

Administradores sociales ejecutivos y altos directivos laborales. ¿Replanteamiento de la teoría del vínculo?

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM
sanuran@ucm.es

ORCID <http://orcid.org/0000-0003-1296-546X>

Executive administrators and senior managers: Rethinking the theory of the link?

SUMARIO:

1. ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES CAPITALISTAS Y ALTA DIRECCIÓN LABORAL: DELIMITACIÓN Y SIMULTANEIDAD DE CARGOS. 1.1. Premisas. 1.2. La razón o justificación de la exclusión del ámbito laboral de los consejeros ejecutivos; 1.3. La delimitación de la prestación de servicios directivos y opciones de política legislativa. ¿En qué se parece, en qué se diferencia el consejero ejecutivo y el alto directivo laboral?. 2. SOBRE LA TEORÍA DEL VÍNCULO. ORIGEN, DESARROLLO Y PUESTA EN TELA DE JUICIO. 2.1. Planteamiento, contexto y fundamento del dogma. 2.2. Replanteamiento del dogma. 3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. CONCEPTO COMUNITARIO DE TRABAJADOR Y "TEORÍA DEL VÍNCULO. 3.1. De un caso concreto a las premisas básicas de la doctrina del TJUE. Apuntes sistemáticos. 3.2. Conclusiones en torno a la doctrina del TJUE 4. REFLEXIONES FINALES

RESUMEN: Durante más de tres décadas la "teoría del vínculo", también denominada organicista o monista, se ha mantenido incólume por las jurisdicciones social, civil y contencioso-administrativa. Aunque en principio se ideó para evitar la huida hacia el Derecho del Trabajo, en concreto hacia la regulación de la relación laboral de alta dirección, aspectos varios concernientes a los "consejeros ejecutivos", fue objeto de crítica por la doctrina. Los cambios legislativos en el Derecho de Sociedades permitía arrumbar esta teoría pero se mantuvo, no sin alguna matización, por jueces y tribunales de aquellos órdenes jurisdiccionales. Varias son las proyecciones de esa teoría; y trasciende a una, especialmente relevante para los laboristas, la relativa a naturaleza de la relación jurídica intrasocietaria y a la posibilidad o no de

simultanear un contrato especial de alta dirección con el cargo de administrador. Y varias también las nuevas perspectivas que pudieran derivar de la doctrina del TJUE sobre el “concepto comunitario de trabajador”, que se ha asumido en sentencias del orden contencioso-administrativo y ha fundamentado el conflicto negativo de jurisdicción entre la social y la civil, que debe resolver en breve la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

Palabras claves: alta dirección, administración social, consejero ejecutivo, exclusión laboral, relación laboral de alta dirección, teoría del vínculo, doctrina del TJUE

ABSTRACT: For many years, the theory of the link—also known as the organicist or monist theory—has been upheld by the labour courts, followed by the civil and administrative courts. Although it was initially designed to prevent an escape towards labour law, specifically towards the regulation of the employment relationship of senior management in various aspects concerning “executive directors,” it has been subject to criticism by legal scholars. Legislative changes in company law allowed this theory to be set aside, despite its continued application by judges and courts across different jurisdictions. One of the problems that most impacts the labour field, and therefore the intra-corporate legal relationship, concerns cases in which a special senior management employment relationship coexists with the position of director, despite the qualifications introduced by labour case law in certain instances. To continue with the projection of the CJEU’s case law in this area, whose reasoning is used by our national judges and courts, a negative conflict of jurisdiction between the labour and civil courts now arises, which must be resolved by the Conflicts Chamber of the Supreme Court.

Keywords: senior management, corporate management, executive director, labour exclusion, senior management employment relationship, theory of the link (also “organicist theory” or “monist theory”), CJEU case law

1. ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES CAPITALISTAS Y ALTA DIRECCIÓN LABORAL: DELIMITACIÓN Y SIMULTANEIDAD DE CARGOS

1.1. Premisas

Desde lo que se convino en calificar como “huida hacia” el Derecho del Trabajo, y en consecuencia, huida de otros sectores del ordenamiento jurídico, fuera en el ámbito intrasocietario, Derecho Mercantil o más específicamente Derecho de Sociedades, o en el externo al societario, y en especial, en el ámbito tributario, varios aspectos problemáticos y en permanente discusión han ocupado a la doctrina científica, doctrina judicial y jurisprudencia en los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico en liza. El foco a lo largo de estos años, tras la entrada en vigor del RD 1382/1985, de 2 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de alta dirección (en adelante, RDPAD), y la legislación mercantil y tributaria, en sus versiones ya superadas y en las posteriores y actuales, se centró en la canalización a través de la regulación laboral

de la relación asalariada especial de alta dirección, fronteriza o en algunas ocasiones difícilmente diferenciable de la actividad de los administradores sociales, de algunos aspectos trascendentales de la relación jurídica de éstos, que no habían sido, al menos en apariencia, debidamente solucionados de forma expresa por el legislador. Aspectos sustantivos como la determinación y cuantía de la retribución, la indemnización por cese o la deducibilidad de las retribuciones fueron y son los cruciales y, en el trasfondo procesal, la competencia de diferentes órdenes jurisdiccionales para solventar estos conflictos.

