

¿CONTINÚA VIGENTE LA «DOCTRINA DEL VÍNCULO» TRAS LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL?

MARIO BARROS GARCÍA
Abogado*

¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, ha venido a dotar de mayor seguridad jurídica a los aspectos económicos de la relación de los administradores sociales, al poner en vigor una precisa regulación en materia de retribución de administradores. A la luz de esa nueva regulación, se plantea si la llamada doctrina del vínculo continúa vigente o si, por el contrario, ha de entenderse superada o incluso derogada.

PALABRAS CLAVE

Administradores sociales; Altos directivos; Teoría del vínculo; Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo

Is the «link theory» still in force after the amendment of the Companies Law?

Law 31/2014 of 3 December 2014, amending the Companies Law to enhance corporate governance has provided greater legal certainty to the economic terms and conditions of the legal relationship of companies' directors by establishing precise rules concerning directors' remuneration. In light of this new regulation, it may be questioned whether the «link theory» remains in full force and effect or whether it has been superseded or abrogated.

KEY WORDS

Directors; Senior executive employees; Link theory; Law 31/2014 of 3 December 2014, amending the Companies Law to enhance corporate governance.

Fecha de recepción: 15-9-2015

Fecha de aceptación: 30-10-2015

1 · INTRODUCCIÓN

Con una declarada voluntad de dotar de mayor transparencia a los órganos de gobierno, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo («Ley 31/2014»), ha introducido importantes novedades en la regulación de la relación que vincula a los consejeros ejecutivos y la sociedad, cuyo tratamiento jurídico o, mejor dicho, jurisprudencial ha sido un tanto tempestuoso a lo largo de las últimas décadas. En particular, la nueva redacción que la Ley 31/2014 da al artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital («LSC») exige «necesariamente» que se formalice un contrato entre la sociedad y su consejero delegado o los consejeros a los que se atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título.

Esta contractualización por mandato legal de la relación entre los consejeros ejecutivos y la sociedad es la que lleva a cuestionar si los postulados de la denominada «doctrina del vínculo» siguen estando vigentes o han quedado arrumbados por la nueva legislación.

Para tratar de obtener una respuesta a este interrogante, a continuación se hará una breve síntesis del fundamento y alcance de la doctrina del vínculo, se expondrán de forma más detallada las modificaciones apuntadas de la LSC y se reflexionará en torno a algunos efectos de estas modificaciones.

2 · LA DOCTRINA DEL VÍNCULO

En nuestra realidad empresarial, es muy frecuente que los administradores sociales que tienen confiadas las tareas de dirección y gestión de la empresa de la que la sociedad es titular acumulen a su cargo de administrador con facultades ejecutivas —típicamente, consejero delegado, aunque no es infrecuente también que se trate de administradores únicos, solidarios o, incluso, mancomunados— un contrato de trabajo, generalmente de alta dirección.

El Estatuto de los Trabajadores («ET»), en su artículo 3.1, excluye de su ámbito de aplicación determinadas actividades que, sin entrar ahora en más precisiones sobre si dicha exclusión es de carácter declarativo o constitutivo, se considera que tienen una naturaleza no laboral. Entre las excluidas, el párrafo c) del artículo 1.3 del ET se refiere a la «actividad que se limite, pura y simplemente, al mero

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

desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».

Por su parte, el apartado 2 del artículo 1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección («RD 1382/1985»), define a este tipo de empleados como *«aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».* En el apartado 3 del mismo artículo *«se excluye del ámbito de este Real Decreto la actividad delimitada en el artículo 1.3.c), del Estatuto de los Trabajadores».*

A partir de estos antecedentes, se formula la pregunta sobre la que pivota la doctrina del vínculo y que no es otra que si la relación del administrador con funciones ejecutivas es compatible con una relación laboral especial de alta dirección.

No es el propósito de este breve trabajo realizar una revisión exhaustiva de los pronunciamientos judiciales sobre esta materia, sino simplemente poner en contexto la nueva regulación de la relación de los consejeros introducida por la Ley 31/2014, así como enmarcar en sus antecedentes la tesis y las conclusiones prácticas que se formularán más adelante.

