

# Calificación del nuevo contrato de los consejeros delegados ejecutivos en la proyectada reforma de las sociedades de capital

Lourdes López Cumbre

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria*

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

## I. El contrato ejecutivo del consejero delegado

1. El nuevo art. 249.3 del Proyecto de Ley de Sociedades de Capital (Boletín Congreso de los Diputados, 30 may.14 y, en adelante, el Proyecto de Ley) establece 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 éste 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 de participar en la vocación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

En el contrato se **detallarán** todos los conceptos por los que 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 que no exista confusión alguna, el art. 249 bis establece como **facultades no susceptibles de delegación** del consejo de administración, entre otras, a) el nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato [art. 249 bis.g)]; b) el nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución [art. 249 bis h)]; y c) las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general [art. 249 bis i)].

2. Casi en idénticos términos, el art. 231-100 del **Anteproyecto del Código Mercantil** (mjusticia.gob.es) establece la regulación del contrato con el consejero delegado y con el consejero con funciones ejecutivas. También aquí cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de cualquier otro título, será necesario estipular un contrato entre éste y la sociedad. En

el contrato se detallarán todos los conceptos por los que 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 aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobadas, en su caso, por la junta general. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato, una vez aprobado, deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

Como en el supuesto anterior, el art. 231-101 aclara que el consejo de administración de la sociedad **deberá controlar la actuación del o de los consejeros-delegados y de los miembros de las distintas comisiones así como de los miembros del equipo de dirección que hubiera designado.**

## II. Contrato ejecutivo y remuneración del consejero delegado

1. La regulación descrita del nuevo "contrato ejecutivo" pone de manifiesto una primera afirmación y es que se trata de una **delegación**, por tanto, existe una **relación de subordinación** y dependencia respecto del consejo de administración.

Los órganos delegados no reciben competencias exclusivas que puedan desarrollar con plena autonomía. De hecho, el art. 249 bis del Proyecto de Ley reconoce como facultades indelegables la supervisión, la política y estrategia general de la sociedad, la formulación de cuentas y su presentación a la junta general, las facultades que la junta general

hubiera delegado en el consejo y, lo que es más importante, el nombramiento y destitución de los consejeros delegados y, en su caso, de los directivos que tuvieran dependencia directa de estos últimos así como la fijación de las condiciones básicas de sus contratos. Por lo tanto, la delegación permite desplazar el poder del consejo a los consejeros delegados que asumen la función ejecutiva o gestión diaria de la sociedad.

2. La normativa que se proyecta enfatiza la concurrencia de **dos relaciones: la orgánica**, en tanto miembro del consejo de administración, y la **contractual**, regida por el contrato ejecutivo ahora regulado expresamente. Cabría también admitir la presencia de una única relación con dos vertientes, la contractual y la orgánica pero la nueva regulación parece subrayar más si cabe la necesidad de "individualizar" la relación ejecutiva a través de este contrato que tendrán los consejeros delegados, no así el resto.

Llegados a este punto se trata de dilucidar cuál es la **naturaleza jurídica** de la relación contractual que vincula al consejero delegado con el consejo de administración. En la medida en que ya no se trata sólo del mero desempeño de consejero, exige una declaración de voluntad por parte del consejero delegado que aceptara las condiciones establecidas contractualmente. Por lo tanto, las funciones ejecutivas asumidas por el consejero delegado tendrán carácter **voluntarias**, no susceptibles de imposición por parte del consejo. Serán **retribuidas** pues, de todas las condiciones contractuales, el art. 249.4 del Proyecto de Ley se refiere exclusivamente a la retribución por el desempeño de funciones ejecutivas incluyendo en este concepto la indemnización por cese anticipado y las cantidades que abone la sociedad como primas o aportaciones a sistemas de ahorro.