Hablamos de “huida hacia” el Derecho del Trabajo. Brevemente recordemos las cuestiones planteadas y las razones. En primer término, en tono a la relación intrasocietaria, hay que referir a la prestación de servicios de quienes son administradores de la sociedad para resolver la cuestión relativa a si cupiera distinguir dos relaciones jurídicas yuxtapuestas, una la orgánica, como administrador “en cuanto tal” (en la expresión utilizada en la normativa de Sociedades), y otra, contractual. Y en este caso, si cupiera encajar ésta en la relación laboral especial de alta dirección en los casos en los que el administrador realiza un plus de actividad, centrada en la dirección y gestión real y directa de la empresa. Y en este caso si la respuesta está en las reglas normativas que conforman el régimen jurídico de la relación laboral para solucionar algunos de los aspectos más problemáticos.

Es verdad que con la finalidad, se decía, de evitar la huida hacia el Derecho del Trabajo y, en consecuencia, para evitar que estos administradores con plus de actividad orillarán la legislación mercantil sobre retribución de los administradores sociales, durante muchos años se mantuvo la teoría organicista o monista, pese a las voces en contra, en la doctrina mercantilista, menos en la laboralista, razonando que no había una única relación jurídica entre el administrador y la sociedad cuando aquel realiza esa prestación de servicios real y efectiva de dirección y gestión directa.

Por el contrario, si fuera admitida la relación contractual yuxtapuesta, identificada con el arrendamiento de servicios, tras la entrada en vigor del RDPAD, la formulación legal de la exclusión prevista en el art.1.3c) ET y la ausencia de atención por el legislador mercantil, se planteó la posibilidad de su encaje en la relación laboral especial de alta dirección. Planteamiento que —como se verá con detenimiento en apartados siguientes de este estudio— fue radicalmente abrogado por la jurisdicción de lo social considerando que aquella relación contractual, de existir, quedaría subsumida en la relación orgánica y, como efecto, residenciada en la jurisdicción civil. Más por una razón pragmática que con fundamento jurídico solvente, ambas jurisdicciones coincidieron en el resultado final atrayendo también a la jurisdicción contencioso-administrativa. Si ya entonces, y más aún tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital RDLegislativo 1/2010 —en adelante, LSC— y su reforma en 2014 por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, la doctrina mantuvo su crítica a la negativa de jueces y tribunales a reconocer la existencia de dos relaciones jurídica, fue aquel paso legislativo lo que provocó que se abrieran brechas en la jurisprudencia.

Desde este planteamiento, en las páginas siguientes nos adentramos en esta cuestión y en el estado actual en la normativa y la jurisprudencia con referencia específica al supuesto en que la organización de la administración social se canaliza a través del Consejo de Administración (en adelante, CA) y éste delega facultades de dirección o gestión en uno o varios de sus miembros, dando lugar, entre otras posibilidades, a la existencia de consejeros ejecutivos o a uno o varios Consejeros-Delegados con atención expresa a los rasgos o elementos de esa relación intrasocietaria.

Vayamos a la segunda proyección de la “huida hacia” el Derecho del Trabajo, que la doctrina judicial y jurisprudencia social atisbó que podría producirse en una circunstancia nueva a la anterior, que afectaba sobremanera a la posibilidad o no de entrar en la relación jurídica de personal de alta dirección. Nos referimos al supuesto de celebración previa de un contrato de alta dirección como Director General, Director Gerente, inserción después en el órgano de administración y continuación con la actividad de dirección y gerencia y a la posibilidad o no de ambivalencia de relaciones jurídicas; lo que exigía a la jurisprudencia social determinar si aquella doctrina organicista podría también traspasarse al supuesto de personas inicialmente ajenas al órgano de administración —y contratadas como personal de alta dirección— y posteriormente nombradas administradores, en especial miembros del CA, de modo que no fuera posible simultanear la condición de alto directivo laboral y miembro del órgano de administración social.

La jurisprudencia social, con base en el mismo razonamiento utilizado en su origen para fundamentar la teoría organicista o monista, lo traspasó miméticamente a estas otras situaciones que consideraba homogéneas tanto en su fundamento como en su solución. El silogismo utilizado por la jurisprudencia (social y civil) puede resumirse del modo siguiente: premisa mayor, el administrador en cuanto tal realiza funciones de dirección y de gerencia; premisa menor, no cabe distinguir una simultaneidad de cargos, el de administrador y el de director; premisa menor complementaria, tampoco cabe aceptar el desempeño simultáneo de la actividad de administración social con la de alta dirección. Conclusión: en todos estos supuestos prima la condición de administrador, la que se califica como relación orgánica, quedando subsumida la de consejero ejecutivo y la de alta dirección. Lo que, contradiciendo además la regulación prevista en el RDPAD que, lejos de establecer la extinción de la relación laboral, sin posibilidad de retorno, permite pactar la suspensión del contrato y, cabría preguntarse, ¿impide, con base en la autonomía de la voluntad de las partes pactar la simultaneidad cumpliendo al respecto las previsiones de los estatutos sociales?.