Si bien, en un momento inicial, los Tribunales se mostraron proclives a aceptar la compatibilidad de la relación laboral con la condición de administrador ejecutivo¹, la entrada en vigor del RD 1382/1985 marcó un punto de inflexión y el arranque de la elaboración jurisprudencial de la llamada doctrina del vínculo, que ha conducido a dar una respuesta negativa a la pregunta formulada más arriba. Así, la conocida sentencia del Tribunal Supremo (Sala 6.^a) de 29 de septiembre de 1988², dictada en el «caso Huarte», se considera la sentencia fundacional: *«Surgía así la doctrina del vínculo, en la que se establecían dos conclusiones básicas. 1.^a) la exclusión de la laboralidad de la relación del adminis-*

*trador social, incluso para los administradores cualificados por una dedicación profesional relevante, y 2.^a) la imposibilidad de que, en el marco de la relación de administración social, las partes puedan pactar la yuxtaposición de un contrato de alta dirección»*³.

El núcleo de la doctrina del vínculo estriba, por tanto, en entender que las funciones de dirección y gestión de la sociedad, por muy concretas y específicas que sean, corresponden necesariamente al cometido ordinario del administrador social, por lo que, si se desempeñan por un administrador, no pueden constituir el objeto de una relación laboral especial de alta dirección.

La formulación jurisprudencial clásica de esta doctrina se plasma habitualmente en los siguientes términos⁴: *«en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral».*

En definitiva, la doctrina del vínculo se sustenta en una *«supuesta redundancia funcional relacional»* como consecuencia de la cual *«el vínculo mercantil eliminaría de plano la posibilidad de mantener simultáneamente una relación laboral especial de alta dirección en concurrencia (y de no ser esta preexistente, se entiende que quedaría esta absorbida y eliminada por aquel vínculo)»*⁵. Por *«elementales imperativos de la*

³ DESDENTADO BONETE, Aurelio y DESDENTADO DAROCA, Elena: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores. Clasificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la seguridad social*, Valladolid: Lex Nova, 2000, pág. 78.

⁴ Vid., entre otras, sentencias del Tribunal Supremo (Social) de 29-9-1988 (RJ 1988/7143), 21-1-1991, 13-5-1991, 3-6-1991, 18-6-1991, 18-6-1991, 27-1-1992 (RJ 1992/76; rec. 1368/1991), 11-3-1.994 (RJ 1994/2287; rec. 1318/1993), 22-12-94 (rec. 2889/1993), 16-6-1998 (RJ 1998, 5400; rec. 5062/1997), 20-11-2002 (rec. 337/2002) y 26-12-2007 (RJ 2008/1777) (rec. 1652/2006), 24-5-2011 (RJ 2011/5098; rec. 1427/2010) o 12-3-2014 (rec. 3316/2012).

⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: «Altos cargos y doble vínculo: crítica a los «excesos» de la doctrina del vínculo», *Aranzadi Social*, n.º 3/2010, 4/2010 (BIB 2010/743).

¹ Puede consultarse una útil recopilación de pronunciamientos en LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel: *Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2004, pág. 68.

² RJ 1988/7148.

lógica, no pueden coexistir dos títulos jurídicos distintos —uno laboral y otro societario— para gobernar la misma actividad», por lo que «debe optarse por uno solo de ellos. La jurisprudencia laboral opta por dar prioridad a la relación societaria en atención al vínculo orgánico que une al administrador y a la sociedad»⁶.

Aunque se trata de una elaboración de cuño laboral, la doctrina del vínculo ha sido acogida también por otros órdenes de la jurisdicción. Ya tempranamente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la incorporó a su jurisprudencia por medio de su sentencia de 30 de diciembre de 1992⁷, precisamente con ocasión del mismo «caso Huarte» en el que recayó la sentencia laboral de 29 de septiembre de 1988, anteriormente mencionada. Posteriormente, aun con ciertos matices y excepciones, la Sala de lo Civil ha ido consolidando esta doctrina en otros pronunciamientos⁸. El argumento central es siempre el mismo: la relación orgánica elimina o absorbe la relación contractual. Sin embargo, en el orden civil se pone el acento en la necesidad de preservar la reserva estatutaria en materia de retribución de administradores establecida en el artículo 130 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, así como la libre revocabilidad de aquellos por la junta general recogida en el artículo 131 de la misma Ley, que no pueden socavarse con el pretexto de que las funciones ejecutivas de administrador se regulen en un contrato superpuesto, en este caso, generalmente, de prestación de servicios.

