

MENTO ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS

es una obra colectiva,
realizada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Ediciones Francis Lefebvre

Colaboradores:

BAKER & MCKENZIE. Abogados

BENGOCHEA SALA, José María
(Economista)

VILLAR EZCURRA, Marta
(Doctora en Derecho. Profesora Agregada de Derecho Financiero y Tributario. USP-CEU)

Colaboraron en anteriores ediciones: Antonio CEBRIÁN CARRILLO; José GARRIDO PALACIOS; Pedro GETE CASTRILLO; Santiago MARTÍN GIL; Ángel SERRANO GUTIÉRREZ; Belén VILLALBA SALVADOR.

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S.A.

Santiago de Compostela, 100. 28035 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es

ISBN: 84-95828-59-6

ISSN: 1579-2889

Depósito legal: M-16460-2004

Impreso en España
por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

MEMENTO PRÁCTICO
FRANCIS LEFEBVRE

Administradores
y
Directivos
2004-2005

Actualizado a 1 abril 2004

Plan general

	Número marginal
Capítulo 1. Nociones fundamentales	10
Capítulo 2. Acceso y permanencia en el cargo de administrador	300
Capítulo 3. Funciones y deberes de los administradores	600
Capítulo 4. Consejo de Administración	900
Capítulo 5. Retribución	1600
Capítulo 6. Responsabilidad	3000
Capítulo 7. Gobierno corporativo	5000
Capítulo 8. Administradores de otras sociedades y entidades	5500
Capítulo 9. Contrato de alta dirección	6000
Capítulo 10. Régimen de Seguridad Social	6500
Capítulo 11. Administradores y concurso de acreedores	7000
Anexos	9500

Tabla de Disposiciones

Tabla Alfabética

Sumario Analítico

Principales abreviaturas

AC	Aranzadi Civil
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
art.	artículo/s
AS	Aranzadi Social
AEIE	Agrupación Europea de Interés Económico
AIE	Agrupación de Interés Económico
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CCom	Código de Comercio (RD 22-8-1885)
CEE	Comunidad Económica Europea
Circ	Circular
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Const	Constitución Española
CP	Código Penal (LO 10/1995)
D	Decreto
DGIFT	Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
DGTPF	Dirección General del Tesoro y Política Financiera
Dir	Directiva
disp.adic.	disposición adicional
disp.derog.	disposición derogatoria
disp.trans.	disposición transitoria
DOCE	Diario Oficial de Comunidades Europeas
ET	Estatutos de los Trabajadores (RDLeg 1/1995)
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
Instr	Instrucción
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
ITP	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
L	Ley
LCon	Ley Concursal (L 22/2003)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LGSS/74	Ley General de la Seguridad Social (D 2065/1974)
LGSS/94	Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 1/1994)
LGT	Ley General Tributaria (L 230/1963)
LGT/2003	Ley General Tributaria (L 35/2003)
LH	Ley Hipotecaria (L 8-2-1946)
LIP	Ley del Impuesto sobre el Patrimonio (L 19/1991)
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RDLeg 3/2004)
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades (RDLeg 4/2004)
LISD	Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (L 29/1987)
LITP	Ley de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RDLeg 1/1993)
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (L 37/1992)
LMV	Ley de Mercado de Valores (L 24/1988)
LORC	Ley Orgánica para la Reforma Concursal (LO 8/2003)
LOSP	Ley de Ordenación de los Seguros Privados (L 30/1995)

LSA	Ley de Sociedades Anónimas (RDLeg 1564/1989)
LSP	Ley de Suspensión de Pagos (L 26-7-1922)
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (L 2/1995)
modif	modificado
OM	Orden Ministerial
PGC	Plan General de Contabilidad
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDL Leg	Real Decreto Legislativo
Rec	Recurso
redacc	redacción
Resol	Resolución
RETA	Régimen especial de los trabajadores autónomos
RJ	Aranzadi (Repertorio de Jurisprudencia)
RGR	Reglamento General de Recaudación (RD 1684/1990)
Rgto	Reglamento
RH	Reglamento Hipotecario
RIRPF	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RD 214/1999)
RISD	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RD 537/1997)
RM	Registro Mercantil
RMC	Registro Mercantil General
RRM	Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996)
SA	Sociedad Anónima
SAD	Sociedad Anónima Deportiva
SE	Sociedad Anónima Europea
SL	Sociedad Laboral
SLNE	Sociedad Limitada Nueva Empresa
SAT	Sociedad Agraria de Transformación
SC	Sociedad Colectiva
SCom	Sociedad Comanditaria simple
SComA	Sociedad Comanditaria por Acciones
SCoop	Sociedad cooperativa
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SS	Seguridad Social
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central
TEAR	Tribunal Económico Administrativo Regional
TCO	Tribunal Constitucional
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
unif doctrina	unificación de doctrina

CAPÍTULO 1

Nociones fundamentales

SUMARIO

1.	Administradores sociales	20
	Estructura del órgano de administración	35
	Paralización	100
2.	Altos directivos	150
3.	Concurrencia de relaciones	200
	Administrador social y alto directivo	205
	Administrador social y relación laboral común	250

10

El gobierno y dirección de las sociedades mercantiles es una de las cuestiones de mayor relevancia en el funcionamiento de dichas entidades, y de indudable trascendencia para la seguridad del tráfico jurídico.

15

En el desarrollo de dichas funciones coexisten **dos colectivos**, de perfiles difusos, a cuyo cargo está la toma de decisiones y, en definitiva, la gestión de la compañía:

- los administradores sociales; y
- el personal de alta dirección (nº 150).

