consejeros;
- B. Revisar periódicamente los programas de retribución, ponderando su adecuación a sus rendimientos;
- C. Velar por la transparencia de las retribuciones».

También se ocupa el Código de buen gobierno del importe, la estructura y la transparencia de las retribuciones a los consejeros. Deteniéndonos en los dos primeros aspectos, que son especialmente importantes a los fines que interesan, indica:

«7.2 El importe de la retribución. La compañía, aun gozando naturalmente de libertad para fijar las retribuciones, debe proceder con ciertas cautelas, orientándose por las exigencias del mercado y considerando la responsabilidad y el grado de compromiso que entraña el papel que está llamado a desempeñar cada consejero. La moderación es la regla que ha de presidir las decisiones que se adopten en este campo. Ciertamente, la retribución ha de calcularse de tal manera que ofrezca incentivos suficientes para la dedicación del consejero, pero que al propio tiempo no comprometa su independencia».

«7.3. Estructura de la retribución. En este aspecto, la Comisión estima que deben favorecerse las modalidades que vinculen una parte significativa de las retribuciones de los consejeros, especialmente de los consejeros ejecutivos, a los resultados de la empresa, puesto que de esta manera se alinean mejor los incentivos de los consejeros con los intereses de los accionistas que se trata de maximizar. No entramos a valorar las ventajas o inconvenientes de cada elemento o modalidad retributiva (planes de incentivos, **pago con acciones, opciones de compra o de venta sobre acciones, etc.**) **(...) Parece, en cambio, oportuno señalar que los sistemas de retribución más extendidos en nuestra práctica societaria no se ajustan a la recomendación establecida.** Lo usual, según ha podido constatar esta Comisión, es la previsión de un porcentaje de los beneficios para retribuir al Consejo. El problema estriba en que ese porcentaje sólo opera como límite máximo, por lo que no puede considerarse en sentido estricto como una participación en beneficios ni, por tanto, consigue el efecto buscado. En todo caso, resulta importante revisar periódicamente las políticas retributivas al objeto de asegurar la adecuación de su importe y estructura a las responsabilidades, riegos y tareas de los consejeros. Desde este punto de vista, conviene que el propio Consejo, con la ayuda de los informes que a tal efecto le facilite la Comisión de Retribuciones, evalúe estos extremos al menos una vez al año e incluya en la memoria información sobre este aspecto (...)».

El Reglamento tipo alude a las retribuciones de los administradores de los artículos 28 y 29: «Artículo 28. Retribuciones del consejero. El consejero tendrá derecho a obtener la retribución que se fije por el Consejo de Administración con arreglo a las previsiones estatutarias y de acuerdo con las indicaciones de la Comisión de Nombramientos **Retribuciones:**

1. El Consejo procurará que la retribución del Consejero sea moderada en función de las exigencias del mercado y que una parte significativa se halle vinculada a los rendimientos de la compañía.
2. La retribución de cada consejero será plenamente transparente. Con esta finalidad la Comisión de Nombramientos y Retribuciones redactará una memoria anual sobre la política de retribución de los consejeros y el detalle de la percibida por cada uno de ellos con desglose de todas las partidas que la integren (sueldo base, dietas, bonus o gratificaciones, esquemas de incentivos, pensiones, seguros, beneficios en especie, etc.). Esta memoria, una vez aprobada por el Consejo, será trasladada a los accionistas en la Junta General Ordinaria».

«Artículo 29. **Retribución del consejero externo.** El Consejo de Administración y la Comisión de Nombramientos y Retribuciones adoptarán todas las medidas que estén a su alcance para asegurar que la retribución de los consejeros externos se ajuste a las siguientes directrices:

- a) El consejero externo debe ser retribuido en función de su dedicación efectiva;
- b) El consejero externo debe quedar excluido de los sistemas de previsión financiados por la sociedad para los supuestos de cese, fallecimiento o cualquier otro;
- c) El importe de la retribución del consejero externo debe calcularse de tal manera que ofrezca incentivos para su dedicación, pero no constituya un obstáculo para su independencia.

nistrador separado puede reclamar justamente una indemnización a la sociedad (...). Tales supuestos pueden derivar de acuerdos de separación de la Junta general abusivos y también de casos en los que se haya pactado expresamente por la sociedad con el administrador el reconocimiento del derecho a una indemnización»¹³⁴.

Que precisa «el hecho de que el acuerdo de separación del administrador pueda ser adoptado por la Junta sin justificación alguna, impide en principio que pueda prosperar la reclamación de indemnización al administrador frente a la Sociedad precisamente por entender que no existía justa causa para la revocación»¹³⁵.

La separación del administrador aparece como una «revocación ad nutum», *ex* artículo 131 LSA, por ello, se opina, «han de estimarse inválidas las cláusulas estatutarias que exijan la existencia de justa causa para la adopción del acuerdo de separación por la Junta general. Tales cláusulas irían directamente contra el principio de libre revocabilidad»¹³⁶, extremo en el que la disparidad con el régimen de los trabajadores por cuenta ajena asalariados es manifiesto, «la legislación laboral no reconoce a la voluntad del empresario como causa suficiente, por sí sola, para extinguir el contrato de trabajo. Por el contrario, cuando el empresario decide extinguir la relación laboral deberá justificar esa decisión en base a alguna de las razones enumeradas en la propia legislación. Desde este punto de vista, la denominada extinción *ad nutum* por el empresario no encuentra reconocimiento en el ordenamiento laboral español»¹³⁷.

«La profesionalización de los administradores y su tendencia hacia la estabilidad dentro del plazo máximo fijado por la Ley, quizá hagan prever en el futuro que la separación de los administradores por la Junta general se deba a una justa causa»¹³⁸, con ello en definitiva no se haría más que enlazar con el artículo 76 del anteproyecto de 1947¹³⁹. No obstante en el

¹³⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), págs. 204-205.

¹³⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 205.

¹³⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 195.

¹³⁷ ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *opus cit.* (Derecho del Trabajo), pág. 678. No obstante, no puede olvidarse que el cese libre o sin justa causa del trabajador sin derecho a indemnización ni a readmisión alguna existió para determinados trabajos, así (por aplicación de la Disposición transitoria 2.ª ET, de 1980, y artículo 61 de la Ordenanza de Trabajo para la pesca marítima de arrastre en frío, aprobada por Órdenes de 31 de julio de 1971 y 11 de enero de 1979) «por la naturaleza específica y múltiple de la representación que ostentan y funciones encomendadas los Capitanes, Pilotos y Patrones con mando de buque, el naviero o armador podrá libremente disponer el cese de aquéllos (...) sin que causen, (...), derecho alguno de permanencia en el seno de la empresa, extinguiéndose la relación laboral sin derecho a indemnización alguna» (STS de 20 de enero de 1983).

¹³⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 195.

¹³⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 199, recuerda que «el anteproyecto de 1947, siguiendo el ejemplo de algunos ordenamientos, establecía, (...), que cuando el administrador separado estimara injusta la causa de su destitución podría reclamar a la sociedad la indemnización de los daños y perjuicios (art. 76). Se reconocía así derecho al resarcimiento por un acto ilícito dañoso».

momento actual la posibilidad de obligar a la sociedad a indemnizar la separación del administrador social parece posible en dos supuestos, acuerdos abusivos y existencia de cláusulas indemnizatorias.

Se entienden por acuerdos abusivos supuestos en los que las circunstancias que rodean a la adopción del acuerdo de separación dañan la imagen, el crédito, el honor, la consideración profesional, o cualquier otro aspecto personal o profesional del administrador. «La jurisprudencia francesa, partiendo de la revocabilidad *ad nutum* y de la ausencia, en principio, del derecho a indemnización por parte del administrador, ha estimado que si en la Junta a la hora de destituir al administrador se profieren amenazas contra él, es objeto de comportamiento grosero o injurioso, puede surgir un derecho a la indemnización. Igualmente se considera que existe un abuso de derecho cuando se alegan como fundamento del acuerdo de separación motivos que resultan falsos (...). El derecho a la indemnización no surge propiamente del acuerdo de separación, sino de las circunstancias que lo acompañan, que entrañan un hecho ilícito por parte de la sociedad»¹⁴⁰.

El otro supuesto se refiere a la existencia de cláusulas de indemnización, «cuando exista una cláusula entre el administrador y la sociedad que establezca que en el supuesto de cese anticipado, sin existencia de justa causa, el destituido tendrá derecho a una indemnización. (...No obstante) la validez de estas cláusulas dentro de nuestro ordenamiento es discutida»¹⁴¹, exigiéndose, en el mejor de los casos, por la doctrina favorable a su validez, la concurrencia de rigurosos requisitos¹⁴².

¹⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 205.

¹⁴¹ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 206.