Del mismo modo, la jurisdicción contencioso-administrativa tampoco ha sido ajena a la doctrina del vínculo. Así, en materia tributaria han tenido mucho eco las dos sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008⁹.

Si bien la doctrina del vínculo se puede considerar plenamente consolidada y arraigada y, hasta cierto punto, monolítica, no es menos cierto que existen

pronunciamientos que sientan notables excepciones o matizaciones. En este sentido, destaca la sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 13 de mayo de 1991¹⁰ (caso West Rubber España), que admite la compatibilidad de los cargos de consejero delegado y director general, por estar así previsto en los estatutos de la sociedad, o la de 26 de febrero de 2003¹¹ (caso Fundación Nodular), que *obiter dicta* parece dar «un considerable giro en el criterio mayoritariamente sostenido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo contrario a entender que en una misma persona pudiera ser consejero delegado de una empresa y, a la vez, alto directivo laboral de la misma»¹².

De forma análoga, en sede civil se registran algunas excepciones reseñables. Así, la sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 9 de mayo de 2001¹³ (caso Matel), en la que se reconoce el derecho del consejero delegado a percibir una indemnización por cese pactada en un contrato de arrendamiento de servicios, en el que se regulaba la prestación de servicios como administrador ejecutivo, o la de 27 de marzo de 2003¹⁴ (caso Leda), que declara «perfectamente compatibles ambas relaciones —societaria y laboral—».

De la doctrina del vínculo derivan, en fin, una serie de corolarios de trascendencia práctica, entre los que interesa mencionar los siguientes:

(i) La relación jurídica entre el administrador y la sociedad se rige por la normativa societaria y los estatutos sociales.

(ii) Cualquier contrato de alta dirección suscrito entre el administrador y la sociedad resulta jurídicamente ineficaz. Esta ineficacia se manifiesta *ab initio* en el caso de que el contrato se formalice en el momento del nombramiento como administrador, o con posterioridad. En el caso de promoción de una relación de alta dirección a un cargo de administrador ejecutivo, tradicionalmente se consideró que la relación de alta dirección quedaba suspendida durante la vigencia del cargo¹⁵, aunque, de forma más reciente

6 PAZ-ARES, Cándido: «Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)», *Diario La Ley*, n.º 7136, págs. 1-7. 7 RJ 1992/10570.

8 *Vid.*, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo (Civil) de 21-4-2005 (RJ 2005/4132), 24-10-2006 (RJ 2006/6710), 21-1-2007 (RJ 2007/671), 24-4-2007 (RJ 2007/392) o 29-3-2007 (RJ 2007/1674).

9 RJ 2009/59 y RJ 2009/453. Un comentario a estas sentencias en PAZ-ARES, Cándido: «Ad impossibilia nemo tenetur...», *op. cit.* Un análisis de las consecuencias de la doctrina del vínculo en materia tributaria en MARÍN BENÍTEZ, Gloria: «Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación. Legislación. Consultas. Jurisprudencia*, n.º 252-354, págs. 5-40.

10 RJ 1991/3906.

11 RJ 2003/3258.

12 GARCÍA-PERROTE, Ignacio: «¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003», *Información Laboral: Jurisprudencia. Revista de actualización*, n.º 3, 2003, pág. LN-3.

13 RJ 2001/7386.

14 RJ 2003/2828.

15 *Vid.* a modo de ejemplo, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16-1-2001 (AS 2001/545; rec. 4650/2000).

el Tribunal Supremo ha considerado que la designación como administrador ejecutivo extingue la previa relación laboral de alta dirección, a menos que las partes convengan expresamente otra cosa¹⁶.

(iii) Las condiciones económicas del administrador, tales como la retribución de cualquier tipo, los beneficios sociales o asistenciales y las indemnizaciones para el caso de cese en el cargo, deberán estar previstas en los estatutos sociales.

(iv) El cargo de administrador es compatible con una relación laboral común.

