

Asimismo, el Tratado dispone que la inscripción de la licencia no podrá ser exigida como condición para que el uso de la marca por el licenciataria sea tomado en consideración a los efectos de las obligaciones de explotación impuestas a los titulares (tampoco en el caso de que el licenciataria haya incumplido la obligación de indicar que explota la marca bajo licencia).

Finalmente, el Tratado de Singapur ha establecido que la inscripción de la licencia no puede constituir un requisito para el ejercicio de acciones de infracción por parte del licenciante o para la obtención de una adecuada compensación por daños y perjuicios. Sin embargo, esta última previsión no surtirá efectos en España, ya que haciendo uso de la reserva negociada prevista en el artículo 29.2 del Tratado, España ha excluido la aplicación del precepto que establece dicha obligación.

ARACELI MÜLLER LAMOTHE
Y BRAIS PATIÑO LÓPEZ (*)

ALTOS DIRECTIVOS Y ADMINISTRADORES: ESTADO DE LA CUESTIÓN

Los administradores de sociedades mercantiles están excluidos del ámbito laboral —*ex art. 1.3.c del Estatuto de los Trabajadores (ET)*—. La única excepción a esta norma la encontramos en aquellos supuestos en los que, además de ejercerse un cargo de administrador, el sujeto en cuestión desarrolla efectivamente otras funciones en la misma empresa que merecen la calificación de laborales ordinarias —cuya regulación sí está sujeta al ET—, y que son distintas del desempeño del cargo de administrador.

Sin embargo, cuando las funciones adicionales a las de administrador *ejecutivo* son las propias de alta dirección y gerencia de la sociedad —en lugar de las de una relación laboral ordinaria—, la jurisprudencia mayoritaria entiende que la relación laboral como alto directivo queda absorbida por la relación mercantil como administrador. Es por ello por lo que la simultaneidad del cargo de administrador ejecutivo y director general ha desatado en los últi-

mos años una importante polémica —con ríos de tinta en todos los foros—, aunque, sobre todo, ha generado *inseguridad*.

Desde la sentencia *Huarte* (STS, Sala 4ª de 29 de septiembre de 1988) y, en particular, desde las sentencias posteriores que matizan y confirman esta primera decisión (SSTS Sala 4ª, de 3 de junio de 1991 y 27 de enero de 1992), se introdujo en nuestro lenguaje jurídico la llamada *teoría del vínculo*. Según esta doctrina, el vínculo mercantil —que une a los consejeros ejecutivos que desarrollan a la vez funciones de alta dirección— absorbe al vínculo laboral que el alto directivo pudiera haber formalizado con la misma empresa. Por ello, la exclusión del ámbito laboral no viene determinada por la naturaleza de las funciones que desempeña el sujeto, sino por la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza. Al simultanearse un doble vínculo, mercantil y laboral, el vínculo mercantil *orgánico* debe absorber al laboral. El efecto directo de esta teoría ha sido que, con carácter general, el orden social de la jurisdicción se ha manifestado incompetente para entender de las controversias planteadas por los administradores ejecutivos, pese a que formalmente hubieran sido contratados como altos directivos.

Al verse excluidos del orden social, los administradores ejecutivos con contrato laboral de alta dirección, o con contrato de arrendamiento de servicios, han acudido al orden civil para reclamar el pago de las cantidades comprometidas en caso de cese involuntario en sus cargos. Ahí se han topado con un nuevo obstáculo. En efecto, la Sala 1.ª del TS, desde la conocida sentencia *Huarte* de 30 de diciembre de 1992 (sentencia que juzgó el mismo caso que previamente había sido analizado por el orden social que se declaró incompetente) ha venido entendiendo que los contratos por los que una sociedad se obliga a indemnizar a sus consejeros por acordar su remoción son ilícitos, ya que suponen la elusión del mandato del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) que obliga a fijar en estatutos sociales la retribución de los administradores. Desde entonces, la doctrina mercantilista mayoritaria (aunque con la firme oposición de algunas figuras destacadas) ha continuado manteniendo esta teoría, con el fin de preservar el mandato imperativo contenido en el artículo 130 LSA. Entre los pronunciamientos más actuales en este sentido encontramos las SSTS, Sala 1.ª, de 21 de abril de 2005 y 24 de abril de 2007.