En el presente capítulo se exponen las cuestiones generales que permiten la correcta identificación de ambas categorías de dirigentes, así como las relaciones recíprocas existentes entre las mismas.

SECCIÓN 1

Administradores sociales

Las **sociedades** mercantiles **capitalistas** presentan el siguiente esquema básico de organización interna:

20

- La **junta general**, órgano de carácter asambleario donde se centra el debate y participación de los socios o accionistas propietarios del capital de la persona jurídica.
- El **órgano de administración y representación**, en el cual pueden o no estar presentes dichos accionistas, y que tiene a su cargo la ejecución de las decisiones de la junta, así como decidir y llevar a efecto las acciones necesarias o convenientes para el desarrollo de las actividades integradas en el objeto social.

Para un estudio detallado de la junta general de la SA y de la SRL ver, respectivamente, **nº 500 s. y nº 1880 s. Memento Sociedades Mercantiles 2004**.

Características En cuanto garante del correcto funcionamiento de la sociedad en el tráfico, el órgano de administración social se caracteriza por las notas que a continuación se exponen.

25

- 1) **Necesario**, tanto para la existencia original de la sociedad, como para su permanencia en el tiempo, puesto que en caso de paralización de los órganos sociales se incurre en una causa de disolución de la sociedad (nº 105).
- 2) **Permanente**. Al margen de la frecuencia con que se produzcan sus reuniones en caso de haber adoptado forma colegiada, el órgano de administración lleva a cabo y es responsable del desarrollo cotidiano de la sociedad y de su marcha continuada.
- 3) **Ejecutivo y de relación con el exterior**. Frente a la junta general –órgano decisor en el ámbito interno–, es a través del órgano de administración social como actúa la sociedad y son ejecutadas las decisiones de sus órganos colegiados.
- 4) **Autónomo**. Aunque legalmente no existe una delimitación precisa de las competencias atribuibles a cada uno de los órganos sociales (nº 612), los administradores han de guardar cierta independencia respecto a las decisiones de la junta general, ya que:
 - no quedan exonerados de **responsabilidad** por el hecho de que acto lesivo haya sido acordado, autorizado o ratificado por la junta (LSA art.133.3; LSRL art.69.1) (nº 3135);

- se les reconoce legitimación procesal para **impugnar** los acuerdos de la junta general que estén nulos o anulables (LSA art.117; LSRL art.56);
- están obligados a instar la **disolución judicial** de la sociedad cuando, ante la concurrencia de determinadas circunstancias, la junta no adopta el pertinente acuerdo social o éste es contrario a la disolución (LSA art.262.4; LSRL art.105.4) (nº 3260 s.).

PRECISIONES Una de las características fundamentales de la evolución de las sociedades capitalistas en el siglo XX, sobre todo en las que cotizan en Bolsa, es la disociación entre la propiedad y la administración o dirección, y la consiguiente **concentración de poderes** de dirección, que se va acentuando a medida que se produce el desarrollo y la sofisticación de los sistemas societarios, de modo que el poder de decisión se concentra en grupos reducidos internos dentro del órgano de administración que actúan a través de delegaciones internas y externas, a través de apoderamientos a terceros que no son miembros del órgano de administración.

30 Tipo de relación con la sociedad Con respecto a la naturaleza del vínculo jurídico que une a los administradores con la sociedad, en la doctrina española es dominante la corriente contractual, entendiendo que se trata de un **contrato de naturaleza compleja o mixta**, por cuanto participa de un doble carácter:

- **Negocial.** El nombramiento de los administradores constituye un negocio jurídico bilateral que necesita dos declaraciones de voluntad: la designación por la junta general y la aceptación del administrador, y que se integra 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 que caracterizan la relación de los administradores: la subordinación y la autonomía.
- **Orgánica.** Los administradores constituyen un órgano desde la perspectiva de la organización estructural de la persona jurídica sociedad y de la imputación de su actividad, relaciones y responsabilidad.

PRECISIONES En determinados supuestos de renuncia al cargo de administrador, se consideran aplicables las reglas previstas para el **mandato**. En concreto, se alude expresamente al CC art.1737, conforme a la cual el mandatario, aunque renuncie al mandato por justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación, imponiendo la subordinación de la inscripción de la renuncia del administrador hasta la constitución de la junta general para que en ella pueda efectuarse el nombramiento de nuevos administradores (DGRN Resol 8-6-93, RJ 5415; 9-6-93, RJ 5416).

A. Estructura del órgano de administración

(LSA art.9.h; LSRL art.13.f y 57; RRM art.114.1.6ª, 185 y 193)

35

SUMARIO	
1.	Determinación en los estatutos sociales 40
2.	Modalidades 55
	Administrador único 60
	Administración pluripersonal 65
3.	Modificación de la estructura 80

37

- En la configuración de la administración societaria es posible diferenciar entre:
- el órgano de administración, con la tipología que en cada caso pueda presentar (nº 55 s.);
 - la actividad o función de administrar (nº 605 s.); y
 - el o los titulares del órgano (nº 310 s.).

1. Determinación en los estatutos sociales

(LSA art.9.h; LSRL art.13.f y 57; RRM art.114 y 185)

40

El modo en que se organiza la administración de la sociedad es una circunstancia de obligada mención en los estatutos por los que se rige la sociedad.

En último término, por tanto, es la voluntad contractual de los **fundadores** y, posteriormente, la de la **junta general**, la que decide la composición del órgano de administración y su estructura formal organizativa.

Esta obligación genérica se contempla, sin embargo, con distinto **grado de exigencia** según se trate de SA o SRL.