Con esta regulación se pretende zanjar la **polémica** sobre la retribución de estos consejeros. Si el consejo delega

funciones ejecutivas deberá poder decidir sobre el ejercicio de funciones y sobre la retribución, supeditando ésta al mandato estatutario pero pudiendo concretar, con el margen de discrecionalidad que cada contrato requiera, la cantidad a abonar. Para **evitar la rigidez** que opera en relación a los administradores se establece este contrato ejecutivo en virtud del cual el consejero delegado percibe una retribución adicional y pacta una indemnización por cese al margen de las previsiones estatutarias y sin la aprobación previa de la junta general. Prevalece de este modo la tesis, antes minoritaria, en virtud de la cual, mientras que para la administración personal y el consejero ordinario existe una única relación societaria de administración cuya retribución debe quedar sometida a las previsiones estatutarias, en el caso del consejero ejecutivo se superponen dos relaciones contractuales, la básica de administración social que incluye exclusivamente la función deliberativa o de supervisión y la relación ejecutiva cuyo origen se halla en la delegación. Ahora no existe duda de que será el consejo de administración el que fije los términos retributivos que estime conveniente y de conformidad con el contrato celebrado entre el consejo y el consejero.

Una **solución contradictoria** con la pretensión de **transparencia** que persigue la norma. De hecho la reforma pretende la mejora del gobierno corporativo lo que se traduce en la consecución de una mayor transparencia y control pero para ello la retribución debería poder estar sometida al control de los socios que es lo que precisamente pretende evitar este contrato ejecutivo.

Podría plantearse además (como ya lo hiciera el STS 30 dic.92, Sala de lo Civil, Ar. 10570) que los pactos retributivos y, especialmente, los indemnizatorios son **contrarios a la libertad de revocación** que la ley otorga al consejo de administración. No se impide al consejo de administración hacer uso de su facultad de revocación pero la indemnización introduce una "coacción" que

opera fuera de las previsiones estatutarias vulnerando preceptos de naturaleza imperativa, cuya falta de observancia conlleva la nulidad radical de los pactos y que ha de ser apreciada de oficio. De esta forma si el pacto es nulo, poco espacio queda para la negociación de condiciones de empleo en los contratos ejecutivos. Pero esta nueva regulación legal pretende evitar este tipo de argumentos incluyendo entre las competencias del consejo de administración la conclusión del acuerdo ejecutivo.

Por otra parte, podría asimismo resultar sorprendente que no se permita establecer una retribución e indemnización para el administrador social al margen de los estatutos pero sí **se consienta** que el órgano de administración pueda pactar con uno de sus miembros mediante un contrato ejecutivo una indemnización sin previsión estatutaria y sin control de la junta (algo que, por lo demás, ya fue admitido por la STS, Sala de lo Civil, 9 may.01, Ar. 17386).

Además cabría apuntar que, en la medida en que el contrato ejecutivo se limite a establecer funciones que el consejero debiera realizar como miembro del consejo de administración no podría aceptarse ninguna regulación al margen de la previsión estatutaria sin que quepa admitir una prestación genérica y una prestación específica puesto que las normas retributivas abarcan cualquier prestación y no las meramente orgánicas (STS, Sala de lo Civil, 21 abr.05, Ar. 4132). Un argumento refutado al considerar que, en el seno de organizaciones complejas, la **función ejecutiva** que desempeñan los consejeros delegados **no puede ser considerada como una función inherente** al cargo de consejero ordinario en atención a la imposibilidad práctica de que el consejo administre o gestione este tipo de sociedades de manera directa y continua. En estas sociedades la función de deliberación o de supervisión y la función ejecutiva se escinden a la hora de su ejercicio y, así, mientras la función de supervisión se mantiene en el consejo, la función ejecutiva, en la medida en que

no puede ser desempeñada por un órgano colegiado, tiene que ser necesariamente objeto de delegación en un consejero ejecutivo, suponiendo un plus de actividad distinta -y adicional- al del resto de consejeros ordinarios. De ahí que las restricciones estatutarias a la retribución comprendan la remuneración general que corresponde a todo administrador pero no a la remuneración específica del consejero ejecutivo que trae causa en la delegación y que intenta compensar esa carga añadida de gestión. La fijación específica en virtud de las funciones que realice cada consejero delegado justifica que no exista una previsión estatutaria y que tampoco pueda ser concretada por la junta general.