Analicemos con cierto detenimiento los aspectos relacionados con la delimitación y encaje de la relación de prestación de servicios de dirección en las sociedades de capital.

1.2. La razón o justificación de la exclusión de los consejeros ejecutivos del ámbito laboral

La primera razón de aquella "huida" enlaza con la justificación que se dio a la exclusión del ámbito de aplicación del estatuto de los trabajadores, esto es, el art.1.3.c) ET cuando afirma que queda al margen de la laboralidad *"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 solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo"*. Expresión legal que ha hecho correr ríos de tinta y que, de forma más sintética, podría enlazarse con la mercantil, que refiere a los "administradores en cuanto tales" (en la terminología de la LSC, art.217.3).

En este sentido, la cuestión nos traslada al análisis de las diversas formas en que puede estar organizado el órgano de administración social (art.210 LSC), a la evolución de la realidad y el contexto social y económico, a la opción legislativa en la actualidad, en particular, aunque no solo, en torno a los denominados Consejeros-Delegados, y, en consecuencia, a la forma de organización compleja de la administración social, esto es cuando adopta la forma de CA. Y en esta circunstancia, la distinción entre un simple consejero y quien ostenta un plus de actividad o, como se ha expresado posteriormente por el legislador, entre un consejero meramente consultivo y quien puede ser considerado consejero ejecutivo.

Es desde luego, una cuestión que trasciende lo laboral pero incide en las razones o causas de la exclusión del ámbito laboral (la interpretación de la doble dicción del art.1.3.c) ET, "pura y simplemente" y "cometidos inherentes al cargo", aun cuando se dijera en su momento que se trataba de reiteración de epítetos como ejemplo de "poca fortuna estilística"¹) y posterior delimitación con el alto directivo laboral. Desde la perspectiva mercantil, sin ahondar en la evolución legislativa del Derecho de Sociedades, la LSC y su reforma en 2014 fue un punto de inflexión porque, a nuestro juicio, permitió superar la tesis institucionalista para definir la relación entre el administrador y la sociedad de modo que, reclamado en su momento, se expresa legalmente en el "contrato de administración" cuando la administración social es compleja y se delega internamente en miembros del CA para que realicen una actividad o presten un servicio personal de dirección y gerencia. La LSC no define este contrato y tampoco lo califica como mercantil; y tras la entrada en vigor de la norma mercantil no se ha abordado por el legislador en toda su complitud el que desde hace tiempo venimos reclamando como "estatuto del administrador"², en concreto, el del consejero eje-

1 Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*; Lex Nova, 2000, p.87; de ambos autores, "En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm.83, pp53-54

2 Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Estatuto jurídico del alto directivo laboral. Nuevas perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.118, 2015, pp.32 y 33.

cutivo, que clarificara su situación jurídica y sus múltiples proyecciones normativas (laboral, mercantil, fiscal, de seguridad social) y definiera con precisión el ámbito de exclusión laboral relativa a quienes prestan servicios como administradores en las sociedades de capital para, traslativamente, definir el ámbito de inclusión de la relación laboral de alta dirección.

La opción de política legislativa excluyente del ámbito de aplicación de las normas laborales de la prestación de servicios de quienes actúan o trabajan como administradores de las personas jurídicas sigue generando discusión e interpretaciones no exactamente coincidentes. La cuestión relativa a si la exclusión legal es declarativa o constitutiva no fue resuelta de forma unánime por la doctrina científica pero, a nuestro juicio, ha quedado explicitada por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA) cuando define al trabajador por cuenta propia o autónomo utilizando una fórmula contrapuesta al art.1..1 del ET; esto es, partiendo de dos rasgos que se expresan contrarios al trabajo asalariado, a saber, autonomía e independencia en la prestación de servicios. Definición que se completa con una inclusión expresa y con una exclusión expresa de los administradores de la sociedad de capital.

Por un lado, inclusión expresa, se consideran trabajadores por cuenta propia *"los que ejercen funciones de dirección y gerencia que conlleva el cargo de consejero o administrador, ..., a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directivo o indirecto de aquella"* (art.1º.2.c LETA). De modo que, por mandato del legislador, el trabajo por los administradores en estas circunstancias deviene en una modalidad del trabajo autónomo en el sentido de que el control directo determina que los frutos o utilidad del trabajo recaen sobre quien lo ejerce, que asume, también, los riesgos de la actividad o de la explotación económica. Inclusión como autónomo (o excluido como asalariado) que se conjuga con la proyección sobre la Seguridad Social, sobre el encuadramiento de consejeros y administradores en el sistema, conforme a lo previsto en el art.136.2.c) de la LGSS, distinguiendo según posean o no el control efectivo de la sociedad y según ejerzan o no funciones de dirección y gerencia³, atendiendo a lo dispuesto en el art.305.2 LGSS.