¹⁴² SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), págs. 206 a 210, indica que la validez de estas cláusulas depende de que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Las cláusulas han de estar previstas en los estatutos sociales o, al menos, ha de existir en ellos una base para su adopción, consistente en que el sistema de remuneración de los administradores establecido en los estatutos consienta el que pueda pactarse esta cláusula, en cuanto que la indemnización para el caso de cese ha de estimarse como un aspecto complementario de la retribución, destacando la falta de sentido que tendría esta cláusula si el ejercicio del cargo fuera gratuito.
- b) La cláusula ha de ser de tal naturaleza que, de hecho, no coarte o impida la libre revocabilidad de los administradores (...) estas cláusulas indemnizatorias han de estimarse ilícitas en tanto en cuanto puedan considerarse como contrarias al principio de libre revocabilidad de los administradores (...). Porque si los administradores se encuentran protegidos ante la eventualidad de que la mayoría de la Junta general cambie como consecuencia de una toma de control, al propio tiempo están protegidos contra la mayoría que existe en la sociedad en el momento precedente a esta toma de control, dejando de hecho sin efecto el principio de la libre revocabilidad de los administradores por acuerdo de la Junta general. Por las mismas razones habrán de considerarse ilícitas las cláusulas que pretendan coartar no ya la libre revocabilidad de los administradores, sino que en el órgano administrativo se produzcan cambios en su estructura, que no afectan al *status* del administrador.
- c) Para la determinación del resarcimiento parece justo que haya de tenerse en cuenta la remuneración que el administrador hubiera percibido hasta la terminación del plazo fijado en su nombramiento, disminuida por lo que ya haya obtenido o pueda obtener por el ejercicio de otras actividades que le sea posible desarrollar como consecuencia del cese anticipado en su cargo.

La problemática planteada en torno a la posibilidad de indemnizar la separación de los administradores ha llevado a prácticas que pretenden orillar semejantes dificultades mediante la conclusión de contratos de trabajo o de carácter civil (principalmente arrendamientos de servicios) que incluyen sustanciosas cláusulas de «blindaje», cuya licitud ha sido también seriamente cuestionada ¹⁴³.

Ciertamente **«el despido es la decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral viva y vigente hasta entonces, que le unía al trabajador**. Por ello, para que el despido pueda producirse, es de todo punto necesario que opere sobre una relación de trabajo existente hasta ese momento, es decir que la decisión extintiva en que el mismo consiste rompa y ponga fin a un vínculo laboral que era real y efectivo hasta ese momento (...). **Si no existe relación laboral, tampoco puede existir despido**» (STS de 30 de mayo de 1995). No obstante **«la decisión unilateral del empresario de despedir sólo extingue la relación laboral, en el momento preciso en que este último se adopta, en el supuesto en que el trabajador la acate o reaccione frente a ella tardíamente, o cuando, reaccionando en plazo, obtiene de la jurisdicción del orden social la respuesta de una declaración de procedencia del despido**» (STS de 7 de octubre de 1997).

Esta última sentencia matiza una jurisprudencia anterior, quitándole su carácter de excepcionalidad absoluta al régimen común del artículo 1.124 CC. Fue exponente de aquella primera y radical jurisprudencia la STS de 7 de diciembre de 1990, según la cual «la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar su carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo (...) la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato de trabajo sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular (...)». Continuando la meritada resolución jurisprudencial:

«Así se diferencia en nuestro Derecho la resolución unilateral del contrato de trabajo en virtud del despido acordado por el empresario, de la acción de resolución implícita en las obligaciones recíprocas, regulada en el artículo 1124 del Código Civil, en que la resolución sólo se produce automáticamente cuando las partes explícitamente hayan convenido que el incumplimiento tenga virtualidad de una condición resolutoria -entre otras muchas, sentencias de la Sala Primera de este Tribunal de 8 de mayo de 1965, 24 de febrero de 1966 y 6 de octubre de 1986-; en que el

¹⁴³ Sobre los argumentos contrarios a la licitud de las cláusulas de «blindaje», AVILA NAVARRO, P., *La sociedad anónima*, Barcelona 1997, págs. 634-635. Indica GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Los pactos de indemnización del administrador cesado», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. II, Madrid 1996, pág. 1816, que «la viabilidad de las cláusulas de indemnización no debiera encontrar obstáculos jurídicos insalvables. En general, debe descartarse su posible articulación práctica a través de una relación laboral de alta dirección superpuesta, por mucho que ésta haya sido la práctica española más reciente (...). Pero debe aceptarse, sin embargo, la posible configuración de los pactos indemnizatorios en el seno de la propia relación orgánica de administración (aunque la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo parezca indicar lo contrario). Mientras los mismos se ajusten al régimen previsto en la LSA en relación con la retribución de los administradores».

artículo 1.124 faculta para pedir la resolución a partir del incumplimiento, sin que determine la resolución automática, salvo el pacto explícito indicado -sentencias de la misma Sala de 14 de noviembre de 1962 y 28 de septiembre de 1982, entre otras muchas-; y en que si bien es posible que la facultad resolutoria se lleve a cabo extrajudicialmente, de discutirse tal supuesto habrá de recaer resolución judicial -también entre otras sentencias de dicha Sala de 16 de noviembre de 1956, 6 de octubre de 1967, 5 de julio de 1971 y 22 de diciembre de 1977».

En la sentencia antes referida se contiene un Voto Particular que merece ser parcialmente transcrito. En el mismo se indica:

«Es de señalar, (...), que la ruptura del vínculo contractual, innegablemente, representada por el despido, no se concibe como «rotura libre» sino apoyada, siempre, en el «incumplimiento grave y culpable» de parte del trabajador. Es por eso que su efectiva consumación haya de quedar supeditada a una ulterior decisión judicial y que, producida esta última, los efectos, de todo orden, derivados del despido, deban referirse a la fecha de la resolución judicial determinante, finalmente, de la extinción contractual».

La citada STS de 7 de diciembre de 1990, también efectúa el siguiente razonamiento, de todo punto clarificador en orden a la ruptura de la relación laboral y sus consecuencias: **«si en virtud de lo preceptuado en el art. 1.124 del Código Civil, el incumplimiento de una de las partes en las obligaciones recíprocas faculta para exigir el cumplimiento o la resolución del contrato laboral -y en todo caso la «indemnización de daños y perjuicios»-, (...) el empresario debe asumir toda la responsabilidad que se deriva de su injusto proceder -arts. 1.101 y 1.107 del Código Civil -. Prueba de lo que se deja dicho al principio, al configurar el despido como «ruptura supeditada» del vínculo laboral, es que, en la realidad jurídica, se producen dos distintas extinciones contractuales, con diversa cronología, en función de los efectos restauradores que origina la sentencia».**

La STS de 7 de octubre de 1997, señala la STS de 3 de julio de 1997, referente al ámbito civil y mercantil, muestra la continuidad que supone el despido respecto de la resolución de las obligaciones bilaterales o recíprocas (a salvo la facultad exorbitante atribuida al empresario, y que obedece a condicionamientos ideológicos propios de la filosofía liberal-capitalista) . Se indica en la meritada resolución jurisprudencial:

«Procede la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, al resultar genérico, e incidir en todas las obligaciones recíprocas, en cuanto es implícito a las mismas y conforma facultad o derecho potestativo que corresponde ejercitar al contratante cumplidor, ante una situación singular, para cancelar la relación, poniendo término a la misma, tanto atendiendo a lo pactado el incumplimiento convenido es sub-

sumible en los postulados del artículo 1.124 (S. 12 de mayo 1992), como a lo previsto en la norma legal, al tratarse del ilícito ejercicio del principio de autonomía negocial (S. 19 noviembre 1984). Conforme a la más moderna doctrina jurisprudencial para la resolución de los contratos no se precisa una actitud dolosa del incumplidor, bastando que se frustre el fin del negocio, así como la atribución a la parte incumplidora de la conducta voluntaria y obstativa a la ejecución del contrato, en los términos que se pactó (SS. 18 marzo 1991, 4 marzo 1992, 23 abril 1992, 19 octubre 1993 y 15 junio 1995, entre otras)».

La resolución unilateral, por el empresario, de la relación laboral sin «justa causa», genera una «indemnización tasada, sin margen para que el juez estime la cuantía de los daños y perjuicios que se presumen *ex lege* causados por el despido o derivados sin más de éste, indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no los perjuicios que ésta cause, que pueden no existir, aunque normalmente existan. Lo que, de un lado, explica que se prescinda de que existan o no los perjuicios -y de su valoración si existen (...) y que se tome, para fijar su cuantía, un dato en principio ajeno a ellos, como lo es el tiempo de servicios prestados, aparte del salario, y de otra parte viene a añadir al indemnizatorio un matiz punitivo, (...), castigándose así la injusticia de la resolución sin causa»¹⁴⁴.