Sociedad anónima (LSA art.9.h; RRM art.114.1.6º) En el caso de **SA**, los estatutos sociales han de recoger:

- la estructura del órgano al que se confía la administración social;
- los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación (ver nº 665 s.); y
- el número de administradores o, al menos, el número máximo y mínimo.

La determinación de la estructura del órgano de administración ha de hacerse de modo preciso, único y excluyente eligiendo una **modalidad concreta** entre las expuestas en el nº 55 s.

Los estatutos sociales deben asimismo expresar el plazo de **duración** del cargo de administrador, que no puede exceder de cinco años (nº 505) y, en su caso, el sistema de **retribución** de los administradores, en los términos que se exponen en el nº 1700 s.

PRECISIONES No son válidas las cláusulas estatutarias que se limitan a recoger **alternativamente** las diversas modalidades que el órgano de administración puede adoptar, dejando a la elección de la junta general la determinación de una de ellas (DGRN Resol 27-2-91; 28-2-91).

Número de administradores Cuando los estatutos sociales se limitan a establecer el número **mínimo y máximo** de administradores, corresponde a la junta general determinar el número concreto, sin que dicha facultad pueda ser delegada en el consejo ni en ningún otro órgano.

Tratándose de **consejo de administración**, el número mínimo de sus componentes ha de ser de tres (nº 920).

Con respecto a las **SA cotizadas**, los informes emitidos en materia de gobierno corporativo por la «Comisión Olivencia» y la «Comisión Aldama», se limitan a establecer como recomendación que el consejo de administración debe tener un número razonable de miembros que asegure la operatividad del órgano, entendiéndose que el tamaño adecuado puede oscilar entre cinco y quince miembros (ver nº 5144).

PRECISIONES Se rechazan las cláusulas estatutarias que únicamente señalan el **número mínimo** de administradores, pero no el máximo (DGRN Resol 4-10-82).

Sociedad de responsabilidad limitada (LSRL art.13.f y 57; RRM art.114 y 185) Tratándose de una **SRL**, los estatutos también deben expresar el modo o modos de organizar la administración de la sociedad, pero con las siguientes particularidades:

1) En cuanto a la determinación de la **estructura** del órgano, los estatutos pueden optar entre una de las dos posibilidades siguientes:

- Establecer una **concreta y única** de las expuestas en el nº 55 s., por lo que su modificación exige el pertinente acuerdo de modificación estatutaria.
- Contemplar **varias** estructuras, atribuyendo a la junta general la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellas.

En este último caso, ha de tenerse en cuenta que:

- la **libertad** de la junta en cuanto a la opción queda limitada a las estructuras expuestas en el nº 55 s.;
- en la **escritura de constitución** ha de constar expresamente la determinación del modo concreto en que inicialmente se organiza la administración;
- el acuerdo de la junta mediante el cual se modifique el modo de organizar la administración social debe documentarse en **escritura pública** y ser objeto de **inscripción** en el RM (nº 90).

2) Con respecto al **número de administradores**, no se impone ni se prohíbe, su concreción estatutaria ni la fijación del número máximo y mínimo de ellos, de manera que, a falta de previsión expresa, corresponde a la junta general determinar al respecto.

No existe un **límite** en cuanto al número de los miembros que pueden integrarse en el órgano de administración pluripersonal, salvo en el caso de consejo de administración, el cual no puede tener un número de componentes inferior a tres ni superior a doce.

PRECISIONES Al contrario de lo previsto para la SA, en la SRL no se exige la especificación estatutaria del **número** de administradores ni, en su defecto, del número máximo y mínimo, ni tan siquiera, para el supuesto de consejo de administración (DGRN Resol 14-4-97; 15-4-97).

45

47

50

51

2. Modalidades

(LSA art.9.h; LSRL art.13.f 57 y 139.1 redacc L 7/2003; RRM art.124 y 185)

55

La administración de la SA o de la SRL puede organizarse de diferentes modos, pudiendo revestir el órgano una estructura unipersonal o pluripersonal, según adopte una de las formas siguientes:

- administrador único (nº 60);
- administradores solidarios (nº 70);
- administradores que actúen conjuntamente (nº 75);
- consejo de administración (nº 900 s.).

Se trata de una **enumeración cerrada** de los modos de organizar la administración social, por lo que la opción de los estatutos o, en su caso, de la junta general debe realizarse por uno de ellos, pero no por otros distintos.

Por excepción, en el ámbito de la **SLNE**, aunque la administración se halle confiada a un órgano pluripersonal, éste no puede adoptar la forma ni el régimen de actuación de un consejo de administración (nº 5710).

57

Sociedad unipersonal (LSA art.311; LSRL art.125 a 129) El régimen de los administradores no sufre alteración sustancial por el hecho de encontrarse la sociedad en situación de unipersonalidad. Los administradores son designados por el **socio único** en ejercicio de las facultades que corresponden a la junta general.

La administración de la sociedad puede adoptar cualquiera de las formas y estructuras permitidas. Salvo disposición en contrario de los estatutos, pueden ser administradores personas distintas al socio único, rigiéndose el nombramiento y el ejercicio del cargo, en lo demás (capacidad, duración, responsabilidad, etc.) por las reglas previstas con carácter general (nº 300 s. y nº 3000 s.).

La **formalización y ejecución** de las decisiones del socio único puede llevarse a cabo por el propio socio o por los administradores de la sociedad. Sin embargo el socio único no tiene facultades para formalizar y ejecutar los acuerdos o decisiones del órgano de administración.

PRECISIONES

Nada impide que el cargo de administrador recaiga en el socio único. En tal caso, el órgano de administración revestirá forzosamente la forma de **administrador único**.

a. Administrador único

(LSA art.9.h; LSRL art.13.f y 57; RRM art.124 y 185)

60

La organización de la administración social mediante la designación de un administrador único supone atribuir a una misma y única persona la totalidad de las funciones de gestión y representación de la sociedad.