Por otro lado, exclusión expresa y atendiendo a otras circunstancias de la prestación de servicios de los administradores (por definición, no titulares del control efectivo económico de la sociedad), se dice que quedan al margen del ámbito de aplicación de la LETA (art.2.b) *"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, de conformidad con lo establecido en el art.1.3c) ET"*. La exclusión de la LETA, como puede comprobarse, no hace referencia a la segunda expresión contenida en el art.1.3.c), esto es, cuando indica *siempre que*

3 Véase, detenidamente, Goñi Sein, J.L.: "La doctrina del vínculo, ¿infringe el derecho de la UE", Revista Labos, Vol.5, n.2, 2024, pp.125 y ss

su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.

Regulación de la que deriva la cuestión siguiente; ¿ el legislador estaba al tanto de la dificultad que había generado la interpretación de esta cláusula legal e implícitamente quiso de algún diferenciar entonces lo que fuera o sea actividad pura y simple de consejero de aquellos otros cometidos propios de dirección y gerencia?. A nuestro juicio, cabe interpretar que la prestación de servicios de los administradores, cuando no poseen el control efectivo de la sociedad, y prestan funciones de dirección o gerencia, no se corresponde con las características de un trabajador autónomo y por cuenta propia y puede encajar con naturalidad en un trabajo que responde a los elementos o rasgos que caracterizan la relación laboral (ajenidad/dependencia) porque su actividad no se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero.

Volvamos a la norma la laboral, a la exclusión del art.1.3c) ET, que no ha sido modificado y, como sabemos, antes y ahora, sigue planteando dudas al respecto: ¿a quién refiere, a todos los administradores, con independencia de la forma de organización del órgano de administración societario?. Si pensamos en la administración compleja, Consejo de Administración, ¿la exclusión refiere a todos los consejeros? ¿o solo a los consejeros ordinarios, no ejecutivos, y no por tanto a los ejecutivos?. Conocemos el debate en torno a la exclusión, si la concepción de la que puede calificarse como de exclusión constitutiva ha de ser amplia o restrictiva (lo que, como también se sabe incide en el ámbito de aplicación de la norma laboral, y, en particular, en la configuración del ámbito de aplicación del RDPAD) y, en fin, como se dijo en su momento, si la exclusión actúa o no de forma general sobre toda la actividad de administración social o que "la ley quiere que toda la actividad de administración quede excluida del ámbito laboral"⁴

La realidad dinámica, abierta, flexible en la organización y gestión de las empresas que revisten forma jurídica de sociedad y, en particular, en las de estructura compleja, bajo el término genérico "administrador de sociedad" no hay un cargo ni una función únicos. Las formas de organización de la administración de sociedad son varias y, en consecuencia, no hay un cometido único, sino diferentes "cometidos inherentes" al cargo de administrador social atendiendo a las diferentes estructuras del órgano conforme a la LSC, que distingue en función del tipo de sociedad, estructuras simples o estructuras sociales complejas. Entonces, ¿a qué *cometidos inherentes* refiere el precepto estatutario al definir la exclusión?.

Las funciones de administración son de muy diverso signo, pese a lo indicado por la jurisdicción de lo social⁵. Bajo el término administración hay que integrar las

4 Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E.: "En los límites del contrato de trabajo:...", cit., p. 59

5 Pongamos como ejemplo la STS Sala de lo Social 9055/2007, de 26 de diciembre (rec.1652/2006) re- producida, ya vigente la reforma de la LSC, en la STS 206/2022 de 9 de marzo de 2022 (rud, 742/2019), con mención a la doctrina o visión que podemos calificar como "clásica" en esta materia:

funciones de dirección, supervisión, programación y ejecución, una función más deliberativa (más política, si se quiere) y una función más ejecutiva o de gestión. Todas estas funciones, pudiera defenderse (aunque no hay posición unánime en la doctrina mercantilista), son inescindibles cuando el órgano de administración se estructura bajo formas propias de las sociedades simples; por el contrario, cuando la sociedad de capital es compleja, la forma típica del órgano de administración es el CA (única posibilidad, por cierto, que la LSC establece para las sociedades de capital cotizadas) y la realidad demuestra que éste, el Consejo, puede delegar internamente sus funciones en miembros del Consejo, figura del Consejero-Delegado o Comisión Ejecutiva, y, si la sociedad es cotizada, se permite que entre los diferentes tipos de consejeros se nombre un "consejero ejecutivo" (art529 octodecimos LSC). Sin perjuicio, para una mayor complejidad, según enseña la práctica de la organización de estas sociedades, que el CA delegue funciones en personas externas a la empresa o previamente vinculadas a la misma por una relación laboral, que no forman parte inicialmente del Consejo (apareciendo así la figura tradicional del Director General o CEO); o que pueda coexistir el Consejero Ejecutivo, normalmente Presidente del Consejo, el C-D y/o el CEO (uno o varios) y/o uno o varios Directores, y en este caso con división funcional de sus áreas de dirección, integrados todos en el que se suele denominar en la práctica societaria Comité de Dirección o Comité Ejecutivo de Dirección.