Ciertamente «la indemnización tiene naturaleza reparadora y sancionadora; viene tasada por la ley, carece de la consideración de *restitutio in integrum* y no cabe solicitar incremento ni porque los perjuicios sufridos por el trabajador fuesen mayores (TS 14 de junio de 1986), ni porque tras el despido hubiesen experimentado aumento, por disposición legal o convenio colectivo, los salarios»¹⁴⁵. No obstante ha de repararse en que la citada indemnización «tiene carácter mínimo siendo susceptible de ser mejorada por convenio colectivo o contrato individual»¹⁴⁶.

«Cuestión adicional, desde una perspectiva conceptual, es la ubicación correcta del despido dentro del cuadro general de causas de extinción de las obligaciones y contratos. Se ha defendido aquí su inclusión en la categoría del desistimiento, como decisión unilateral dirigida a la conclusión de la correspondiente relación jurídica, pero la doctrina también la ha ubicado en las categorías de la denuncia, la rescisión o la resolución del contrato por incumplimiento»¹⁴⁷.

Los administradores sociales que efectivamente trabajen, en su condición de administradores, son trabajadores por cuenta ajena que por realizar libremente su trabajo, tienen naturalmente derecho a una retribución, como quedó ya demostrado, por consiguiente su «separación» por acto uni-

¹⁴⁴ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.E. *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*), pág. 458.

¹⁴⁵ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*), pág. 717.

¹⁴⁶ ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUÍZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*), pág. 706.

¹⁴⁷ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*) pág. 701.

lateral del empresario (sociedad) sin causa (incumplimiento suficientemente grave y culpable de sus deberes) o es un despido improcedente o nulo o es una de las hipótesis de aplicación del artículo 1.124 CC.¹⁴⁸.

No pudiendo ser lo primero por la inexistencia de relación laboral, resulta aplicable el artículo 1.124 CC [en contra se ha destacado el principio de libre separación o revocabilidad *ad nutum* del cargo de administrador «de acuerdo con la postura refrendada de antiguo por nuestra jurisprudencia, conforme al cual debe reputarse inválida cualquier cláusula estatutaria o convencional que de una u otra forma limite el poder de la Junta (como pactos,... pago de una indemnización al administrador cesado)»]¹⁴⁹.

Cabe traer a colación el carácter recíproco de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo¹⁵⁰, así como el «indisoluble nexo de causalidad» (STS de 27 de enero de 1983) existente entre la obligación de pago de la retribución y la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, en cuanto resultan predicables, *pari passu*, de la relación y obligaciones que surgen del contrato de empleo existente entre el administrador gerente o ejecutivo y la sociedad.

Además, constituye una clara incoherencia que si el cargo de Director general o Gerente está previsto en los Estatutos y, por lo tanto, constituye un órgano social (al igual que el de administrador), si el titular del mismo es cesado, por ser personal de alta dirección tenga derecho a la indemnización por desistimiento del empresario o por despido, según se considere, y sin embargo el administrador no tenga derecho a indemnización alguna si se produce su separación por muy inopinada o injusta que sea, siendo así que el cese en aquel caso el Director general, al tenor de la STS de 20 de octubre de 1998, por tratarse de un órgano social es también (al igual que el del administrador) libremente revocable o «ad nutum» (dice la sentencia: «la Junta puede acordar en cualquier momento el cese de los administradores, aunque ello no se hubiera incluido en el orden del día de la convocatoria. Al ser el Director-Gerente estatutario un órgano de administración, ..., es evidente que al acuerdo de cese del mismo le es aplicable la antes expresada doctrina de esta Sala»), lo cual se compagina perfectamente con la previsión, en el régimen laboral del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, del desistimiento por el empresario.

Pudiera pensarse que la sentencia antes referida está considerando que quien ocupa el cargo de Director-Gerente estatutario, es un administrador social, esto es, que haya sido nombrado administrador y que su vinculación con la sociedad (empresario) no se deba a haber concluido un con-

¹⁴⁸ POLO, E., *opus cit.* (*Los Administradores...*), págs. 219 a 221, destaca las «acusadas discrepancias en relación con la obligación de indemnizar al administrador cesado (...)», considera que «el recurso a las construcciones civilistas del mandato retribuido del arrendamiento de servicios, así como a la específicamente mercantil de los auxiliares del comerciante, que desembocan todas ellas en el reconocimiento del deber de indemnizar (...) pueden ser decisivas a la hora de enjuiciar el problema».

¹⁴⁹ URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *opus cit.* (*Curso de Derecho Mercantil*), pág. 902. En ese sentido la STS de 30 de diciembre de 1992.

¹⁵⁰ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M.E., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*), pág. 219.

trato de personal de alta dirección. Pero ello no es posible en tanto en cuanto las formas en que se puede organizar la administración social están legalmente tasadas, y entre ellas no aparece la del órgano Director-Gerente (que no se trate de un órgano de administración, en sentido estricto, no excluye su posible creación, como órgano de administración en sentido amplio por los socios fundadores, en uso de su autonomía de la voluntad y libertad de pactos, pues aquéllos en los Estatutos pueden incluir «todos los pactos y condiciones» que tengan por convenientes «siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios que configuran la sociedad anónima», ex artículo 10 LSA; oposición y contradicción que no se pueden, de ninguna manera, predicar de la cláusula de Director-Gerente).

La circunstancia de que el cargo de administrador sea de duración limitada en el tiempo (temporal) introduce elementos de distorsión que es necesario precisar, sirviendo a tal fin, al menos como orientadores, los criterios sentados por la doctrina legal laboral. Efectivamente la jurisprudencia «atendiendo al buen sentido, a lo que en la actualidad se denomina principio de justicia razonable, ha entendido hasta ahora - (...) - que, cuando el trabajador despedido estaba ligado al empresario por un contrato temporal, su despido improcedente o nulo no podía hacer al trabajador acreedor a una indemnización que superase el importe de los salarios que el mismo trabajador hubiera percibido del empresario de haber continuado trabajando para éste hasta el momento en que el contrato temporal se hubiera extinguido por expiración de su término»¹⁵¹. Doctrina que no obstante los avales de constitucionalidad (STC de 17 de julio de 1987) ha sido modificada por la sentencia del mismo Alto Tribunal de 21 de enero de 1992, en materia de deportistas profesiones y por mor de la aplicación del artículo 15 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio.

Se añade a lo expuesto la consideración de las indemnizaciones como «retribuciones» por una conocida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJ de 17 de mayo de 1990, Asunto C-262/88, de 27 de junio de 1990, Asunto C-33/89 y de 9 de febrero de 1999, Asunto C-167/97), que si bien que emitida en trámite de reclamaciones laborales, puede tener aplicación en esta sede de trabajadores por cuenta ajena no sujetos a contrato (laboral) de trabajo, sino (mercantil o con más precisión societario) de empleo y por tanto de prestación de servicios retribuidos¹⁵².

¹⁵¹ NAVARRO FAJARDO, J.J., «Indemnizaciones por despido en los contratos de duración determinada», *Revista de Trabajo y Seguridad Social -Comentarios y Casos Prácticos-* Ed. Estudios Financieros), núm. 110, mayo/1992, págs. 204-205, y la jurisprudencia que cita.

¹⁵² Se indica por esta jurisprudencia del Alto Tribunal comunitario:

«Las indemnizaciones concedidas por el empresario al trabajador con ocasión de su despido(...) constituyen una forma de retribución diferida, a la que tiene derecho el trabajador en razón de su relación de trabajo, pero que le es pagada en el momento de cesar su relación de trabajo, con el fin de facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de su empleo (...). El hecho de que determinadas prestaciones sean pagadas una vez extinguida la relación de trabajo no excluye que puedan tener carácter de retribución, en el sentido del artículo 119 del Tratado (...). El concepto de retribución, en el sentido del párrafo segundo del artículo 119 del Tratado, comprende todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo».

VI. EL TRABAJO POR CUENTA AJENA DEL «ADMINISTRADOR DE HECHO»

Figura singular, que carece de regulación en la ley, y que, tomada la expresión en sentido amplio, abarca una multitud de supuestos¹⁵³. No se limita pues a la hipótesis del administrador con cargo caducado que continúa desempeñado su actividad de gestión, sino que incluye también a aquellos administradores que separados del cargo continúan con aquella actividad gestora, así como aquellos administradores en cuyo nombramiento existiera alguna anomalía invalidante, administradores ocultos, socios apoderados con carácter general que efectivamente realicen la administración social y se muestren así a terceros, la renuncia del administrador, etc.

Probablemente no sea posible un tratamiento unitario de todos estos supuestos, (al no haber precepto alguno que trate conjuntamente a las «personas encargadas de la administración, de la gestión o del control», como sucede en algunos ordenamientos extranjeros), no obstante merecen una consideración conjunta a los efectos que pretendemos.

La doctrina cuando se plantea el tema, acude a la figura del factor notorio, bien que a la utilización de tal recurso se le haya imputado que queden «sin atender los aspectos de protección de la sociedad misma y sus socios la que pretende atender el régimen de responsabilidad de los administradores»¹⁵⁴.