En la práctica, la adopción de este tipo de estructura suele producirse en sociedades de escasa envergadura y de estructura accionarial primaria o de tipo familiar, en las que el accionista mayoritario o dueño del negocio asume la titularidad y el ejercicio de todos los poderes.

Es también frecuente que, al menos en un primer momento, la **sociedad matriz** asuma el cargo de administrador único de su filial.

Su principal **ventaja** radica en la rapidez en la toma de decisiones, como consecuencia de la concentración en un único titular de todas las facultades de administración.

Por el contrario, presenta como mayor **inconveniente**, además del riesgo inherente a toda estructura de poder unipersonal, el hecho de imposibilitar el acceso de los socios minoritarios al órgano de administración

b. Administración pluripersonal

65

Cuando la administración se confía a una pluralidad de personas, el **régimen de actuación** entre ellas puede ser **solidaria** o conjunta.

A su vez, la actuación **conjunta** puede revestir una estructura:

- colegial: consejo de administración (nº 900 s.); o
- mancomunada (nº 75).

70

Administradores solidarios (LSRL art.62.2.b; RRM art.124.b, 185.b) Con arreglo a esta modalidad, cada administrador –sin que exista limitación en cuanto a su número– ostenta el poder de

representación de la sociedad, de manera que ésta queda vinculada por la **actuación individual** de cada uno de ellos, sin necesidad de la concurrencia del otro u otros administradores.

La distribución de las competencias de representación entre los diversos administradores solidarios, realizada bien en los propios estatutos sociales o por acuerdo de la junta (p.e., atribuyendo la representación solidariamente a unos administradores y conjuntamente a otros), y cualquier **limitación** al respecto, tienen un alcance meramente interno.

Aunque este modo de organizar la administración social favorece la flexibilidad y la agilidad en la toma de decisiones, incrementa el **riesgo** de conflictos y contradicciones en la actuación de los diversos administradores.

PRECISIONES No es inscribible en el RM la cláusula estatutaria que exige la **actuación conjunta y firma mancomunada** de todos o algunos de los administradores solidarios, cuando se trata de operaciones sociales cuya cuantía excede u determinado importe, salvo que se precise su alcance meramente interno (DGRN Resol 2-12-92).

Administradores mancomunados (LSRL art.62.2.c; RRM art.124.c y 185.3.c) Supone que para la realización de cualquier acto interno o externo de la sociedad, de gestión o de representación, se requiere la **actuación conjunta** de los administradores.

Este tipo de estructura presenta ciertas diferencias según el tipo de sociedad. Así:

A) Tratándose de SA:

- El **número** de administradores ha de ser necesariamente dos; de superarse esta cifra la administración adopta forzosamente la forma de consejo de administración.
- La **distribución de las facultades** de representación tiene un alcance exclusivamente interno; frente a terceros los dos administradores han de actuar siempre de forma mancomunada, no vinculando a la sociedad si lo hacen por separado.

B) En el ámbito de la SRL:

- **No** existe un **límite** en cuanto al número máximo de administradores mancomunados, que, por tanto, pueden ser dos o más de dos.
- Cuando el número de los miembros del órgano de administración es **superior a dos**, el poder de representación ha de ser ejercitado de forma conjunta por, al menos, dos de ellos en la forma determinada por los estatutos.

Son los **estatutos** de la SRL, por tanto, los que, respetando la exigencia mínima de su ejercicio por dos de los administradores, no sólo pueden, sino que en tal supuesto deben concretar la forma de ejercer la representación, pudiendo modalizarla bien mediante su atribución a dos cualesquiera, concretando a quienes se atribuye, exigiendo la actuación de un número superior o de la totalidad de ellos, etc.

La exigencia de la actuación conjunta de los administradores conforme a lo expuesto, puede llevar, en la práctica, a **situaciones de colapso** en la vida social, derivadas del enfrentamiento de los mismos o de los grupos de socios que respaldaron su nombramiento respectivo, en perjuicio del dinamismo con que debe actuar el órgano de administración social.

Sin embargo, esta estructura organizativa constituye una forma insustituible cuando lo que se persigue es el aseguramiento en la toma de decisiones y el mantenimiento de las respectivas posiciones de **igualdad** por los socios, evitando situaciones de predominio.

PRECISIONES 1) De existir más de dos administradores conjuntos, la forma de ejercitar el poder de representación por los mismos es competencia de los estatutos, que no pueden delegarla en la **junta general**, ni tan siquiera sobre la base de atribuir a la misma la facultad de elegir entre diversas alternativas previamente configuradas, para optar entre los diversos modos de organizar la administración previstos por el legislador (DGRN Resol 22-6-00).

2) No es preciso que la **actuación** de los administradores mancomunados sea **simultánea**. Basta que las respectivas declaraciones de voluntad se manifiesten con arreglo a cualquier procedimiento. Es admisible, por tanto, el otorgamiento de un poder o autorización de uno a favor de otro, pero referida al propio consentimiento individual (DGRN Resol 12-9-94).

75

77

3. Modificación de la estructura

(LSA art.144 s.; LSRL art.57.d; RRM art.158, 193 y 195)

Con excepción de algún pronunciamiento aislado (TS 20-4-60), la jurisprudencia se inclina por respetar la **libre voluntad** de la junta general para configurar, como más conveniente crea para los intereses de la sociedad, la organización de su órgano administrativo, aun cuando ello pueda

80

comportar –tratándose de SA– el decaimiento del derecho de representación proporcional ejercitado por la minoría (nº 1010 s.).