3 · LA REGULACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS EN LA LSC TRAS SU MODIFICACIÓN POR LA LEY 31/2014

3.1 · Visión general

El preámbulo de la Ley 31/2014 reconoce la necesidad de *«transparencia en los órganos de gobierno»* y enfatiza la importancia de los cambios que dicha Ley introduce en materia de retribución de administradores, señalando que una *«[u]na novedad especialmente relevante es la regulación de las remuneraciones de los administradores. Distintos organismos internacionales han destacado la creciente preocupación por que las remuneraciones de los administradores reflejen adecuadamente la evolución real de la empresa y estén correctamente alineadas con el interés de la sociedad y sus accionistas»*.

En este sentido, se indica que *«la Ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas»*. Cuando se trate de sociedades cotizadas, la junta de accionistas deberá aprobar una política de retribuciones de carácter plurianual, de forma que *«se garantiza que sea la junta general de accionistas la que retenga el control sobre las retribuciones, incluyendo los distintos componentes retributivos contemplados, los parámetros para la fijación de la remuneración y los términos y condiciones principales de los contratos»*.

En definitiva, la Ley 31/2014 dota de regulación a una materia que no solo estaba huérfana de referencias legales, sino que había dado lugar a fórmulas

heterodoxas —la huida hacia contratos de alta dirección o de prestación de servicios yuxtapuestos al cargo de administrador— que fueron rechazadas y fustigadas por la jurisprudencia que encarna la doctrina del vínculo.

La nueva regulación se articula en torno a tres ejes vertebradores: el sistema de remuneración de los administradores, la política de remuneraciones de los consejeros y el contrato de los consejeros ejecutivos.

3.2 · El sistema de remuneración de los administradores

El artículo 217 de la LSC, modificado por la Ley 31/2014, parte del principio de que el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario y deter el sistema de remuneración. En el caso de sociedades cotizadas, se parte, sin embargo, del enfoque contrario: el cargo de consejero de sociedad cotizada será necesariamente retribuido, salvo disposición contraria de los estatutos¹⁷.

El propio artículo 217 de la LSC regula el sistema de remuneración de los administradores en su condición de tales. Dicho sistema determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por aquellos y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

- a) una asignación fija,
- b) dietas de asistencia,
- c) participación en beneficios,
- d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,
- e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,
- f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine

¹⁶ Sentencias de 9-12-2009 (rec. 1156/2009), o 24-5-2011 (rec. 1427/2010).

¹⁷ Artículo 529 *sexdecies* de la LSC.

otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de estos y, en el caso del consejo de administración, por decisión de dicho órgano, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

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

En sede de retribución de administradores, es de notar que el artículo 217 de la LSC es el único precepto que establece normas aplicables a los *administradores*. Las restantes previsiones de la LSC en esta materia conciernen, sin embargo, únicamente a los *consejeros*. Es una diferencia que podría pasar, en un primer momento, desapercibida, pero que, en modo alguno, carece de trascendencia, como se verá más adelante.

3.3 · La política de remuneraciones de los consejeros

La LSC prevé, además, la adopción de una política de remuneraciones de los consejeros, de carácter no preceptivo u opcional para las sociedades no cotizadas¹⁸ y obligatorio para las cotizadas¹⁹. Dicha política se ajustará, en lo que corresponda, al sistema de remuneración estatutariamente previsto y se aprobará por la junta general de accionistas al menos cada tres años como punto separado del orden del día. La política de remuneraciones así aprobada mantendrá su vigencia durante los tres ejercicios siguientes a aquel en que haya sido aprobada por la junta general. Cualquier modificación o sustitución de la misma durante dicho plazo requerirá la previa aprobación de la junta general de accionistas conforme al procedimiento establecido por la ley para su aprobación²⁰.

¹⁸ Como denota el inciso «en su caso» en los artículos 249.2 *in fine* y 249 bis i) de la LSC.

¹⁹ *Vid.* artículos 529 *septdecies*, *octodecies* y *novodecies* de la LSC.

²⁰ Apartados 1 y 3 del artículo 529 *novodecies* de la LSC.