(*) Abogados del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

En síntesis, podemos decir que la regla general ha sido la aplicación por los tribunales de la teoría del vínculo, excluyendo de la jurisdicción social a los altos directivos que mantenían a la vez una vinculación con la sociedad como consejeros delegados, mientras, por su parte, la jurisdicción civil entendía que las remuneraciones o indemnizaciones acordadas con los administradores ejecutivos de sociedades mercantiles sólo tendrían validez si se encontraban previstas en los estatutos sociales. Por todo ello, cuando los pactos indemnizatorios por cese están formalizados en contratos privados, ya sean de alta dirección o de arrendamiento de servicios, los tribunales del orden civil han venido considerándolos, con carácter general, ineficaces.

No obstante lo anterior, y para obtener una foto fija del estado de la cuestión, no pueden dejar de referenciarse las excepciones y matizaciones judiciales más recientes a esta doctrina general. Las sintetizamos a continuación.

Matizaciones recientes a la teoría del vínculo en el orden social

Una de las primeras excepciones que se planteó a la exclusión de la laboralidad de los administradores-altos directivos fue la previsión en estatutos sociales de la compatibilidad de las relaciones mercantil y laboral del administrador (SSTS, Sala 4.^a, de 13 de mayo de 1991 y 27 de enero de 1992). Pese a ser un argumento avalado de forma desigual, ciertamente se ha detectado su aplicación por algunos tribunales superiores de justicia en los últimos años. Así, por ejemplo, la STSJ de Asturias de 23 de diciembre de 2004, la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 29 de abril de 2003, la STSJ País Vasco de 18 de julio de 2006 y la STSJ Madrid de 6 de junio de 2006. Esta última reza: «(...) el artículo 27 de los estatutos de la sociedad (...) prevé la posibilidad de que el cese en la condición de consejero delegado no afecte a la relación laboral (...). Los actos de la empresa son concluyentes en reconocer la existencia de dos relaciones independientes, sin que la denominación de la categoría como consejero delegado-director general afecte a la misma pues hay que estar a la realidad de las funciones desempeñadas, y a la intención de las partes al configurar dos relaciones distintas pues de otro modo, posiblemente, el actor no hubiese cesado en su anterior relación laboral». Aparte de estas excepciones relativas a la previsión estatutaria de la existencia del doble vínculo, exis-

ten otros pronunciamientos recientes de ciertos interés que, atendiendo a las circunstancias del supuesto, han entendido compatible la relación mercantil y laboral de alta dirección. En efecto, la STSJ Madrid de 30 de enero de 2007 entendió que la jurisdicción social era competente para enjuiciar la reclamación indemnizatoria pactada en contrato de un consejero delegado-director general, con un 7% del capital social. En el supuesto se evidenció que en realidad la relación debía ser considerada común u ordinaria y no de alta dirección, pues las funciones directivas que desarrollaba el actor las efectuaba de manera subordinada, sin autonomía, ya que había de someterse a instrucciones generales y concretas impartidas directamente por el presidente del consejo de administración de la sociedad.

Adicionalmente, la STSJ Cataluña de 7 de julio de 2005 admitió también la compatibilidad de relaciones, pues consideró que *«el actor solo desempeñó realmente aquellas funciones para las que fue contratado y no llegó a ejercer con plenitud de facultades de presidente del consejo de administración, por lo que al haber existido una única relación laboral, la jurisdicción social es competente para conocer de la misma (...)»*.

Como otro ejemplo de admisión de doble vínculo encontramos la STSJ Madrid de 17 de junio de 2005 que dice *«(...) no hay indicios de que el cargo de administrador solidario haya eclipsado la realidad del trabajo dependiente desempeñado por el actor, que se plasmó en el contrato de trabajo. De los hechos probados tampoco se pone de manifiesto que la actividad del actor se proyectara de forma autónoma de manera que sus facultades alcanzaran al control individual de la sociedad; no hay hechos constatados de que interviniera decisivamente en la marcha de la sociedad, de modo que el vínculo laboral fuera absorbido por el mercantil (...)»*.

En todos estos casos se entiende que el administrador-directivo no ha desarrollado efectivamente las funciones propias de un administrador ejecutivo, llegando incluso a negarse la existencia de relación de alta dirección. Por ello, no puede afirmarse que sean verdaderas excepciones a la teoría del vínculo, pues, conforme a ella, el vínculo mercantil sólo absorbería al vínculo laboral de alta dirección, pero no al vínculo relativo a una relación laboral ordinaria —dado el contenido efectivo de las funciones—. La dificultad solventada por estas sentencias ha sido la de evidenciar la existencia de esa relación laboral ordinaria pese a la aparente rela-

ción de alta dirección que sólo existía formalmente en contrato.