En cualquier caso, el cambio de la estructura del órgano de administración implica una modificación de los **estatutos sociales**, sujeta, por tanto, al cumplimiento de los requisitos previstos para este tipo de decisiones tanto en la LSA, como en la LSRL, si bien, en ésta última se prevé un régimen especial para el caso de que en los estatutos sociales se contemplen diversas estructuras administrativas de forma alternativa (nº 90).

PRECISIONES 1) Según reiterado criterio, la **junta** dispone de facultades ilimitadas para modificar los estatutos, reducir el número de consejeros, cesar a los anteriores, etc., sin que ello pueda considerarse una lesión de los intereses sociales en beneficio de uno o varios de los socios, ni constituya tampoco un abuso de derecho o mala fe (TS 29-11-69; 2-3-77; 10-10-80; 18-3-81; 30-6-81; 29-4-85).

2) En relación con el derecho de **representación proporcional** de la minoría (nº 1010 s.), a juicio de cierto sector de la doctrina (Cámara, Rojo, Garrigues, Olivencia), es preciso distinguir entre dos supuestos distintos:

- aquel en el que la modificación del régimen de administración o la reducción del número de consejeros se realiza cuando la minoría ya ha ejercitado su derecho de representación proporcional o han agrupado las acciones para hacerlo
- y aquel otro en el cual la minoría todavía no ha hecho uso del derecho al tiempo de proponer la modificación, de forma que sólo en este caso podría afirmarse la licitud de la modificación y, por tanto, la prevalencia de los poderes de la junta.

85

Sociedad anónima (LSA art.144 s.; RRM art.158) En cuanto implica una modificación estatutaria, el cambio de la estructura del órgano de administración de la SA, exige el cumplimiento de los **requisitos** siguientes:

• **Propuesta e informe justificativo.** Los administradores o, en su caso, los accionistas autores de la propuesta modificativa deben emitir un informe justificando la misma. Ambos documentos han de ser formulados por **escrito** y deben estar redactados y presentados al tiempo de efectuarse la convocatoria por los administradores o de ser solicitada por los socios.

• **Acuerdo de la junta general.** Salvo en el caso de junta universal (LSA art.99), la junta que ha de decidir sobre la modificación de la estructura del órgano de administración debe ser **convocada** por los administradores observando los requisitos generales de antelación y publicidad. Asimismo, para la válida **constitución** de la junta convocada se exigen los siguientes quórum reforzados de asistencia:

- en primera convocatoria, la de al menos el **50%** del capital social con derecho a voto; y
- en segunda convocatoria, la de al menos el **25%** de dicho capital.

El acuerdo se ha de adoptar por **mayoría** de votos, si bien cuando la asistencia a la junta en segunda convocatoria es inferior a la mitad del capital con derecho a voto, para la válida adopción del acuerdo de modificación se requiere el voto favorable de, al menos, los **2/3** del capital asistente.

PRECISIONES 1) La presencia de todo el capital y la aceptación de la celebración de la junta unánimemente por los asistentes –**junta universal**– eximen del cumplimiento de todos los requisitos de convocatoria.

2) Los quórum de constitución y decisorio tienen el carácter de mínimos, por lo que los estatutos sociales pueden elevarlos, para todos o algunos de los acuerdos anteriormente reseñados, siempre que respeten los **límites** siguientes:

- no exijan la unanimidad;
- las mayorías de la segunda convocatoria han de ser necesariamente inferiores a las de la primera (DGRN Resol 8-5-98, RJ 4119).

87

• **Formalización y publicidad.** La modificación de la estructura del órgano de administración social se ha de documentar en **escritura pública**, que debe contener como mínimo, y además de los requisitos de carácter general, determinadas **menciones** distintas en función de cómo ha sido adoptado el acuerdo.

Si ha sido adoptado en **junta universal**, la transcripción literal de la nueva redacción de los artículos de los estatutos sociales que se modifican o adicionan, así como, en su caso, la de los artículos que se derogan o sustituyen.

Cuando el acuerdo **no** haya sido adoptado en **junta universal** además de lo expresado, la escritura debe contener la transcripción literal de la propuesta de modificación y la manifestación de los otorgantes de que ha sido emitido el preceptivo informe justificando la modificación y su fecha.

Una vez otorgada la escritura, habrá de inscribirse en el **RM** (RRM art.81.2), requiriéndose asimismo la publicación en el **BORME** de los actos relativos a la modificación inscrita, que el registrador mercantil ha de remitir.

90

Sociedad de responsabilidad limitada (LSRL art.57 y 71; RRM art.193 y 195) En el ámbito de la SRL es preciso distinguir entre dos supuestos, según la alternativa seguida en los estatutos sociales:

1) Si los estatutos determinan una **estructura concreta y única** del órgano de administración, su alteración exige el pertinente acuerdo de modificación estatutaria, cumpliendo los requisitos de legalidad previstos con carácter general; es decir:

- Acuerdo de **junta general**, convocada o celebrada con carácter universal, adoptado con el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social, o el porcentaje superior exigido por los estatutos.

- Formalización en **escritura pública e inscripción** en el RM, así como su publicación, a instancias del registrador mercantil, en el BORME.

2) Si los estatutos sociales contemplan **distintos** modos de organizar la administración, atribuyendo a la junta general la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellas, pese a no suponer una modificación de los estatutos sociales la opción por una u otra estructura se ha de consignar en **escritura pública** e inscribirse en el **RM**.

B. Paralización del órgano de administración

(LSA art.260.1.3º, 262.4 y 5; LSRL art.104.4 y 5, 104.1.c)

La configuración del órgano de administración como órgano permanente de gestión y de relación con terceros, hace que su **inactividad** pueda determinar que resulte imposible el normal funcionamiento de la sociedad, y que ésta se vea incurso en causa de disolución.