Lo que quiere decir que cabe distinguir las funciones que siguen siendo propias del Consejero sin más (consejero externo en la terminología legal de la LSC prevista para el CA en las sociedades cotizadas) —al que cabe referirse desde el art. 1.3.c) como "mero"o simple consejero— de las que pasa a ejercer el consejero ejecutivo y el consejero-delegado. Las funciones del primero son las cabría entender como deliberativa y de supervisión (que sigue ejerciendo el consejero como miembro del CA, puesto que éste no puede delegarlas) y la función ejecutiva o de gestión ordinaria las del consejero ejecutivo y del C-D. Función ejecutiva que no deriva del nombramiento previo como

"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 17julio 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 1564/1989, de 22 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".

consejero por la Junta General sino de la delegación interna de facultades acordadas por el CA⁶, al que la ley confiere posibilidades amplias de descentralización.

Si esta es la situación, exploremos lo que dice la LSC. Tras la reforma de 2014, esta ley admite bajo el término "delegación de facultades", art.249 y 249 bis), y sin perjuicio de los apoderamientos (es decir, de la descentralización a través de contratos celebrados con directivos no pertenecientes al CA), que éste designe de entre sus miembros a uno o varios C-D o Comisiones Ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación. El art. 529 duodocies admite, como especialidades del CA de las Sociedades de Capital cotizadas, diferentes categorías de consejeros, propias de la práctica del gobierno corporativo en nuestro país, los consejeros ejecutivos (que son los que "desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo") y los consejeros no ejecutivos (consejeros dominicales, consejeros independientes y otros externos). Teniendo en cuenta que la referencia del precepto a "cualquiera que sea el vínculo que mantengan con ella" permite extender la condición de tales, consejeros ejecutivos, a quienes como directivos (director general, entre otros) hayan "sido designados como miembros del consejo de la administración de la sociedad"⁷

Define el art.249 LSC la relación de la Sociedad con estos consejeros ejecutivos como *contractual*, exigiendo que el contrato sea aprobado previamente por el CA con el voto favorable de 2/3 de sus miembros (debiendo abstenerse el consejero afectado tanto de asistir a la deliberación como de participar en la votación), lo que restringe de forma evidente los peligros de autocontratación y de conflicto de intereses. Además se prevé imperativamente que en el contrato se detallen todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución, no por su condición de consejero, sino, expresa la ley "por el desempeño de funciones ejecutivas". Con lo que, indirectamente, está distinguiendo el legislador entre las que cabe definir como funciones deliberativas, propias del simple o mero consejero, y las funciones ejecutivas o de dirección o de gestión, incluyendo la eventual indemnización por ceso 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 previstas en el contrato, que deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la Junta General. Esta política de retribuciones es a la que refiere el art.217 LSC, relativo a la remuneración de los administradores que, en sentido tradicional en el Derecho de Sociedades, se considera que es un cargo gratuito salvo que los estatutos sociales establezcan lo contrario, determinando el sistema de remuneración que, en función de un criterio

6 Véase Paz-Ares, C. "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos", Revista InDret, enero 2008, p.22 y ss; tal vez el máximo exponente en la doctrina mercantilista del replanteamiento de la tesis estándar en ese momento, la teoría del vínculo, que influyó en el texto final de la reforma de 2014 de la LSC

7 Barros García, M.: "¿Continúa vigente la teoría del vínculo tras la modificación de la Ley de Sociedades de capital", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 41, 2015, p.34-41

general, el de proporcionalidad (en relación a la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento, los estándares del mercado de empresas comparadas) y el de adecuación de la cuantía (en atención al logro del fin social), determinará el concepto o conceptos retributivos. Conceptos que, a título ejemplificativo, la LSC enumera: asignación fija; dietas o primas de asistencia; participación en beneficios (desarrollada en el art.218); retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; remuneración en acciones o vinculada a su evolución (art.219); indemnización por cese siempre y cuando no estuviera motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador; y sistemas de ahorro o previsión.