Finalmente, uno de los supuestos más recientes analizados por el orden social es el de la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de mayo de 2009. Aún tratándose de un supuesto complejo desde el punto de vista de la organización empresarial, es claro que el actor ejercía funciones de alta dirección y era consejero de la sociedad (aunque formalmente existía también la figura del consejero delegado que le había delegado a su vez facultades). En este contexto, la sociedad extinguió la relación del consejero-gerente al amparo de la regulación de la alta dirección. El trabajador reclama y la empresa invoca la aplicación del artículo 1.3 c) ET y la teoría del vínculo, negando así la posibilidad de simultanear las funciones de consejero y gerente, y por ende, negándole el pago de la indemnización pactada. La sentencia rechaza los argumentos de la empresa por las circunstancias del caso, concluyendo que el vínculo laboral debe prevalecer sobre el mercantil, ya que se trata de un gestor por encargo, que debía seguir las instrucciones del consejero delegado, además de que la misma empresa había reconocido la existencia de la relación laboral al extinguirla.

Matizaciones recientes a la teoría del vínculo en el orden civil

Los tribunales del orden civil también han matizado en varias ocasiones la omnipresente teoría del vínculo. Una de las sentencias más sonadas fue la STS, Sala 1.^a, de 9 de mayo de 2001, el llamado caso *Mattel*, donde se dio un repentino giro a la interpretación del doble vínculo. Se analizaba aquí el caso de un ejecutivo contratado por un grupo multinacional para dirigir su filial española, nombrándosele consejero delegado y previéndose una indemnización para el supuesto de cese no voluntario. En este caso, no se había formalizado un contrato laboral de alta dirección, sino un contrato civil de arrendamiento de servicios. La sentencia admitió la validez del pacto civil privado, distinto del contrato laboral, entendiéndose además que las funciones que se atribuyeron al consejero delegado rebasaban las propias de los administradores «al ser de alta dirección y gestión» (argumento difícil de compartir).

El precedente del caso *Mattel* no se mantendría por mucho tiempo virando la Sala 1.^a hacia su interpretación inicial —la sentencia *Huarte*—, considerando de nuevo que no puede vaciarse de

contenido el mandato del artículo 130 LSA regulando las funciones propias de los administradores en contratos laborales o contratos de arrendamiento de servicios. Así puede observarse en las SSTS, Sala 1.^a, de 24 de octubre de 2006, 12 de enero de 2007 y 27 de abril de 2007.

Una de las últimas sentencias de interés de la Sala 1.^a del TS es la de 31 de octubre de 2007. En este caso, la empresa en cuestión era una filial 100% de una multinacional. Se habían pactado con el consejero delegado unas cantidades en caso de extinción de su contrato como gerente que no estaban previstas en los estatutos sociales. La STS atiende aquí a la finalidad de la norma —art.130 LSA— cual es que los accionistas no se van sorprendidos por la obligación de abonar retribuciones o indemnizaciones a los administradores sin su conocimiento. Tratándose de una sociedad con accionista único, el único afectado por la cláusula indemnizatoria es el mismo accionista que mantuvo al demandante en el cargo societario y además lo contrató como gerente. En este contexto, la STS afirma que el artículo 130 LSA no prohíbe la remuneración de los consejeros, sino que exige que conste en los estatutos sociales. En este caso, el fin último se cumple (el conocimiento de los accionistas) aunque no se haya cumplido la formalidad de la previsión estatutaria. Se añade, además, que la sociedad, amparándose en la prohibición establecida en el artículo 130 LSA actuó con mala fe y en contra de sus propios actos, al negarse a cumplir una cláusula del contrato después de haber cumplido todas las demás durante años.