Causa de disolución (LSA art.260.1.3º; LSRL art.104.1.c) La paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su actuación, constituye una de las circunstancias susceptible de provocar la disolución de la sociedad.

Para su **eficacia**, se requiere que la paralización de los órganos sociales y, por tanto, la imposibilidad de alcanzar el fin social, sea manifiesta y tenga un carácter definitivo e insuperable, en el sentido de se trate de una situación de la que sea sumamente difícil salir y que la sociedad no pueda aguantar sin grave quebranto.

La inactividad del órgano de administración puede venir motivada por diversas **causas**, por ejemplo, la propia desidia de los administradores, el vaciamiento del órgano por dimisión, el fallecimiento o cese de todos sus miembros o de un número tal que impida su normal funcionamiento, o las continuas confrontaciones entre los consejeros que impida la adopción de cualquier acuerdo.

La inoperancia del órgano de gestión y representación derivada de cualquiera de las anteriores causas, comporta, entre otras **consecuencias**, que la sociedad quede imposibilitada o, al menos, encuentre grandes dificultades para la realización de actos tan esenciales en la vida social como:

- la convocatoria de las juntas generales;
- la formulación de las cuentas anuales;
- la propia actuación en la esfera externa.

PRECISIONES 1) La mera paralización de la vida social o la privación temporal de la empresa que constituye su objeto no son, por sí solas, determinantes, no debiéndose reputar causa de disolución la existencia de meras **dificultades u obstáculos transitorios** y vencibles en la realización del fin social (TS 3-7-67, RJ 2939; 5-6-78, RJ 2220).

2) La paralización no se entiende solamente como inerte pasividad o silencio absoluto de los órganos de la sociedad, sino que necesariamente ha de comprender también los casos de **bloqueo efectivo** en que, aun celebrándose formalmente reuniones del consejo de administración y convocándose juntas generales, no pueden lograrse acuerdos o los adoptados no se ejecutan (TS 4-11-00, RJ 9209).

Pese a todo lo anterior, en la práctica, esta causa de disolución se produce normalmente en relación con la **junta general**, ya que, de producirse cualquiera de las situaciones descritas, ésta puede, judicialmente convocada o constituida con carácter universal, resolverlas mediante la adopción de los pertinentes acuerdos de cese y nombramiento de los miembros del órgano de administración.

Es más, en el ámbito de la **SRL** parece que la paralización determinante de la imposibilidad de funcionamiento de la sociedad queda referida únicamente a la de la junta general, ya que, en los supuestos en que se produce una situación de acefalía funcional del órgano de administración, legítima a cualquier socio a solicitar la convocatoria judicial de la junta, y a cualquiera de los administradores que permanezcan en el cargo para que convoque la junta general, al solo objeto de que la junta designe nuevos administradores (LSRL art.45.4).

107

Con todo, existen una serie de casos concretos en los que ni siquiera la anterior solución resulta aplicable, por cuanto lo que en realidad se produce es la **paralización total** de la sociedad.

Se trata de sociedades con un reducido número de socios, divididos en grupos perfectamente equilibrados y enfrentados entre sí, de manera que la paralización del órgano administrativo provoca la de la junta general o a la inversa, no pudiéndose adoptar ninguna decisión que permita el desarrollo del fin social (DGRN Resol 8-6-93; 9-6-93; 24-3-94).

PRECISIONES La jurisprudencia aprecia paralización del funcionamiento de los órganos sociales e imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social en los siguientes **supuestos**:

a) Sociedad integrada sólo por **dos socios**, con igual participación e idénticas facultades de administración, entre los que surgen desacuerdos (TS 25-7-95, RJ 6201).

b) Sociedad integrada por dos socios, hermanos, cada uno de los cuales posee el 50% y el 30%, respectivamente, perteneciendo el 20% restante a la herencia yacente, aún no aceptada, del fallecido padre de ambos. Debido a la **enemistad y hostilidad** manifiesta que ambos se profesan, se hace imposible la adopción de ciertos acuerdos para los que se requiere un quórum especial, tales como el aumento de capital, la prórroga de la duración de la sociedad, la fusión o transformación, su disolución o la escritura social (TS 7-4-00, RJ 2348).

c) Sociedad familiar compuesta por seis socios, uno de los cuales tiene el 50% de las participaciones sociales, y los otros cinco el 10% cada uno. En la práctica, existen en su seno dos grupos enfrentados, encabezados por los dos administradores mancomunados de la sociedad, uno de ellos el socio mayoritario, y el otro uno de los socios minoritarios, en representación del resto (AP Vizcaya 14-3-00, AC 1078).

110

Disolución judicial (LSA art.262.4 y 5; LSRL art.104.4 y 5) Producida la paralización de los órganos sociales, los **administradores**, aun en el caso de que el órgano de administración se encuentre paralizado, están obligados a convocar la junta general al objeto de que ésta acuerde la disolución.

Si la junta no adopta dicho acuerdo, los administradores han de solicitar la disolución judicial de la sociedad, en el **plazo** de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando la misma no se haya constituido, o desde el día de su celebración, cuando el acuerdo no se adopte o sea contrario a la disolución.

El **incumplimiento** por los administradores de dicha obligación se sanciona mediante su responsabilidad solidaria por las deudas sociales (nº 3270 s.).

PRECISIONES **1)** Si la junta se celebra válidamente y adopta **acuerdos distintos** al de disolución, ha de estimarse que no concurría realmente dicha causa de disolución o que la misma ha sido removida.