Según las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 1992 y 14 de marzo de 1994 «sin prejuzgar la facultad que corresponde a los Administradores de desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y han aceptado (art. 1732 del Código Civil y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas) no cabe desconocer que **el mínimo deber de diligencia exigible en el ejercicio de ese cargo cuando como consecuencia de su renuncia quede vacante o, sin que ello llegue a producirse, devenga inoperante -(...)- obliga a los renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar la medidas necesarias para proveer a dicha situación**».

De forma más matizada (tras la evolución que expone la Resolución de aquella Dirección General, de 13 de mayo de 1998), la resolución del mismo centro directivo de 15 de febrero de 1999 señala que los riesgos de acefalia e inoperancia, así como el principio de conservación de la empresa, «han inspirado la solución dada por este centro directivo a otros problemas como el condicionar la renuncia voluntaria de los propios Administradores a la adopción de determinadas medidas ten-

¹⁵³ Indica SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (Administradores...), pág. 210, que «el **acuerdo de separación** de los administradores produce unos **efectos inmediatos** en el sentido de que extingue tras su adopción la relación jurídica existente entre el administrador y la sociedad (...). **La validez de la separación y sus efectos entre las partes no depende**, por lo tanto, **de la notificación al administrador de su separación**».

La STS de 1 de diciembre de 1999 entiende que no lo son los socios con apoderamientos amplísimos.

¹⁵⁴ ALONSO UREBA, A., págs. 672-673, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores en una sociedad anónima», *RDM*, núm. 198, Separata, Madrid 1991, págs. 672-673.

dentes a evitar aquella situación, la admisión de la figura del Administrador suplente a los efectos de convocatoria de la Junta general para proceder a nombrar nuevos cargos (...) o a la búsqueda de otras soluciones que tratan de evitar el mismo riesgo, **en modo alguno puede llevar a la admisión incondicionada de una prórroga del plazo durante el cual los Administradores con cargo caducado pueden seguir actuando válidamente**».

No puede olvidarse, en orden a la calificación de cualquier relación jurídica que tenga por objeto la prestación de trabajo, la enorme presión que ejerce la presunción establecida en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) y que en virtud de «la interpretación que le ha dado la jurisprudencia habría una *vis atractiva* a favor del contrato de trabajo, lo que procura la tendencia expansiva a utilizar este contrato para prestar el trabajo a otro»¹⁵⁵.

Ciertamente «la aplicación de la presunción exige por supuesto la prestación del servicio dentro del círculo organizativo y rector del empresario»¹⁵⁶, habida cuenta que antes negamos la nota de la dependencia en la relación del administrador con la sociedad, bien pudiera considerarse que «quedar incluido en la organización empresarial» no equivale a dependencia (que supone capacidad rectora y poder disciplinario del empresario), no obstante ha de tomarse en consideración que «la presunción legal se utiliza en la práctica jurisprudencial no sólo para calificar definitivamente como laboral una relación de intercambio de trabajo y salario, sino también con cierta frecuencia para atribuir esta misma naturaleza a negocios sobre los que podrían existir dudas acerca de su encuadramiento en otras figuras contractuales próximas al contrato de trabajo»¹⁵⁷, en base a tal jurisprudencia parece prudente calificar aquella relación de «semi-laboral»¹⁵⁸ (cuyas profundas, en ocasiones radicales, diferencias con sistema laboral común no es preciso destacar)¹⁵⁹.

¹⁵⁵ ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*), pág. 210.

¹⁵⁶ MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, F., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*), pág. 465.

¹⁵⁷ Véase nota anterior.

¹⁵⁸ En los términos que utiliza MONTOYA MELGAR, A., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*), pág. 502.

¹⁵⁹ Ha de partirse del Código del Trabajo del 23 de agosto de 1926 que no llegó a materializar la separación entre el personal de alta dirección y el resto del personal directivo, limitándose a distinguir entre trabajadores manuales, que quedaban incluidos en el campo de aplicación de aquel Código, y los trabajadores intelectuales que quedaban excluidos del mismo por no estar incluidos en el concepto de trabajadores, dada la definición de «obrero» contenida en su artículo 1 y la exclusión que se operaba en su artículo 427 de la competencia de los Tribunales Industriales en los litigios relativos a «directores y gerentes y, en general apoderados generales o factores mercantiles». En esta época la jurisprudencia (SSTS de 1 de abril de 1933 y 1 de mayo de 1944) llegó a distinguir entre el director y gerente de la empresa y el «jefe de fábrica», asimilando al último de los citados al trabajador manual, ha de recordarse que ya con anterioridad la Orden de 15 de enero de 1920, de jornada máxima, efectuaba la exclusión de su ámbito de aquellos a los que denominaba «altos funcionarios». Posteriormente la Ley de jornada máxima de 1 de julio de 1931 mantuvo la exclusión de los denominados «altos funcionarios», directores y gerentes. La Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 va a efectuar la distinción entre encargados de la empresa, contra maestros y jefes de talleres, de una parte, y directores, gerentes y altos funcionarios, de otra, excluyendo a estos últimos de su ámbito de aplicación. La Ley de Jurados mixtos, en su texto refundido de 29 de agosto de 1935 llevó a efecto la exclusión de la competencia de aquellos Tribunales respecto de las cuestiones que se suscitasen siendo parte directores o gerentes y, con más amplitud, apoderados generales o factores mercantiles.

Consecuencia importante es la calificación en sede de esta relación a la sociedad como empresario-empleador. En cuanto que el desempeño de las funciones de un administrador de hecho aparece teñida, en todo caso, por una especial confianza, siendo su naturaleza fundamentalmente fiduciaria ¹⁶⁰ pudiéndose resolver la relación laboral por ese administrador de hecho con las consecuencias que señala aquella norma reguladora.

Su condición excluye la nota típica, «dependencia», del trabajo asalariado común u ordinario. No obstante la generosa, amplia y discutible naturaleza laboral *strictu sensu* (recuérdese la aplicabilidad de la normativa civil y mercantil, y no la general laboral, en lo no previsto en su norma reguladora principal) del régimen jurídico contenido en el Real Decreto 1382/1985, permite, sin violencia, aplicarlo a los administradores de hecho, al reunir su relación con la sociedad las demás notas características que hacen aplicable tal regulación normativa, esto es, las de libertad, ajeneidad, y consecuentemente retribución.

A diferencia de los administradores regularmente nombrados que hubieran aceptado el cargo, no cabe duda alguna del derecho del administrador de hecho a las indemnizaciones en los supuestos de separación, que habrá de calificarse de desistimiento empresarial o despido, así como en los de renuncia de aquel administrador de hecho si concurren determinadas circunstancias (desistimiento concurriendo justa causa).

Consecuencias que ponen de manifiesto la incoherencia e inconsecuencia de las interpretaciones jurisprudenciales que sobre la base de la revocación «ad nutum» de los administradores les

La Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, en sus artículos 6 y 7, va a excluir de su ámbito de aplicación a quienes desempeñen funciones de alta dirección, relacionando toda una serie de cargos, a título meramente ejemplificativo (STS de 30 de septiembre de 1976), con lo que se planteaba la duda de los cargos directivos que no podían ser considerados altos cargos. La jurisprudencia resolvió el problema relacionando las funciones de alta dirección con la independencia en la actuación de quienes las desempeñaban (SSTS de 19 de enero de 1953, 5 de enero de 1955, 15 de marzo de 1955, 7 de junio de 1955, 14 de octubre de 1955, 22 de octubre de 1956, 17 de enero de 1966, 27 de noviembre de 1973, etc.). La autorizada doctrina legal del extinto Tribunal Central de Trabajo, en esta línea y no sin importantes dudas, va a distinguir entre administradores y consejeros de sociedades, personal de alta dirección y personal directivo medio-alto (SSTCT de 30 de septiembre de 1980, 2 de mayo de 1984, etc.).

La evolución posterior del régimen legal aplicable a los altos cargos, se resume por la STS de 18 de octubre de 1990, en los siguientes términos: «La Ley de relaciones laborales 16/1976, de 8 de abril, recoge en el apartado k) del artículo tercero, dicha figura (personal de alta dirección), que precisa de desarrollo, según estableció la disposición adicional cuarta, complementada por la disposición transitoria primera, que mantenía la norma reguladora vigente hasta que no se aprobase la correspondiente normativa especial, por tanto para las relaciones de dirección y gerencia, se mantenía la regulación del artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo. Publicado el Estatuto de los Trabajadores vuelve a recogerse en el artículo 2.1.a) la alta dirección, pero subordinando su desarrollo a lo dispuesto en la disposición adicional segunda y, por falta de cumplimiento del plazo, a lo que remitía la disposición final cuarta de dicho texto, es por lo que reiteradamente se resolvió por la jurisprudencia que continuaba aplicándose el artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo como norma reglamentaria, en defecto de norma específica. Y con dicho carácter permanece hasta la entrada en vigor, el 1 de enero de 1986, del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto».