La pregunta para un laboralista es obvia. ¿Cumple este contrato con las premisas o rasgos de una relación laboral?. La ajenidad y la dependencia, propias de la relación laboral existen; si no hay control efectivo de la sociedad por el C-D o por el Consejero Ejecutivo no hay trabajo por cuenta propia; si presta sus servicios en interés ajeno y la utilidad patrimonial de su prestación de servicios revierte en la sociedad, hay ajenidad en su trabajo. La dependencia existe en tanto que el CA mantiene las facultades de supervisión y control de la actividad que aquéllos realizan, que, pese su autonomía y responsabilidad, quedarán sometidos a las instrucciones del CA. Téngase en cuenta que la LSC, art-249 bis, en la lista de facultades que el CA no puede delegar, en ningún caso —lo que quiere decir que el legislador reafirma que son funciones propias del órgano de administración—, se incluye la “supervisión de... la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado”. En fin, es un cargo retribuido.

Por tanto, aun cuando no se califique por el legislador societario la naturaleza jurídica de ese contrato como laboral (tampoco se califica como mercantil), sus rasgos coinciden con los propios del trabajo asalariado. Y ello es así aun cuando no haya habido una reforma legal omnicompreensiva y se mantenga la exclusión en los términos primigenios, de acuerdo con el contexto originario y con la finalidad entonces de política legislativa de evitar que entraran al ámbito laboral quienes estaban más cercanos al empresario que al trabajador.

Pero una cosa es la exclusión de la relación laboral por decisión del legislador, más por el laboral que por el mercantil, y otra, bien diferente, es que no quepa advertir que hay una doble relación, que pueden coexistir o simultanearse, aunque ambas queden al margen de lo laboral, la una como orgánica, la otra como “contrato de administración”. Lo que trasciende también a la posibilidad o no de que se simultaneen el cargo de alto directivo laboral y el de miembro del Consejo de Administración.

1.3. La delimitación de la prestación de servicios directivos y opciones de política legislativa. ¿En qué se parece, en qué se diferencia un consejero ejecutivo y el alto directivo laboral?

Debe advertirse que el fundamento legal la relación laboral especial de alta dirección (recíproca confianza entre las partes) y la opción normativa por la individualización de las condiciones de trabajo (esto es, la afirmación de la autonomía de la volun-

tad como principal fuente reguladora tanto en la conformación de la relación como en la determinación de las condiciones contractuales) marcaron en su momento la decisión de política legislativa sobre la delimitación del ámbito de aplicación de este contrato especial laboral, obligando a diferenciar niveles directivos que en la práctica no ha dejado de plantear cuestiones y debate tanto en la doctrina científica como en la judicial y jurisprudencia porque, en el fondo, está la difícil respuesta a la situación idónea sobre el estatuto o régimen jurídico aplicable a cada una de estas prestaciones de servicios y, con el paso del tiempo, la difícil adaptación de las reglas laborales a la organización empresarial cada vez más compleja y al cambio sucesivo en la regulación legal de que puede entenderse como estructura orgánica en el gobierno y dirección de las sociedades de capital.

La atracción hacia el Derecho del Trabajo de quienes desarrollan este tipo de funciones con fundamento en la especial relación de confianza, planteó una solución contradictoria en relación con la delimitación "hacia arriba", es decir, en relación con las categorías de directivos que debían quedar al margen de relación laboral, porque tal vez no se esperaba —atendiendo a la realidad de la compleja estructura de la empresa persona jurídica en el sector privado— una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la relación laboral especial de alta dirección, extrayendo de su núcleo a quienes prestan actividades de dirección vinculadas a la dirección u organización de personas jurídicas, en especial, las que se dicen hoy de capital para ubicar su prestación de servicios en el ámbito mercantil, en particular, en el Derecho de Sociedades. Interpretación que tenía por finalidad articular mecanismos de limitación o restricción a la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de condiciones de estos sujetos, en especial, la retribución adicional e indemnización por cese de quienes, por delegación del CA, y como miembros del Consejo, ejercen una actividad de dirección por cuenta de la Sociedad. Con fundamento dogmático en la posición mayoritaria en la doctrina científica mercantilista favorable a la teoría orgánica o monista en la delimitación de la naturaleza jurídica de la relación intrasocietaria de los administradores sociales.

No obstante, la distinción o delimitación entre el cargo de administración social y el alto directivo laboral sigue siendo una cuestión trascendental que obliga a la reflexión también por los laboristas cuando cabe admitir una doble relación en el caso de administradores que realizan funciones directivas y se plantea por tanto, inevitablemente, la posibilidad de que también se puedan simultanear las funciones directivas en la empresa con el cargo de miembro de Consejo de Administración. Si pensamos en quien puede ser calificado como consejero ejecutivo, ¿sus funciones son idénticas a las del alto directivo?. Los cometidos inherentes de los consejeros ejecutivos, C-D y miembro de la Comisión Ejecutiva ¿son las mismas que las que realiza el alto directivo y pueden simultanearse en la misma persona?. Preguntas o dudas que, como es fácil de comprobar, se realizan en el contexto de la teoría del vínculo que parte de la "indivisibilidad de las facultades de administración".