2) Tratándose de la paralización de los órganos sociales, la indeterminación del cuándo se ha producido la causa de disolución, a efectos del **cómputo del plazo** de los dos meses para convocar la junta, es mucho mayor que en otros supuestos.

3) Cualquier **interesado** puede instar la disolución judicial. En este caso, si la solicitud se formula antes de que transcurran los dos meses, coincidiendo la causa alegada con la que motiva la junta, no llega a nacer la responsabilidad de los administradores.

SECCIÓN 2

Altos directivos

(ET art.2.1; RD 1382/1985)

150

SUMARIO

Definición.....	155
Fundamento	160
Requisitos	165
Exclusiones legales.....	175

152

En la práctica seguida en las sociedades de cierta envergadura, las tareas de dirección y gestión permanente de la empresa pueden ser encomendadas a profesionales que dirigen y gestionan la empresa, y que se hallan sujetos a un particular estatuto jurídico: la **relación laboral especial** de alta dirección.

El estudio del **contrato de alta dirección** se desarrolla en el nº 6000 s.

155

Definición (ET art.2.1.a; RD 1382/1985 art.1.2) Alto directivo es el trabajador por cuenta ajena que ejerce en la empresa poderes inherentes a la titularidad jurídica de la misma y relativos a los objetivos generales de ésta, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los crite-

rios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que ocupe aquella titularidad.

De la anterior definición se desprenden las siguientes **notas distintivas** que caracterizan al alto directivo:

- a) Es un auténtico **trabajador por cuenta ajena**. Ello implica que la relación laboral especial de alta dirección participa de las notas caracterizadoras de cualquier relación laboral: voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia (ver nº 1490 s. **Memento Social 2004**).
- b) Ha de ejercitar en la empresa **poderes** inherentes a la titularidad jurídica de la misma.
- c) Ha de ejercitar poderes empresariales relativos a **objetivos generales** de la empresa.
- d) Ha de actuar con **autonomía y plena responsabilidad**, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas del administrador o de los administradores o del órgano de administración de la entidad que encarna la titularidad jurídica de la empresa.

PRECISIONES

1) Poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa son los que atañen a las **decisiones** fundamentales o **estratégicas** de la empresa (TS 6-3-90, RJ 1767). De ahí que la jurisprudencia denomine al alto directivo como auténtico «alter ego» del empresario (TS 3-10-00, RJ 8290), y de ahí también que la nota de la dependencia quede muy matizada en la relación especial de alta dirección, alcanzando en ocasiones tal grado de sutileza que puede inducir a confusión (TSJ Asturias 18-12-98, AS 4411; TS 3-10-00, RJ 8290; TSJ País Vasco 21-1-03, AS 1596).

2) El hecho de ejercitar poderes relativos a los objetivos empresariales de carácter general, implica que se ha de tratar de **poderes amplios**, pero no que necesariamente tengan que referirse a la totalidad de la empresa, aceptándose la calificación de alto directivo de quien tiene atribuidos poderes relativos a un sector del tráfico o giro de la empresa (TS 7-3-88, RJ 1859; 13-11-89, RJ 8044). Lo trascendental a estos efectos no es la extensión funcional o territorial del poder, sino su **intensidad**, de suerte que en sectores concretos de la empresa también puede desplegarse la actividad de alto directivo, pues la esencia de ésta consiste en participar e intervenir en la dirección y gobierno de la empresa, de tal forma que pueda determinar el sentido de la marcha de la empresa, siempre que afecte a objetivos generales de la misma (TSJ Cataluña 19-11-97, AS 3936). Sin embargo, no puede considerarse alto directivo a quien tiene atribuidos poderes muy limitados, bien funcionalmente a áreas determinadas de la empresa, bien territorialmente, a centros o **sucursales** de un concreto ámbito geográfico (TSJ Murcia 18-11-02, AS 3431).

3) La **autonomía** se entiende fundamentalmente frente a otros trabajadores de la empresa. El alto directivo sólo recibe órdenes de la persona que encarna la titularidad jurídica de la misma, no a su vez de otros trabajadores. De ahí que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo: ha de excluirse a quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora (TS 13-3-90, RJ 2065).

4) La plena **responsabilidad** se entiende fundamentalmente respecto de la persona que encarna aquella titularidad jurídica; esta persona es siempre libre para dar instrucciones y fiscalizar la actividad del alto directivo (TS 26-11-90, RJ 8603).

5) Es irrelevante la **denominación** que las partes den al cargo, ya que el nombre cede ante la realidad de las funciones (TS 18-9-85, RJ 4316; TSJ Madrid 14-1-03, AS 1468; 22-4-03, AS 2003; TSJ Castilla-La Mancha 16-1-03, AS 1534).

6) La calificación de alto directivo supone una excepción al régimen laboral común, por lo que debe apreciarse con **criterio restrictivo**, prevaleciendo en caso de duda la presunción de laboralidad común (TS 6-5-81, RJ 2100; 24-1-90; 13-3-90, RJ 2065; 11-6-90, RJ 5050; 2-1-91; TSJ Murcia 21-4-98; TSJ País Vasco 21-1-03, AS 1596).

7) La cuantía de la retribución, la exigencia de titulación académica, el grado de capacidad técnica, así como la existencia de un poder de representación –apoderamiento–, aunque no son elementos determinantes de la condición de alto cargo, sí son **indicios** de gran significado (TS 20-1-81, RJ 217); no obstante, debe estarse al caso concreto, sin la existencia o no de poderes notariales, la modalidad contractual empleada, etc. predeterminen el verdadero contenido de la actividad desarrollada por el trabajador (TSJ Castilla-La Mancha 16-1-03, AS 1534).