### III. El Contrato Ejecutivo ¿Un Contrato Laboral?

1. El interés por evitar el control estatutario de la remuneración de los consejeros es el que siempre ha prevalecido al intentar aproximar esta relación contractual al ámbito laboral. Pero la incorporación al mismo no depende de una solución caprichosa sino de la combinación de los presupuestos exigidos en el art. 1.1. del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) y siempre que no opere la **exclusión constitutiva** que, a estos efectos, se regula en el **art. 1.3 c)** del citado Estatuto. Precisamente este último es el que se refiere a la exclusión de toda *"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 su cargo"* [art. 1.3.c) LET].

Una **interpretación amplia** de esta exclusión considera que el consejo de administración y todos sus miembros tienen una competencia general que se extiende tanto a las funciones de deliberación y supervisión como a las de ejecución. Además se considera que la delegación consiste en la transferencia por un órgano superior a otro de nivel inferior del ejercicio de una competencia, reteniendo

el delegante la titularidad de la misma. De esta forma, la competencia delegada (la función inherente) corresponde en su totalidad al órgano delegante (el consejo de administración, lo que es igual al conjunto de los consejeros en cuanto colegio) y sólo sale de manera instrumental y transitoria de su ámbito de decisión pudiendo volver a él mediante la revocación o avocación. Por eso, no puede decirse que el consejero delegado, en cuanto desarrolla funciones ejecutivas que no son inherentes al cargo de consejero, no está afectado por la exclusión del 1.3.c) LET. Tanto las funciones ejecutivas como las de supervisión son funciones inherentes a la competencia del consejo de administración y, por tanto, a todos los cargos que forman parte del mismo. La exclusión del 1.3.c) LET actúa de forma general sobre toda la actividad de administración social. No tendría sentido que la exclusión afectara a los administradores personales y no a los consejeros delegados cuando ambos desempeñan funciones ejecutivas.

Ésta es la tesis que sigue la denominada teoría del vínculo (STS 29 sep.88, Ar. 7143). En virtud de la misma se considera que, de las tres formas en que puede el consejo de administración delegar sus funciones, a saber, a través de una comisión ejecutiva, mediante el nombramiento de consejero delegado o por el apoderamiento a terceros, sólo esta última merece la calificación de laboral, susceptible de ser incardinada en la alta dirección. Los dos primeros supuestos, los consejeros -en comisión o delegados- siguen realizando funciones que les son propias y siguen haciendo lo mismo que les correspondería hacer como miembros del consejo de administración, recurriendo únicamente en el último de los supuestos a una persona ajena al consejo. De ahí que dicho pronunciamiento concluya que *"el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza de forma que para la concurrencia de la relación especial no basta que la actividad realizada sea la propia del alto cargo"*

*sino que la efectúe un trabajador como el mismo precepto menciona y no un consejero en el desempeño de su cargo” (FJ 2).*

Por el contrario, una **interpretación restrictiva** del citado precepto impide excluir al consejero delegado de la relación laboral por entender que la exclusión normativa se refiere únicamente a una actividad que se limita “pura y simplemente” al “mero” desempeño del cargo (esto es, al consejero ordinario). El consejero delegado no reduce su actividad al mero desempeño de su cargo sino que añade un plus de actividad profesional que es precisamente la que regula este nuevo contrato ejecutivo.

2. Si se admite esta última tesis, con el contrato ejecutivo se cumplen los presupuestos de voluntariedad y retribución, tal y como se apuntara. Cabe examinar, pues, si también se aprecian los de ajenidad y dependencia. Por lo que se refiere a la primera, podría considerarse que no existe **ajenidad** por cuanto el consejero delegado participa del órgano de administración de la sociedad por lo que dispone de la titularidad de la misma a modo de empresa. Mas ejercer poderes a modo de empresario no significa ser empresario. El consejero delegado no es el empresario y, si presta servicios para él, trabaja para él, luego existe ajenidad. La posición orgánica del sujeto no excluye por sí misma el elemento de ajenidad, como ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia (STS 4 jun.96, Ar. 4882 y 29 ene.97, Ar. 640).