Y no han sido resueltas satisfactoriamente en nuestro ordenamiento jurídico, aun siendo recurrentemente planteadas a lo largo de estos años de vigencia del RDPAD, porque en el fondo se trata de diferenciar entre un trabajador calificado como asalariado, aunque especial, art.2º.1 ET⁸ de quien forma parte de los órganos de administración de las empresas que revistan forma jurídica de sociedad, y, en esa condición, queda allende de las fronteras de laboralidad, de conformidad con lo dispuesto en el art.1.3.c) ET.

Conforme a lo indicado más arriba, los cometidos inherentes a la condición de alto directivo no son los propios de quien es pura y simplemente miembro del CA. Por mucho que se haya mantenido por la jurisprudencia social, y se sostenga por un sector de la doctrina laboralista, que las funciones de unos y otros son las mismas, de modo que la exclusión derivaría (conforme a la teoría organicista) solo del título jurídico en virtud de las que las realiza, como órgano de administración o como personal de alta dirección, externo al órgano de administración.

Desde allí al término de comparación entre los que, carácter general, hemos denominado consejeros ejecutivos y el alto directivo laboral, con idénticas funciones (tanto en el modo de ejercitarlas como en su contenido). Es verdad que, pese a lo solicitado hace ya tiempo (incluso tras la entrada en vigor de la reforma de 2014 LSC), el legislador no ha resuelto expresamente esta cuestión en el nuevo contexto social y económico y seguimos debatiendo al respecto. Pero, tal como avanzamos en el apartado anterior, la LSC nos permite una referencia clara al respecto, esto es, la distinción entre delegación interna y apoderamiento, de modo que, a través de esta, el alto directivo laboral realiza las mismas funciones que pudiera realizar un consejero ejecutivo, las realiza externamente (de ahí la ajenidad) bajo el control y dirección del CA, que establece los criterios e instrucciones directas. Los "cometidos inherentes a esa condición", la de alto directivo laboral, son iguales a los que puede desarrollar un consejero ejecutivo, tal y como se desprende de la reforma de la LSC, que afrontó una modificación en profundidad de las sociedades cotizadas aunque no fuera tan decidida la intervención legislativa respecto de las sociedades no cotizadas. Entre el consejero ejecutivo y el personal de alta dirección hay una triple identidad partiendo de los criterios legales que configuran a este último; funcional, en tanto que ambos realizan cometidos propios de dirección y gestión de la actividad económica en que consiste la empresa; objetivo, en tanto que sus funciones de dirección son las relativas al objetivo general de la empresa, el interés o fin social de la sociedad en caso de que sea una persona jurídica; y criterio jerárquico porque el CA retiene las facultades

8 Dispone el RDPAD, art.1.2 y 3: Se considera personal de alta dirección a 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 solo 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.
«Se excluye del ámbito de este real decreto la actividad delimitada en el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores».

de supervisión y control de la actividad del consejero ejecutivo o del C-D, aun cuando éste preste servicios con autonomía y responsabilidad.

Admitido que quien ejerce cometidos ejecutivos bajo el apoderamiento del CA es el típico alto directivo laboral, que ejerce funciones directivas y se mantiene al margen de cargo orgánico, inmediatamente ha de resolverse si cabe o no que una misma persona pueda simultanear la condición de alto directivo laboral y la de cargo del órgano de administración de la persona jurídica, en especial, sociedades mercantiles y, más aún, sociedades de capital y en concreto, las cotizadas, con especial incidencia cuando en el seno del CA es nombrado además Consejero-Delegado o, incluso, se mantiene formalmente la denominación como Director General. Esto es la posibilidad o no de que existan dos relaciones jurídicas la de alto directivo laboral y la de administrador, y por tanto que sea posible mantener la teoría dualista o por el contrario se mantenga la monista, denominada jurisprudencialmente como "teoría del vínculo".

La cuestión trasciende a lo laboral, en especial, incide en lo civil/mercantil (en atención a la previsiones legales y estatutarias en relación con la retribución, determinación del sistema o límite de la retribución del consejero ejecutivo establecido en ese contrato y exigencia o no de reserva estatutaria) y contencioso-administrativo (en relación con la deducción o no a efectos fiscales de las retribuciones satisfechas) o de seguridad social (encuadramiento en la seguridad social y prestaciones). En el ámbito laboral, nos preguntaríamos si, en esa situación, es o no competente la jurisdicción de lo social atendiendo a si queda o no absorbida la relación laboral especial por la mercantil; si, pensando en algunos aspectos, cabe mantener la retribución pactada previamente en el marco del RDPAD, en fin, si los pactos indemnizatorios (cláusulas de blindaje) o son o no válidos y quedan o no sometidos a lo que disponga la LSC y los estatutos sociales.