¹⁶⁰ GUIDOTII, F., *opus cit.*, pág. 618. Sobre las diferencias básicas entre relación laboral de alta dirección y común vid. IGLESIAS CABERO, M., *La relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto)*, Madrid 1991, págs. 54-56.

niegan cualquier derecho a justas indemnizaciones reparadoras, haciendo de mejor condición, a la postre, al administrador de hecho, que además no está sometido a las graves responsabilidades, de todo orden, de los administradores regularmente nombrados.

Así respecto al derecho a indemnizaciones por separación y renuncia del administrador de hecho, se pueden distinguir los supuestos de extinción de la relación a instancias del «administrador de hecho», en tal caso puede extinguir la relación que le vincula con la sociedad-empresario a su propia instancia, probablemente sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional ¹⁶¹ (no obstante el criterio en contra de la STS de 17 de marzo de 1987, lo cual más que manifestación de su posición fiduciaria, es consecuencia de una interpretación del artículo 10 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto) (STS de 4 de febrero de 1986) y además resulta del carácter irrevocable del desistimiento efectuado (SSTS de 6 de noviembre de 1985, 26 de febrero de 1990 y 26 de abril de 1990. También debe tomarse en consideración la más reciente jurisprudencia civil en la materia, aún cuando en contra puedan citarse las SSTS de 7 de noviembre de 1989 y 10 de mayo de 1990).

El administrador de hecho puede dar por terminada, en cualquier momento, la relación con la sociedad (empresario) sin necesidad de que concurra justa causa (a lo que se atiende en el Código de buen gobierno, que en el punto 5.5 establece: «en principio las decisiones de dimisión del consejero deben ser respetadas, pues hay muchas razones -salud, compromisos familiares, exceso de trabajo, etc.- que pueden justificarlas»).

Sin embargo la trascendencia de las funciones que desenvuelve en el marco de la empresa y la correlativa posibilidad de que un desistimiento imprevisto y brusco cause objetivamente daño a la sociedad (el empresario), así como la recíproca confianza que esencialmente informa su vínculo como alto cargo y que origina especiales deberes de lealtad, obligan al administrador de hecho a comunicar su decisión con suficiente antelación al empresario.

En ese orden de consideraciones el artículo 10 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, en sus apartados uno y dos regula el ejercicio de dicha facultad, señalando un plazo de tres meses de preaviso, (plazo cuya superación, posible mediante pacto expreso hasta llegar a ser de seis meses, tendrá poca o nula operatividad en el supuesto de administradores de hecho). La consecuencia del incumplimiento del plazo antes referido es el deber de resarcir a la sociedad del daño causado, que la norma objetiviza mediante referencia a la cantidad de retribución o salario que se devengaría en ese período.

Al igual que el plazo puede aumentarse, también se puede reducir o incluso eliminar, pero al igual que en el supuesto anterior, mediante pacto expreso, lo cual hace inoperante tal posibilidad en el supuesto de los administradores de hecho.

¹⁶¹ SALA FRANCO, T., *La Relación Laboral de los Altos Cargos Directivos de las Empresas*, Bilbao 1990, pág. 72.

En todo caso la sociedad habrá de demostrar la realidad de los daños así como el nexo causal, pero no la concurrencia de culpa, al tratarse de un supuesto en el que basta la autoría como criterio de imputación de la responsabilidad y del deber de resarcir.

El «administrador de hecho», en cuanto que le es aplicable el régimen del personal de alta dirección, puede dimitir, con «justa causa» en los supuestos, previstos en el artículo 10.3 del Real Decreto 1382/1985, antes citado, que tienen carácter exhaustivo y limitativo (STS de 5 de marzo de 1991). De los enumerados en dicho precepto singularmente los citados en tercero y cuarto lugar resultarían aplicables al supuesto contemplado (esto es «cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por el empresario, salvo los presupuestos de fuerza mayor, en las que no procederá el abono de las indemnizaciones a que se refiere este número» y «la sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de la actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios»¹⁶²).

La cuantificación de la indemnización se deja a la libre voluntad de las partes y sólo en su defecto se hace equivalente a la prevista en el artículo 11.1 de aquella norma, para el supuesto de desistimiento por parte del empresario, lo que es revelador de la importancia de la autonomía de la voluntad en la configuración de su régimen jurídico.

Las justas causas antes aludidas no son sino manifestación de un principio más general (ex art. 1124 CC) y de una elaborada jurisprudencia, según la cual la resolución de una relación de trabajo por cuenta ajena, exige la concurrencia de una voluntad rebelde al cumplimiento o de un hecho obstativo que frustre el fin del negocio, impidiendo su subsistencia o continuidad.

Ha de considerarse que en el supuesto de cambio de empresario, los trabajadores vinculados al cedente, pasan a depender del cesionario, produciéndose lo que se conoce como «sucesión de empresa» o novación subjetiva (extintiva) de los contratos de trabajo automática, en la que para nada es relevante ni la voluntad de los empresarios (cedente y cesionario) ni la de los trabajadores del cedente que pasan a depender del cesionario (ex art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y Directiva 77/117/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977 modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998)¹⁶³.

¹⁶² Compárese el último supuesto con las cláusulas de blindaje de los administradores por cambio de mayorías, tachadas de ilícitas por SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (*Administradores...*), págs. 208-209.

¹⁶³ Vid. TAPIA HERMIDA, A., «La sucesión de empresas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social -Comentarios y Casos Prácticos-* Ed. Estudios Financieros, núm. 119, febrero/1993, pág. 97 y ss. También, «Derechos y deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la normativa comunitaria y el derecho español (La necesidad urgente de una reinterpretación)», en la misma *Revista*, núm. 195, Junio/1999, págs. 33 y ss. Como indica la STJ de 2 de diciembre de 1999, asunto C-234/98, apartado 37, «la Directiva es aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa», debiendo entenderse por empleado «toda persona que es objeto de algún tipo de protección, aún cuando sea reducida, en virtud del derecho nacional (Conclusiones del Abogado General en el anteriormente citado proceso). En el mismo sentido la STJ de 15 de abril de 1986, Asunto 237/84.

El principio general de sucesión (impropia), que puede definirse, con gran poder gráfico, por más que su acierto técnico jurídico sea discutible, como **«adhesión del contrato al complejo productivo que conforma el establecimiento o base física de la actividad de empresa»**, se daría para el administrado de hecho en cuanto que alto cargo, pero no de manera necesaria.

En todo caso han de resaltarse los rígidos requisitos que la jurisprudencia exige para que se produzca aquel fenómeno denominado sucesión de empresa (no acordes con la normativa comunitaria y la interpretación efectuada de la misma por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), ex artículo 44 ET, cuya importancia y trascendencia ha potenciado la última jurisprudencia ¹⁶⁴.

¹⁶⁴ En ese sentido y en relación con la sucesión de contratos citar las SSTs de 29 de febrero y 11 de abril del 2000. Como se indica aquella jurisprudencia:

«El problema está íntimamente relacionado con el tema de la sucesión de contratos, que arranca a su vez de la legalidad que acerca de la sucesión de empresas se contiene en el art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), por lo que resulta ilustrativo aludir a la doctrina de esta Sala que ha tratado la cuestión, aun cuando no haya tenido ocasión de ocuparse concretamente de ninguna controversia igual a la que resulta objeto del presente recurso. En la STS de 4, de 27 y de 3 diciembre (...), con cita de las de (...) se señala que «constituye requisito esencial de la sucesión de empresas regulada en el art. 44 del ET, la transmisión de la titularidad, entendiéndose por tal concepto traslativo no sólo el cambio de la titularidad normativa de la empresa, sino también la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización básica de la explotación».

Continúa aquella resolución judicial: «también se alude en esta sentencia a la subrogación en los contratos de trabajo, que opera en aquellos casos en que la autonomía colectiva, en su ámbito de aplicación, establezca la obligación de subrogación en los supuestos, sin más, de un cambio en la titularidad en la empresa, o en aquellos otros en que el pliego de condiciones así lo imponga como deber jurídico del nuevo contratista. De no ser así, lo que únicamente acaece es la finalización de una contrata -que se extingue por el transcurso del plazo de concesión o adjudicación- y la entrada de un nuevo empleador -sea un nuevo contratista o el empresario principal a quien revierte el servicio o la actividad-, no ligado con el anterior por ningún título traslativo respecto de los elementos materiales y organizativos de la empresa». Aquella resolución añade lo siguiente: **«así pues, conforme a la doctrina expuesta y la contenida en las demás resoluciones que han quedado citadas, sólo se produce la subrogación en los contratos de trabajo merced a la imposición por el pliego de condiciones, cuando haya una verdadera «sucesión de la contrata», entendida ésta como cambio en la titularidad del contratista acompañada de la transmisión, por parte del antiguo al nuevo, de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación».**

Precisando la misma sentencia que «cuando ello sucede, no es precisa la aquiescencia de los trabajadores para que opere la subrogación, pues así resulta de lo dispuesto en el art. 44.1 del ET, que únicamente requiere la notificación del cesionario. Pero lo acaecido en el caso aquí enjuiciado no se corresponde con la expresada situación de hecho, porque no ha existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni menos aún transmisión al ulterior adjudicatario de la contrata de los elementos patrimoniales configuradores de la explotación del servicio adjudicado, con toda su infraestructura, sino que meramente se ha dado entrada a una nueva empresa que, junto con al anterior y en régimen de competencia con ella, ha venido a repartirse el desempeño de una actividad que hasta entonces venía siendo realizada por una sola en régimen de monopolio, de lo que hay que deducir necesariamente que no se ha producido una verdadera sucesión empresarial en lo que a la contrata se refiere».