Cualquier remuneración que perciban los consejeros por el ejercicio o terminación de su cargo y por el desempeño de funciones ejecutivas será acorde con la política de remuneraciones de los consejeros vigente en cada momento, salvo las remuneraciones que expresamente haya aprobado la junta general de accionistas²¹.

3.4 · El contrato de los consejeros ejecutivos

Finalmente, llegamos a otra de las grandes innovaciones de la Ley 31/2014, como es la regulación de los contratos de los consejeros ejecutivos que se alberga en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la LSC. Así, se dispone que cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

Del mismo modo, se prevé que en el contrato se detallarán todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

Para comprender correctamente las disposiciones anteriores, es necesario ponerlas en relación con el artículo 529 *duodecies* —en sede de sociedades cotizadas, aunque existe consenso en cuanto a que la clasificación que contiene es aplicable a todo tipo de sociedades—, que define a los consejeros ejecutivos como aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella. De esta forma, no sólo son consejeros ejecutivos los

²¹ Apartado 5 del artículo 529 *novodecies* de la LSC.

consejeros delegados o aquellos otros consejeros que tengan atribuidos poderes ejecutivos en el seno del consejo de administración (p. ej., los denominados presidentes ejecutivos), sino también cualesquiera otros directivos (director general, financiero, de operaciones de RR.HH., etc.) que hayan sido designados como miembros del consejo de administración de la sociedad.

4 · LA LSC REAVIVA LAS TESIS DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL CARGO DE CONSEJERO CON FUNCIONES EJECUTIVAS Y LA RELACIÓN DE ALTA DIRECCIÓN

Aunque podría perfectamente haber entrado a regularla, parece que la Ley 31/2014 extrema el cuidado para evitar calificar la naturaleza jurídica de la relación de los consejeros ejecutivos con la sociedad. A este respecto, la regulación del contrato de los consejeros ejecutivos que se contiene en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la LSC no puede ser más aséptica. Estos preceptos inciden en la onmicomprensividad retributiva del contrato único y transparente²² que ha de suscribirse con los consejeros ejecutivos, pero se abstiene de entrar en discusiones sobre el tipo de contrato que ha de formalizarse.

De una lectura atenta de la Ley 31/2014 puede destacarse otro dato que consideramos de relevancia: al regular la retribución, la Ley es particularmente insistente en diferenciar el régimen jurídico aplicable a los consejeros «*en su condición de tales*» del que corresponde a los que desempeñan funciones ejecutivas, hasta el punto de que la retribución de cada uno de esos dos tipos de administradores está sometida a sus propias reglas, que confluyen en la común sujeción a la política de retribuciones de la sociedad, en el caso de que se establezca.

De esta forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 217 de la LSC, el sistema de remuneración que es contenido necesario de los estatutos sociales si el cargo de administrador es retribuido se aplica a los «*administradores en su condición de tales*». El importe máximo conjunto de la retribución anual de tales administradores ha de ser aprobado por la junta general.

Sin embargo, la retribución derivada del contrato que se formalice con el consejero ejecutivo cuando el órgano de administración se configure como un consejo y se designe un consejero delegado o se atribuyan a un consejero funciones ejecutivas en virtud de otro título —nótese que el artículo 529 *duodecies* se refiere también a la posibilidad de desempeño de funciones ejecutivas como consecuencia de cualquier otro «*vínculo jurídico*»— es diferente y no está comprendida en la retribución de los administradores «*en su condición de tales*» a la que se refiere el artículo 217 de la LSC.

Esta misma diferenciación se reitera, entre las normas específicamente aplicables a las sociedades cotizadas en los artículos 529 *septdecies* y 529 *octodecies*.

A este diferente tratamiento retributivo subyace la idea de que la dedicación e involucración en la gestión de la sociedad de los administradores ejecutivos es superior a la de los no ejecutivos, también denominados, en ocasiones, pasivos o durmientes.

Esta distinción tan reiterada y marcada a lo largo de la LSC trae a la memoria el intenso debate sobre el significado y alcance de la conceptualización como no laboral de la «*actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*», ex artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Precisamente, esta expresión «*pura y simplemente*» es la piedra angular en la que se ha sustentado una buena parte de las críticas a la doctrina del vínculo.