Idéntico argumento puede ser utilizado para afirmar la existencia de **dependencia** pues la condición de órgano se limita a explicar el funcionamiento de la persona jurídica a través de una persona física pero no prejuzga la forma, dependiente o no, de llevar a cabo su actuación dentro de la estructura de poder de la sociedad. Ciertamente la nota de dependencia puede quedar más difusa en este caso que en otros en los que el trabajo por cuenta ajena implica subordinación a las instrucciones

del empresario pero materialmente existe dicha subordinación desde el momento en que son la junta general, primero, y el consejo de administración, después, los que marcan las directrices y estrategias generales de la sociedad, siendo este último el que nombra y destituye a los consejeros delegados que deberán rendir cuentas ante él sobre su actuación. El régimen que rija la delegación determinará la dependencia del consejero delegado. En todo caso, no puede recibir poderes absolutos fuera del organigrama de decisión y todo poder que no es absoluto es dependiente. Un consejero delegado puede desarrollar su función con más autonomía que otro sujeto que preste servicios para la sociedad pero, sea mayor o menor el grado de autonomía, la dependencia existe frente al consejo de administración en primera instancia y frente a la junta, después.

De ser así, parece que la relación tiende más a aproximarse a la del **alto directivo** y, por ende, estaría sometido a la regulación del RD 1382/85, 1 ago., BOE, 12. La alta dirección tiene por objeto, según el art. 1.2 del mencionado RD 1382/85, el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa que son precisamente los poderes de dirección, gestión y representación que corresponden al consejero delegado.

3. Sin embargo, la regulación del **trabajo autónomo** puede modificar esta conclusión. En la ley 20/07, 11 jul., BOE, 12 que regula el Estatuto del trabajo autónomo considera incluido en su ámbito de aplicación a quien *“ejercer las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador o preste otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título curativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla en los términos previstos en la DA 27ª de la Ley General de Seguridad Social”* [art. 1.2.c) Ley 20/07].

Pues bien, a efectos de la inclusión en el régimen especial de trabajadores

por cuenta propia o autónomos (RETA), se entenderá que se produce esta circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos y ex DA 27ª RD-Leg. 1/94, 20 jun., BOE, 29 (en adelante, LGSS), cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el **control efectivo de la sociedad** cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias: a) que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que presta sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado; b) que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo; c) que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad. En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad. En todo caso, no estarán comprendidos en el sistema de Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

Por su parte, **se excluye** la actividad que se limita 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 de conformidad con lo establecido en el art. 1.3 c) LET [art. 2.b) LET]. Asimismo se excluyen, como no podía ser de otra forma, las relaciones de trabajo por cuenta ajena del 1.1. LET y las relaciones laborales de carácter especial del art. 2 LET.

4. Salvo que se cumplan las condiciones previstas en la DA 7ª LGSS y del art. 1.2.c) de la Ley 20/07 no parece que el consejero delegado deba ser considerado trabajador autónomo. Es cierto que lo único que regula el nuevo art. 249 del Proyecto de Ley como contenido del contrato ejecutivo es la retribución por el desempeño de sus. Pero también lo es que los presupuestos de ajenidad y dependencia no desaparecen por cuanto la delegación del consejo de administración no elimina la ajenidad del servicio sino que la refuerza y la dependencia no se difumina sino que se potencia con la subordinación al mismo. De ser así, el ámbito de aplicación de la relación especial de **alta dirección** parece el más idóneo para regular este contrato en tanto se trata del ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, 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 ocupe aquella titularidad, tal y como determina el art. 1.2. del citado RD 1382/85.