Finaliza la argumentación del Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia: «en casos como el presente, no resulta aplicable el art. 44.1 ET, y, por ello, el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora que continúan prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, porque al tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación de contrato por cambio de empleador (que es deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin consentimiento de los acreedores en dicha relación obligacional, que son los trabajadores, pues lo impide el art. 1205 del Código Civil».

La extinción de la relación jurídica a instancias de la sociedad. La separación del «administrador de hecho», por mor del régimen aplicable al vínculo que el «administrador de hecho» mantiene con la sociedad, debe contemplarse desde el artículo 11 del Real Decreto 1.382/1985, esto es, reconducirse a las figuras típicas allí recogidas, planteándose, con especial intensidad, en este caso, si el desistimiento y el despido son instituciones diferentes o si se trata únicamente de modalidades distintas de despido.

Se establece en el artículo 11.1 del Real Decreto 1.382/1985, que el contrato «podrá extinguirse por desistimiento del empresario». La principal cuestión que ante el ejercicio de aquella facultad empresarial se plantea, es la de si se trata de una modalidad de despido o si, por contra, se trata de una institución jurídica con sustantividad propia, y no reconducible sin más al despido.

La jurisprudencia constitucional ha despejado la duda acerca del despido, señalando que se trata de una forma de extinción del contrato (STC 27/1993, de 25 de enero, según la que no es aplicable al acto del despido la presunción de inocencia, pues «éste (el despido) no es más que una resolución contractual), lo cual no deja sino de añadir dudas a la confusa doctrina legal existente en este punto.

La STS de 9 de abril de 1990, siguiendo una determinada línea jurisprudencial anterior, considera que la noción de «despido» no se identifica con la de «despido disciplinario» -mera especie de un régimen común- sino que comprende toda extinción de la relación de trabajo por voluntad del empresario, por lo que a su juicio, el desistimiento, en este contexto, se identifica con el «despido libre».

Otra doctrina legal, estimando que calificar el desistimiento como despido constituye un estricto problema valorativo («aplicar determinadas valoraciones jurídicas a unos hechos concretos» en términos de la STS de 18 de marzo de 1991), considera que el despido y el desistimiento son instituciones distintas (STS de 17 de diciembre de 1992, indica la STS de 20 de octubre de 1998 que «la acción por despido improcedente o nulo es distinta en cuanto la petición y al título o causa de pedir a la acción de reclamación de indemnizaciones por desistimiento».).

La posición de esta segunda línea jurisprudencial parece más acertada. En otro caso el despido necesariamente, por pura coherencia, habría de extrabasar el ámbito estricto de las relaciones laborales, así la separación de los administradores que regularmente desempeñan su cargo, vigente el contrato de empleo, probablemente habría de calificarse de despido. En todo caso ha de llamarse la atención sobre el estrecho paralelismo entre desistimiento del empresario y separación de los administradores.

Efectivamente el desistimiento no constituye una resolución contractual que trae su causa en el incumplimiento de la otra parte de sus deberes y obligaciones contractuales, sino que se trata de una resolución contractual discrecional, que no arbitraria, cuyo fundamento se quiere ver en la pér-

dida o desaparición de la característica fiducia que informa la relación del alto cargo, circunstancia que en ningún caso, desde luego, tiene ni debe exteriorizarse. El empresario «puede resolver, *ad nutum*, sin causa alguna, libérrimamente. Por supuesto que la racionalidad general predicable de las conductas humanas nos dice que tras el desistimiento habrá siempre una causa o motivo, pero éste, en nuestro caso, no es relevante para el Derecho»¹⁶⁵.

Ciertamente «el acuerdo de la Junta general se concreta en un revocación *ad nutum*, lo que entraña una discrecionalidad respecto de la motivación del acuerdo. Esta discrecionalidad implica la ausencia de tener que justificar la causa de la remoción del administrador, pero no significa que el acuerdo esté ausente de toda motivación. El juicio no satisfactorio para la mayoría sobre la aptitud del administrador para el desempeño de su cargo y en definitiva para el cumplimiento de todos los deberes necesarios para la consecución del objeto social, puede estar motivado por un conjunto de factores de muy variado alcance. Pero con este sistema, a diferencia de lo que sucede cuando se pone fin a una reclamación laboral, o de lo que acontece en otros países cuando se concede al administrador separado un derecho a obtener una indemnización por los daños sufridos si no existe justa causa para su destitución, el acuerdo de la Junta general de separación no necesita expresar motivación o justificación alguna»¹⁶⁶.

En el desistimiento el empresario está obligado a preavisar, y si no lo hace habrá de abonar las retribuciones/salarios correspondientes al tiempo de preaviso incumplido. Además, el empresario deberá la indemnización correspondiente, que será la pactada y en su defecto de 7 días (de retribución o salario en metálico) por año de servicio con el límite de seis mensualidades (bien entendido que puede pactarse cero indemnización o una inferior a la establecida por la ley y prevalece sobre la legal, que no es mínima sino que opera solamente en defecto de pacto).

La posibilidad de que finalice una relación jurídica mediante la sola y libre voluntad de una de las partes, fundamentándose en la concreta atribución legal e incluso contractual, a una sola de ellas o a ambas, no parece discutible, admitiéndose incluso para cuando no viene expresamente atribuida, siempre que, dándose otras circunstancias, «se trate de relaciones obligatorias en las que exista un componente fiduciario *intuitu personae*, de manera que fundadas tales relaciones en la confianza que las partes recíprocamente se merecen, cuando tal confianza se frustra, aparezca como justa causa la posibilidad de poner fin a la relación»¹⁶⁷.

¹⁶⁵ ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (*Extinción del contrato de Alta dirección...*), pág. 5059.

¹⁶⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (*Administradores...*) pág. 199.

¹⁶⁷ Díez-PICAZO, J.L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Madrid 1970, pág. 841, y T. II, Madrid 1993, pág. 892. En pág. 891 de la edición de 1993, indica «en determinados casos, la ley concede una facultad a una de las partes o a ambas, que les permite poner fin a la relación existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial».

El «administrador de hecho» también puede ser despedido. Efectivamente el despido del administrador de hecho es posible si se considera que careciendo de eficacia su nombramiento como administrador, o, simplemente, no existiendo, se le aplica la regulación propia del personal de alta dirección (factor notorio, en su caso). Podrá ser expreso pero más frecuente será tácito ¹⁶⁸, pues para ello bastará con el nombramiento de un administrador, en persona distinta de quien venía ejerciendo de «administrador de hecho», por la Junta General ¹⁶⁹.

Para poder ser considerado procedente habrá de basarse en un incumplimiento grave y culpable, efectuándose «en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores», reza el artículo 11.2 del Real Decreto 1.382/1985 citado. Nada se dice de las justas causas por lo que bien pudiera considerarse que constituye una posibilidad abierta, no sujeta a los supuestos aplicables a las relaciones ordinarias de trabajo ex artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, (que por muy amplios que sean, como el señalado con la letra d) del núm. 2 del precitado artículo 54: «La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo», siempre suponen un cierto encorsetamiento limitante).

Si el despido fuera calificado de improcedente ha de distinguirse entre las indemnizaciones pactadas y las establecidas, en su defecto, en la ley. Estas últimas son de 20 días de salario en metálico por año de servicio, con el límite de doce mensualidades. Ocurre lo mismo que señalábamos con respecto al desistimiento, esto es, que si la indemnización pactada es cero o inferior a los 20 días indicados, prevalece sobre la legal, que única y exclusivamente opera en «defecto» de pacto. Esta circunstancia es además determinante de que la indemnización pactada («blindaje») se pueda considerar una cláusula penal, con su función reparadora típica ¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Como indican las SSTs de 2 de junio de 1985, 21 de abril y 9 de junio de 1986, 5 de mayo de 1988, 4 de diciembre de 1989, 23 de febrero y 3 de octubre de 1990, 16 de noviembre de 1998, «para que pueda apreciarse la figura del despido tácito -en contraposición al expreso, documentado o no- es necesario que la decisión extintiva empresarial se derive de hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca de la empresa de poner fin a la relación jurídica-laboral (...). O dicho más sintéticamente, que para que exista despido tácito es necesario que concurren «hechos o conducta concluyente» reveladores de una intención de la empresa de resolver el contrato (...). Si bien la jurisprudencia examina con recelo la figura del despido tácito, (...) su realidad y operatividad no debe excluirse, conforme también constante jurisprudencia, cuando existan hechos que revelen inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual».