Vaya por delante que la expulsión del ámbito laboral de las figuras del administrador único, solidario o mancomunado es generalmente admitida de modo pacífico. Lo que se objeta por la doctrina contraria a la teoría del vínculo es la exclusión de los consejeros ejecutivos en los casos de que el órgano de administración adopte la forma de consejo.

En efecto, las críticas²³ parten de la distinción entre las funciones deliberativas y ejecutivas que desarrollan los consejeros. La función deliberativa corres-

²² Términos tomados en préstamo de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: «La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con 'onmicomprensividad retributiva'», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 2, mayo 2015, págs. 178-184.

²³ Vid. PAZ-ARES, Cándido: «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Revista del Derecho del Mercado de Valores*, n.º 2, 2007, págs. 15 y ss., también disponible en www.indret.com/pdf/522_es.pdf.

ponde a todos los consejeros y se desarrolla de manera discontinua, en las reuniones del consejo de administración, mediante la contribución a la formación de la voluntad del órgano colegiado. Frente a ella, existe una función ejecutiva que pueden tener atribuida únicamente algunos consejeros, que se encargan de la gestión ordinaria de la sociedad, en virtud de una delegación de facultades.

En consecuencia, la función deliberativa se asocia con tareas de supervisión y se desempeña en el seno del consejo, de manera colegiada y de forma intermitente, esto es, cuando se reúne el consejo de administración. La función ejecutiva consiste en tareas de gestión y se desarrolla de forma individual y continuada.

El desempeño de funciones ejecutivas —esto es, de forma simplificada, la prestación de servicios como consejero delegado— tiene como presupuesto el ejercicio de funciones deliberativas —es decir, el nombramiento como consejero—, pero lo relevante es que no todos los consejeros tienen conferidas funciones ejecutivas, por lo que es indudable que existen dos clases de prestaciones, deliberativas y ejecutivas, y que los consejeros ejecutivos se caracterizan por un «plus de dedicación» a la sociedad.

En este contexto, las críticas a la doctrina del vínculo argumentan que la exclusión de la «*actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero*» se identifica con las funciones deliberativas de los consejeros no ejecutivos, pasivos o durmientes. Por el contrario —concluyen las posiciones críticas a las que nos referimos—, el desempeño de funciones ejecutivas por delegación del consejo de administración desborda ese marco y es susceptible de encauzarse a través de una relación laboral especial de alta dirección.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha rechazado categóricamente estos argumentos, razonando que²⁴:

«La Sentencia de 22-12-1994 (rec. 2889/1993), al interpretar el art. 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores, señala que “Hay que tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador

único, bien de cualquier otra forma admitida por la Ley; y así, en el ámbito de la sociedad anónima, los órganos de esta clase, que se comprendían en los artículos 71 a 83 de la Ley 17 julio 1951 y actualmente se recogen en los artículos 123 a 143 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1980 de 22 de diciembre, tiene precisamente como función o misión esencial y característica la realización de esas actividades, las cuales están residenciadas fundamentalmente en tales órganos, constituyendo su competencia particular y propia. Por ello es 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, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan ‘la realización de cometidos inherentes’ a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el ‘desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad’, de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores”».

La nueva regulación de la LSC puede reavivar las críticas a la doctrina del vínculo, en tanto que dota de carta de naturaleza a la separación entre el régimen jurídico retributivo y contractual de los consejeros ejecutivos y los no ejecutivos. El nuevo argumento estaría basado en la identificación de la «*actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero*» a la que se refiere el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores con la expresión «*consejeros en su condición de tales*» (en contraposición a los consejeros que realizan funciones ejecutivas) que se reitera a lo largo de la LSC. De ahí derivaría la conclusión de que únicamente quedaría privada de la naturaleza laboral la relación de los consejeros no ejecutivos o, con más precisión, que las tareas ejecutivas que algunos consejeros desempeñan, además de las de deliberación y consulta, no están afectadas por la referida exclusión.