En esta misma línea de matización a la teoría del vínculo más formalista es ejemplificativa también la STS, Sala 1.^a, de 29 de mayo de 2008, en la que se desestima la reclamación interpuesta por un accionista frente al administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada, en la que le reclamaba la devolución de las retribuciones percibidas en los años en que tuvo formalizado un contrato laboral de alta dirección. Resulta particularmente destacable que el administrador fue condenado a la devolución tanto en primera como en segunda instancia. En cambio, el TS entiende finalmente que es *difícil imaginar* que en una sociedad con dos únicos accionistas «*el desconocimiento por el primero de los detalles importantes de la gestión social dirigida por el segundo, entre ellos, el relativo a la política de retribuciones*». Igualmente, la STS destaca que el demandante toleró durante varios ejercicios que el administrador único percibiera un sueldo como gerente,

por lo que es contrario al principio de buena fe reclamar ahora por lo tolerado y conocido suficientemente.

Otras cuestiones colaterales de actualidad: la no deducibilidad en IS de las retribuciones

Finalmente, y aunque no referidas propiamente a la problemática del doble vínculo, pero sí a la remuneración de los administradores y altos directivos, deben mencionarse las dos sentencias de la Sala 3.^a del TS de 12 de noviembre de 2008 que sientan la que, de forma gráfica, ha sido acertadamente bautizada como la *doctrina del milímetro*. Según esta doctrina, para la deducibilidad en el Impuesto de Sociedades (IS) de las remuneraciones de los administradores, no sólo debe establecerse en los estatutos sociales el carácter retribuido de la condición de administrador ni la forma en que ésta se realizará, sino también los criterios que permitan determinar su cuantía con certeza. Para ello se entiende que, cuando se trata de una retribución variable, esto sólo ocurre cuando se establece en estatutos el porcentaje concreto que les corresponde, y en el caso de retribución fija, cuando se hace constar su cuantía concreta.

La lejanía de esta doctrina con la práctica cotidiana de nuestras empresas motivó que la Dirección General de Tributos, en Informe de 12 de marzo de 2009 (E0150-2009), abriera una puerta a la Administración para separarse de los restrictivos criterios del TS para admitir la deducibilidad fiscal del gasto bajo la nueva Ley del IS. Con todo, este informe toma como punto de partida (y requiere en todo caso) que las retribuciones consten en estatutos, y ello sigue dejando abierta la polémica sobre la retribución a los consejeros ejecutivos cuando su retribución no disfruta de cobertura estatutaria.

ANA HIGUERA GARRIDO (*)

(*) Abogada del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).

PORTUGAL

OS EFEITOS DA CITAÇÃO NO PROCEDIMENTO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS: BREVE ANÁLISE CRÍTICA DO REGIME DO ARTIGO 397.º, N.º3 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Enquadramento

No âmbito do contencioso societário, coloca-se muitas vezes a questão de saber se, após ter recebido a citação para os termos de um procedimento cautelar de suspensão de deliberação social, a sociedade requerida pode ainda dar cumprimento à deliberação em causa ou se, pelo contrário, deverá assumir que essa mesma deliberação se encontra paralisada por força da citação.

A questão é pertinente em face da redacção do artigo 397.º, n.º 3 do Código de Processo Civil, que estabelece que «a partir da citação, e enquanto não for julgado em 1.ª instância o pedido de suspensão, não é lícito à associação ou sociedade executar a deliberação impugnada».

Mesmo numa leitura desatenta, resulta, desde logo, da referida norma que o Legislador pretendeu fixar um regime particular para a citação no âmbito da suspensão de deliberações sociais, fixando-lhe um efeito próprio distinto daquele comumente associado a este acto (cfr. artigo 481.º do Código de Processo Civil).

Porém, a determinação desse regime tem sido objecto de larga divergência doutrinal e jurisprudencial, confrontando-se duas teses opostas, cujos corolários e características principais se indicam em seguida.

Cronologicamente, surgiu primeiro a tese que equipara aos efeitos da citação os efeitos da decisão definitiva de procedência do procedimento cautelar que decreta a suspensão da deliberação (cfr., entre outros, Rodrigues Bastos, «Notas ao Código de Processo Civil», II, pág. 253, Pinto Furtado «Código Comercial Anotado», Vol. II – Das sociedades em especial – Tomo II, Almedina, 1979, págs. 611-619, Carlos Olavo, «Impugnação das Deliberações Sociais», CJ, 1988, III, pág. 30 e Oliveira Ascensão, «Direito Comercial – Sociedades Comerciais», IV, 1993, págs. 303 a 306).

Assim, segundo esta corrente, com a citação a sociedade fica impedida de executar a deliberação como se tivesse sido julgado procedente o pedido