Las dificultades existentes para poder apreciar la existencia de un despido tácito son evidentes. Como señala la STSJ de Valencia de 8 de octubre de 1999: «es evidente que tal manera de apreciar un despido ofrece diversas dificultades tanto para determinar su existencia, como para fijar las circunstancias concurrentes en orden a determinar el momento en que se produce y a través de qué hechos es posible deducirlo».

¹⁶⁹ Indican las SSTSJ de Madrid de 8 de enero de 1998 y de Canarias de 24 de febrero de 1999, «la omisión del pago de salarios y la falta de ocupación efectiva se valoran como despido tácito», en contra la STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 1999.

¹⁷⁰ ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (*Extinción del contrato de alta dirección...*), pág. 5.062.

Cuestión singular es la que se refiere a los denominados salarios de tramitación, sobre cuya naturaleza, salarial o indemnizatoria, existe una importante confusión. En una posición diferente del inicial dualismo empobrecedor, se sitúa la última jurisprudencia, según la cual «están concebidos como cantidad de dinero a percibir como reparación de la falta de ingresos del trabajador, durante la tramitación del proceso que concluye con la declaración de improcedencia o de nulidad de su despido» (STS de 22 de marzo de 1999, sobre la discusión tradicional sobre su naturaleza *vid.* STS de 14 de julio de 1998).

A la vista de lo señalado en el párrafo anterior parece falta de fundamento la doctrina que niega el derecho a los salarios de tramitación por cuanto tienen naturaleza retributiva (las retribuciones, en términos de la jurisprudencia comunitaria, citada, como ya se indicó, no se agotan en los salarios, sino que con más amplitud incluye cualesquiera ventajas o gratificaciones, dinerarias o en especie, a la que tiene derecho el trabajador, y está obligado el empresario, vinculada inmediata o mediatamente al trabajo por cuenta ajena). En todo caso las argumentaciones que excluyen del derecho a los salarios de tramitación al personal de alta dirección, no parece que sean aplicables a los administradores de hecho, que al tener derecho a retribución, por su trabajo por cuenta ajena, tienen derecho a aquellos ¹⁷¹.

VII. EL «ADMINISTRADOR-DIRECTOR GENERAL»

Punto de encrucijada en el estudio de la Alta Dirección empresarial. Administradores gerentes o ejecutivos de la sociedad, que al mismo tiempo son Directores generales de la empresa de la que es titular la sociedad. El «Administrador-Director General o Personal de Alta Dirección» constituye una figura con sustantividad propia, cuyo régimen jurídico, por un exceso de conceptualismo,

¹⁷¹ Debe repararse en que las argumentaciones que se utilizan para denegar el derecho a los salarios de tramitación, se concretan por la STS de 4 de enero de 1999, en las siguientes:

- «1. La regulación específicamente laboral de la relación de trabajo de los empleados de alta dirección se limita a lo establecido en el Decreto 1.382/1985, rigiéndose en lo restante por la autonomía de la voluntad y por la legislación civil y mercantil.
2. La regulación del desistimiento y del despido disciplinario en el art. 11 del Decreto 1.382/1985 no contiene previsión alguna de indemnización de salarios de tramitación, ni remisión expresa al artículo 56 ET, por lo que dicha norma estatutaria es inaplicable.
3. La relación de trabajo de alta dirección es una relación singular, dotada por ello de un régimen especial de extinción cuyos rasgos principales son la aceptación del desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento del régimen común de condena a readmisión; caracteres todos ellos que apuntan en una misma dirección de excluir para este personal la indemnización de salarios de tramitación».

de dogmatismo ¹⁷², no se ha planteado como tal sino que simplemente se ha reconducido a la existencia del vínculo laboral especial de personal de alta dirección o a la ocupación de la posición orgánica de los administradores sociales gestores o ejecutivos.

La jurisprudencia en una difícil labor, y con discutible fortuna, ha ido elaborando los criterios aplicables a dicha situación, partiendo de que «la existencia de una relación laboral no se desvirtúa por el hecho de que el trabajador sea a su vez socio de la empresa, sino por la existencia o no de los requisitos configuradores de aquella relación» (STS de 15 de noviembre de 1990). Incluso en un tipo especial de sociedad anónima, la laboral, se requiere que la mayoría de los socios sean trabajadores asalariados. Además es posible, en cualquier tipo de sociedad capitalista, que la prestación de trabajo para la sociedad (empresa) pueda venir impuesta a los socios en los estatutos (prestaciones accesorias) según recuerda la STS de 19 de marzo de 1991, con la particularidad, para alguno de ellos, de tener que prestar el trabajo como Director General.

Incluso la STS de 7 de noviembre de 1990 añade que puede concurrir en la misma persona la condición de consejero de una sociedad anónima y la de empleado de la misma, vinculado con aquella mediante una relación laboral, ya sea normal o especial de alta dirección, añadiéndose por la STS de 25 de octubre de 1990 que juega a favor de aquella consideración como trabajador asalariado «la presunción a favor de la existencia del contrato de trabajo establecida en el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores».

La situación va a verse alterada cuando deban introducirse criterios diferenciadores y delimitadores del desempeño del cargo de Consejero (así en las SSTS de 14 de diciembre de 1990 y 7 de noviembre de 1990), o se plantee la distinción en ámbitos extraños al estricto contrato de trabajo, tal como sucede respecto del sistema de la Seguridad Social (SSTS de 5 de diciembre de 1990, de 7 de febrero de 1990, de 25 de octubre de 1990 y de 19 de diciembre de 1990) o al derecho a la prestación por desempleo, según indica reiterada jurisprudencia ¹⁷³.

¹⁷² Debiera de tomarse como referencia el pragmatismo anglosajón, cuya doctrina no duda, cuando es preciso, en considerar a los administradores trabajadores no manuales, así PHILIP L.R. MITCHELL, *Directors' and Insider dealing*, Londres 1982, pág. 21, o con más precisión DENIS KEENAN y JOSEPHINE BISACRE, *Smith & Keenan's Company Law for Students*, Londres 1993, págs. 288-289; Sobre una relación de supuestos posibles de confusión de ambas posiciones vid. PUIGBO OROMI, J., *La situación laboral de administradores, socios y directivos*, Barcelona 1998, págs. 22 a 26.

¹⁷³ Según la interpretación dada por la Resolución de 17 de mayo de 1990 de la DGOJE de la Seguridad Social (habida cuenta de la normativa aplicable, artículo 61 LGSS, texto refundido aprobado por Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo): «El personal de alta dirección, en cuanto trabajador por cuenta ajena estará incluido en el Régimen General de la Seguridad Social o en el Especial que corresponda según la actividad de la empresa, mientras que los miembros de los órganos de administración en tanto desarrollen en sus empresas funciones ejecutivas de gerencia y dirección a título lucrativo de forma personal, habitual y directa, sin estar sujetos a contrato de trabajo deben quedar incluidos en el RETA (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos), en cuanto se dan los supuestos de hecho que el núm. 1 del artículo 2 del Decreto 2.530/1970, de 2 de agosto, regulador de dicho Régimen exige para su inclusión».

La jurisprudencia efectúa una explicación general, reactualizando una vieja doctrina legal propia, que lleva a cabo con un incremento secuencial, que se inicia con al STS de 21 de enero de 1991, resolución de referencia para toda la jurisprudencia posterior, y de la que es ejemplo la STS de 29 de abril de 1991. A su tenor:

«La relación jurídica de contrato de trabajo, por su propia definición, conforme al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, se halla precisada de la concurrencia de dos elementos subjetivos contrapuestos, a uno de los que le compete asumir el ámbito de organización y dirección empresarial dentro del que se habrán de prestar los servicios retribuidos por la contraparte del contrato, esta delimitación subjetiva de la relación laboral, perfectamente advertible en los casos de empresarios individuales, puede sin embargo prestar alguna dificultad cuando se trata de empresarios sociales, en mérito a la distinta personalidad jurídica que ostenta la sociedad constituida en relación a los miembros que la componen».