Este argumento se reforzaría, además, por la exigencia legal (ex artículo 249 de la LSC) de que la relación de los consejeros ejecutivos se formalice en un contrato, sin que la propia LSC califique como mercantil la naturaleza de dicho contrato. De esta forma, el acotamiento de la exclusión del ámbito laboral de los consejeros no ejecutivos y el hecho de que, por definición, los consejeros ejecutivos

²⁴ Entre otras muchas, sentencias (Sala de lo Social) de 20-11-2002 (RJ 2003\2699), 9-12-2009 (rec. 1156/2009), o 24-5-2011 (rec. 1427/2010).

«ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas» del Consejo de administración podría sostener la conclusión de que el plus de actividad de los consejeros ejecutivos al que responde el contrato previsto en el artículo 249 de la LSC ha de encauzarse a través de una relación laboral especial de alta dirección.

5 · CONCLUSIONES PRÁCTICAS

A la hora de articular la relación contractual de los consejeros ejecutivos con la sociedad, a la vista de cuanto antecede, conviene tener presentes una serie de consideraciones a fin de dotar a dicha relación de las máximas dosis de certeza y seguridad jurídica.

(i) Con carácter general, es pacífico que es de naturaleza mercantil (y, por lo tanto, no laboral) la relación jurídica de las personas que ocupan los órganos de administración social cuando estos se configuran a través de formas simples, como son la figura del administrador único, administradores solidarios o administradores mancomunados. En estos supuestos, no es aplicable la exigencia de formalización de un contrato conforme a lo previsto en el artículo 249 de la LSC, y sus condiciones retributivas, asistenciales e indemnizatorias se regirán por lo previsto en los estatutos sociales. El importe anual de su retribución deberá ser aprobado por la junta general, todo ello según dispone el artículo 217 de la LSC.

(ii) El debate sobre la naturaleza jurídica del contrato que ha de formalizarse con los consejeros ejecutivos tiene una trascendencia más doctrinal y teórica que práctica. Se corre, de hecho, en esta materia el riesgo de que suceda lo mismo que a aquellos dos conejos de la fábula de Tomás de Iriarte que, prestando más atención a su vehemente discusión sobre si eran galgos o podencos que a su propia huida, perecieron devorados por los perros que los perseguían.

Y es que lo verdaderamente importante bajo el nuevo marco legal es que la totalidad de los conceptos retributivos *lato sensu* que perciban los consejeros ejecutivos se recojan en un contrato que ha de ser aprobado previamente por el consejo de administración por mayoría de dos tercios, con la abstención del consejero afectado y

las restantes garantías y cautelas que se recogen en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la LSC.

La calificación jurídica o *nomen iuris* de ese contrato es una cuestión que deviene en secundaria, siempre y cuando el contrato sea completo y autosuficiente y contenga la regulación de todos los aspectos relevantes de la relación, sin confiar que la ausencia de previsiones contractuales en materias sustanciales (causas de extinción, indemnización, etc.) sean integradas por la aplicación de la normativa que las partes consideren aplicable al contrato (en especial, el RD 1382/1985 o el Estatuto de los Trabajadores). En tal caso, la naturaleza jurídica del contrato determinará únicamente el orden jurisdiccional —civil o social— competente para resolver las desavenencias entre las partes.

(iii) La teoría del vínculo se halla muy arraigada y consolidada entre los Tribunales, tanto del orden social, como del civil o del contencioso-administrativo. Por ello, no parece previsible que la modificación de la LSC operada por la Ley 31/2014 vaya a provocar un giro copernicano en su doctrina en esta materia. En consecuencia, se estima prudente formalizar la relación de los consejeros ejecutivos a través de contratos mercantiles de prestación de servicios y no mediante contratos de alta dirección.

(iv) Finalmente, conviene hacer referencia expresa a los miembros del equipo directivo de la compañía (director financiero, de operaciones, de RR. HH., etc.) que sean designados consejeros de la sociedad. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 529 *duodecies* de la LSC, en tanto que desempeñan funciones de dirección, dichos consejeros se reputan ejecutivos. Sin embargo, tales facultades de gestión se hallan normalmente limitadas a sus respectivos ámbitos de actuación. Ello no es óbice para que su relación contractual con la sociedad haya de someterse a los requisitos y formalidades previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 249 de la LSC. En todo caso, en la medida en la que tales directivos no ejerciten «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas» del consejo de administración, nada impide que su relación con la sociedad se articule a través de un contrato de trabajo común u ordinario.