8) No tiene transcendencia la relación en que se encuentre el interesado con la **Seguridad Social** (TS 7-3-89, RJ 1801; 13-11-89, RJ 8044; 30-1-90, RJ 238; 6-3-90; 12-9-92, RJ 1870; 17-6-93, RJ 4762; 22-4-97, RJ 3492).

Fundamento (RD 1382/1985 art.2) La relación laboral especial de alta dirección se sustenta en la mutua confianza entre las partes y la buena fe.

La reciprocidad en la **confianza** hace que la misma se manifieste:

a) Del empresario hacia el alto cargo, por cuanto, sin perjuicio del control que en todo momento puede ejercer la empresa y la necesaria dación de cuenta o de resultados por parte del alto directivo, éste no se ve sometido en el ejercicio de sus funciones de manera permanente a la fiscalización del empresario.

b) Del alto cargo hacia la empresa, en el sentido que la sucesión de empresa o el cambio en su titularidad que produce la renovación de los órganos rectores, le abre la posibilidad de resolver el contrato con derecho a indemnización (nº 6327), lo que no ocurre en la relación laboral común.

156

158

160

La **buena fe** constituye el criterio rector al que las partes han de acomodar el ejercicio de sus recíprocas obligaciones y derechos.

162

La especial confianza que está en la base de esta relación trae como **consecuencias** más relevantes las siguientes:

- La prevalencia de la **autonomía de la voluntad** como principal fuente reguladora de la relación (nº 6015). Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de personal de alta dirección se regulan por la voluntad de las partes, por las normas del RD 1382/1985, y subsidiariamente por la legislación civil o mercantil, siendo aplicables las normas de legislación laboral común sólo en los casos de remisión legal expresa o cuando así lo pacten las partes (RD 1382/1985 art.3).
- La admisión del **desistimiento unilateral** del empresario como modo de extinción del contrato (nº 6350).
- La posibilidad de establecer el contrato de alta dirección con una **duración** determinada (RD 1382/1985 art.6), sin sujeción a causas legales típicas de temporalidad.
- La **exclusividad** en la prestación de servicios, como regla general, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario (RD 1382/1985 art.8).

PRECISIONES 1) La condición de alto directivo obliga a comportarse con una especial **buena fe**, concepto que, en este ámbito, ha de apreciarse de modo más extenso y sensible que en el ámbito de la relación laboral común (TSJ País Vasco 30-6-92, AS 3244; TSJ Asturias 4-12-92, AS 5933; TSJ Madrid 3-4-01, AS 2333; 18-12-01, AS 657).

2) Dada la especial posición de responsabilidad del alto directivo, la confianza puede quebrar con mayor facilidad que en las relaciones laborales comunes, y a este respecto ha de tenerse en cuenta que el contrato de alta dirección puede extinguirse por **despido disciplinario** fundado en la transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza por parte del alto directivo (RD 1382/1985 art.11.2).

165

Requisitos Para que exista una relación de alta dirección se han de cumplir los siguientes requisitos:

- Deben ejercerse poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (criterio funcional) y referidos a los objetivos generales de la misma (**criterio objetivo**).
- La actividad debe desarrollarse 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 sociedad que ocupe aquella titularidad (criterio **jerárquico**) (TS 18-12-00, RJ 2001/819).

167

Poderes Conforme a un criterio funcional y objetivo, la exigencia del ejercicio de un poder correspondiente al núcleo organizativo de la empresa con proyección a los objetivos generales de la misma, debe ser interpretada de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1º Los poderes han de estar incluidos en el círculo de **decisiones** fundamentales o **estratégicas** de la empresa (TS 6-3-90, RJ 1767; 1-6-93, RJ 4762; 18-3-91, RJ 1870). Deben referirse a los objetivos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de ser referidas normalmente a la **íntegra actividad** de la misma o a **aspectos trascendentales** de sus objetivos (TS 30-1-90, RJ 233; 12-9-90, RJ 6998; 17-6-93, RJ 4762; 22-4-97, RJ 3492; 4-6-99, RJ 5067) y no a las distintas unidades que la componen (TS 24-1-90, RJ 205; 12-10-90, RJ 6998; 2-1-91, RJ 1991; 22-4-97, RJ 3492).

2º No es imprescindible que exista un **acto formal** de apoderamiento (TS 6-3-90, RJ 1767; 18-3-91, RJ 1870; 1-6-93, RJ 4762; TSJ Cataluña 11-6-98, AS 6394). El hecho de estar apoderado formalmente tampoco basta si de hecho no se ejercen los poderes.

168

3º Los poderes han de tener **dimensión territorial** plena o ser referidos a zonas o centros de trabajo nucleares para la actividad íntegra (TS 4-6-99, RJ 5067).

No obstante, lo que prima es la intensidad del poder no su extensión territorial o funcional, por lo se califica como relación de alta dirección también aquella en la que los poderes:

- se refieren a sectores específicos del tráfico mercantil (TSJ Castilla-La Mancha 28-1-99, AS 237; TSJ Cataluña 30-6-99, AS 2435);
- son compartidos por más de una persona;
- se ejercen conjuntamente con otra persona (TSJ Cataluña 13-6-95, RJ 2389);
- atribuyen ciertas facultades mancomunadamente (TS 13-11-91, RJ 8219; TSJ Madrid 21-12-99, AS 00/734).

4º La **revocación** de poderes no se entiende como una novación contractual desde la relación especial a la común, sino como una medida preventiva en caso de disminuir la confianza del empresario, ya que (TS unif doctrina 12-7-97, RJ 6259; TSJ Madrid 29-4-03, AS 3165):