Continúa la sentencia indicando que «desde esta perspectiva no es imposible, ciertamente, que la cualidad de socio coincida con la de trabajador por cuenta ajena de la sociedad a la que pertenece como partícipe. **Sin embargo esa posible coexistencia de situaciones jurídicas en el seno de la misma empresa y en relación con una misma persona no puede sostenerse siempre y en todo caso, por cuanto, para ello se precisa un claro y efectivo deslinde entre ambas, no sólo acreditado por el formal mantenimiento del vínculo laboral, del tipo que sea, sino también, por la real y efectiva inconfusión de funciones empresariales y laborales. Cuando de alguna manera se produce el fenómeno de confusión entre las facultades empresariales y el ejercicio de pretendidas funciones laborales no es dable compatibilizar esos dos tipos de vinculación jurídica, haciéndolos objeto de un tratamiento jurídico separado,** porque se corre el riesgo de derivar a un ámbito inapropiado (...) la dilucidación de consecuencias contractuales de carácter esencialmente diferente.

Para finalizar, la misma resolución judicial, con la afirmación de que «**toda empresa social conlleva, en sí misma, un entramado de vinculaciones internas entre los miembros que la componen y de las relaciones externas con otras entidades sociales, empresas individuales o clientes, todo lo que es ajeno al campo laboral y se reduce al área jurídica del derecho civil o mercantil. En otro aspecto, nada impide que las facultades organizativas y de dirección de la empresa social, aunque susceptibles de delegación a través de una relación laboral puedan, sin embargo, ser retenidas por los órganos rectores de aquella, para un ejercicio conjunto o indismembrado de todo el poder empresarial propio**».

La STS de 1 de diciembre de 1999 entiende, apartándose del criterio generalmente seguido, que **la condición de socios (cada uno con un 33,33% del capital social), y miembros del Consejo de administración, con amplios apoderamientos a favor de cada uno de ellos, es compatible**

con la existencia de una relación laboral entre uno de ellos y la sociedad, porque «en ningún momento fueron administradores solidarios de la compañía, sino que era el Consejo de Administración el órgano gestor de la misma».

No obstante, reiterada jurisprudencia niega rotundamente la posible coincidencia de aquellas dos cualidades simultáneamente en la misma persona, bien porque se considere que no se da la nota de la dependencia (STS de 29 de abril de 1991) o bien porque, entienda que existe una contradicción fáctica y lógica si se diesen aquellas cualidades conjuntamente. En este último sentido indica la STS de 18 de marzo de 1991: «El desempeño de la función gerencial, aneja al propio ejercicio de esta titularidad empresarial no tiene virtualidad suficiente para desdibujar, segregándolo, el carácter de esta última, dando lugar a un desdoblamiento de *status* jurídicos, en el que sea dable distinguir, de una parte la situación de empleador, y, de otra parte, la situación de trabajador por cuenta ajena. En este sentido ha de señalarse que, cuando con simultaneidad se ejercen el poder y la gestión empresarial no cabe disgregar ese complejo ámbito funcional para hacerlo objeto de un separado tratamiento jurídico, puesto que, en tales casos, se produce una retención en la titularidad de la empresa de funciones directivas o gerenciales que, siendo susceptibles de transferencia a medio de constitución de una relación jurídica de índole laboral, sin embargo, se conservan en aquella como propias que son, en definitiva, aunque delegables, del poder empresarial».

El criterio definitivamente asumido es el que manifiesta en las SSTs de 21 de enero de 1991 y 18 de junio de 1991, según las cuales:

«Cuando se ejercen funciones de esta clase (refiriéndose a la gestión y dirección) la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación de integración orgánica por integración del agente en el órgano de administración cuyas facultades son las que se actúan directamente o por delegación interna, dicha relación no será laboral» (STS de 21 de enero de 1991). **«Lo cual implica, como regla general, que sólo en los casos de realización de trabajos en régimen de dependencia no calificables como alta dirección sino como relación de trabajo común cabe admitir el desarrollo simultáneo de los cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral»** (STS de 18 de junio de 1991).

Centrar el tema en que «es cierto que en los consejeros delegados y en los consejeros miembros de la Comisión ejecutiva hay un «plus» de actividad respecto del resto de los integrantes del órgano de administración, lo que implica una mayor dedicación a la empresa» (STS de 21 de enero de 1991), para después matizar que «ello no altera el dato fundamental consistente en que se desa-

rolla una competencia propia de ese órgano por uno de sus miembros y a través de una delegación interna de funciones que coloca al consejero delegado y al miembro de la comisión ejecutiva en una posición similar», no aporta solución alguna. Por el contrario, considerar que el consejero delegado que dedica todo su tiempo a la administración de la sociedad deba de considerarse un empleado de aquélla ¹⁷⁴ es simplemente colocarse en el polo opuesto.

Afirmar que la «ratio legis» del artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores reside precisamente en admitir la concurrencia de relaciones en este supuesto ¹⁷⁵, no es generalmente admitido. No obstante lo cierto es que el contrato de trabajo del personal de alta dirección es válido y eficaz, sin que exista ninguna razón para afirmar lo contrario y hacer prevalecer la relación societaria sobre la laboral, anulando esta última.

Más bien parece que la solución, conciliadora de ambos ordenes normativos, debiera ser la contraria a la adoptada por la jurisprudencia, esto es, considerar que concluido el contrato de personal de alta dirección con un administrador gerente o ejecutivo, éste continúa obligado y mantiene, en esa condición las funciones gerenciales que no se le hubieran atribuido como personal de alta dirección (en cuanto son susceptibles, sin determinar la pérdida de dicha condición, de ciertas limitaciones o restricciones), y siempre sus facultades representativas orgánicas, y que en el supuesto de un Director general o Gerente (personal de alta dirección) al que se le nombra administrador «ejecutivo», estimar que bien su actividad gerencial como tal administrador queda referida a las funciones «gerenciales» que no tenga atribuidas como personal de alta dirección (en cuanto afectado por limitaciones territoriales o funcionales admisibles que no hagan perder esta condición) o bien ha de considerarse la adjetivación del nombramiento como administrador referida a la representatividad orgánica, y no a una actividad gerencial que ya tiene atribuida por un título anterior, eficaz y válido.

Indica el Profesor ALONSO OLEA ¹⁷⁶, en posición acorde con la jurisprudencia que, **«el consejero sigue siendo consejero y sólo consejero, aunque realice funciones allende la calidad de tal. Las decisiones en este sentido son más numerosas y constantes, más recientes y, por si fuera poco, las últimas dictadas en casación para unificación de doctrina; su sustancia, (...), es la negación de que se pueda ser a la vez administrador o consejero y alto directivo; se puede ser sólo una de ambas cosas y, si concurren en una persona, sólo la primera. La calidad de**

¹⁷⁴ Como lo hacen LEIGH, L.H., JOFFRE, V.H. y GOLDBERG, D. *opus cit.* (Introducción to Company Law), págs. 158-159.

¹⁷⁵ SALA FRANCO, T., *opus cit.* (La Relación laboral de los Altos Cargos...), pág. 32. Indica MONTROYA MELGAR, A., *opus cit.* (Derecho del Trabajo), pág. 285, que «el consejero que acumula funciones laborales (comunes o especiales) a las consultivas reúne doble condición laboral y mercantil, aunque la predominante puede absorber a la accesoria».

¹⁷⁶ ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (Extinción del contrato de Alta Dirección...), pág. 5.050.

administrador o consejero embebe de la de directivo alto»(...) «la solución de esta (...) línea jurisprudencial es mucho más razonable que la que vino a parar en el engendro administrado-directivo-directivo alto. Se corrigieron así las consecuencias de una defectuosa redacción del ET, artículo 1.3.c). Porque el «cometido inherente» a las actividades del administrador o consejero en numerosos casos, va mucho más allá de -se entienda como se entienda- la pura y simple actividad de tal».

La solución de *lege ferenda* pasa por una regulación específica de la Alta Dirección Empresarial, y de *lege data* ha de concluirse que existe una relación de trabajo por cuenta ajena específica y cuyo contenido vendrá dado por una pluralidad de normas, básicamente en el aspecto interno por el Real Decreto 1382/1985 (deslaborización posible, pues el Derecho común del Trabajo, no se aplica, en defecto de su regulación específica, a estas relaciones, sino las normas civiles o mercantiles y sus principios generales ¹⁷⁷, por lo que la calificación de la naturaleza jurídica de la relación ha de buscarse fuera de esta norma) y en el aspecto externo por lo previsto para los administradores sociales, por analogía ¹⁷⁸.

¹⁷⁷ MONTROYA MELGAR, A., *opus cit.* (*Derecho del Trabajo*) pág. 502, califica este régimen jurídico de «semi-laboral en un doble sentido:

- a) el intervencionismo estatal retrocede ante la autonomía de la voluntad, y, sobre todo;
- b) a falta de regulación reglamentaria o contractual, la legislación supletoria no es la laboral sino la civil y mercantil».

¹⁷⁸ Sobre la aplicación analógica de las normas VALLET DE GOYTISOLO, J. BMS., *La interpretación según el título preliminar del Código Civil*, Madrid 1996, págs. 93 a 102.