A nuestro juicio, si es posible la simultaneidad de cargos, administrador o miembro del CA y consejero ejecutivo, nada impide que se pueda traspasar al supuesto en el que a la condición de "administrador como tal" se superponga una relación laboral especial como alto directivo. Lo que, entre otras consideraciones, permitirá incorporar un pacto de mantenimiento previo de retribución e indemnización. Sin perjuicio de que, en lo que refiere a su condición de administrador, haya de quedar sometido a lo que disponga la asamblea general de socios. Esto es, con independencia de lo que se haya establecido en el pacto o los estatutos sociales, si se pacta que la asunción por el Director Gerente de su pertenencia al CA no suspende la relación laboral especial de alta dirección, mantendría sus condiciones laborales incólumes; si se pacta la suspensión de su contrato de alta dirección, en tanto que asunción de funciones ejecutivas como miembro del CA se aplicaría durante el tiempo de su relación lo dispuesto para el contrato de administración; si se pacta la extinción de su contrato de alta dirección debería firmar un nuevo contrato de administración en los términos previstos en la LSC, incluida la retribución y el cese de administrador.

2. SOBRE LA TEORÍA DEL VÍNCULO. ORIGEN, DESARROLLO Y PUESTA EN TELA DE JUICIO

2.1. Planteamiento, contexto y fundamento del dogma

Recordemos que la teoría del vínculo fue una construcción dogmática de la Sala de lo Social del TS, formalista en grado sumo y con argumentación jurídica centrada en conceptos abstractos alejados o desconectados de la legislación y de la realidad, no de grandes sociedades cotizadas, sino de sociedades cotizadas más limitadas.

Dicha construcción se montó para dar respuesta a una cuestión concreta pero de importancia suma, a saber, la de la retribución e indemnización por cese de quienes siendo administradores además realizaban labores de dirección y gestión (atendiendo a lo dispuesto, entonces, por la antigua LS de 1951 y LSA de 1989). Dijimos en el apartado anterior que se forjó a partir de lo que se calificó en su momento como "huida hacia al Derecho del Trabajo", derivada de la aplicación del RDAD, que permitía, a través de la configuración normativa del sistema de fuentes de la relación, con predominio de la autonomía de la voluntad de las partes, fijar la cuantía de la retribución y la indemnización por cese, escapando así a las previsiones del art.130 LSA que preveía límites estatutarios y control de la junta general para el caso de fijar retribuciones para los administradores. Es verdad que la construcción tenía en mente un determinado tipo de administradores, cuando el órgano de administración se ordena de una determinada forma, CA y delegación de funciones o facultades en uno o varios miembros del Consejo, a los que se denomina legalmente C-D. Y, que no expresado así, y sin motivarlo en torno al fraude de ley, buscaba su limitación o restricción en aquellos casos en que los administradores sociales pudieran estar percibiendo remuneraciones al margen del control de los órganos societarios bajo, se decía, simulando una relación laboral de alta dirección. En torno a algún caso concreto, que bien pudiera considerarse extremo, se valoró entonces los efectos de diferenciar dos relaciones diferentes, sometidas a ordenamientos diferentes y a órdenes jurisdiccionales también diferenciados, mirando hacia sociedades medianas o pequeñas. En este sentido, y advirtiendo que no cabía apreciar, como presupuesto y desiderátum de partida, ninguna de las causas que justifican la intervención tutelar del Derecho del Trabajo, se convino que la jurisdicción competente era la civil, partiendo, se dijo, de que la exclusión del art.1.3.c) del ET había sido "aceptada pacíficamente", si bien, ante los intentos de restringir o limitar dicha exclusión —y lo más importante, ante la respuesta dogmática a la compatibilidad o concurrencia de relaciones con fundamento en la distinción entre actividades de gestión societaria y actividades de gestión empresarial— se respondió, más allá de la solución concreta a la cuestión controvertida, con una la teoría o dogma elevado a solución general. Teoría consolidada durante muchos años en la jurisdicción de lo Social (recordemos la primera sentencia de la hoy Sala IV TS, de 29 de septiembre de 1988, caso *Huarte*); contestada posteriormente (sentencia TS Sala I, Civil, de 9 de mayo de 2001, conocida como caso *Mattel*) y ésta posteriormente revisada (STS

Sala I, Civil, de 21 de abril de 2005, caso Ocariz)⁹, en las que se convino afirmar que una relación de empleo autónoma fuera de los límites del art.130 LSA (o del art.66 LSRL) solo sería posible para el desempeño de funciones que excedían las que se consideraban propias de los administradores.

Debe advertirse que esta teoría o dogma discurrió con cierta estabilidad hasta la modificación de las normas mercantiles y en cierto modo se comprende el sentido de los fallos originarios de la doctrina, en concreto, el que motivó la sentencia Huarte, 1988 (Director General, que pasa a ser nombrado miembro del CA y Consejero-Delegado, para el que se pacta que en caso de extinción del contrato se le ha de pagar la remuneración hasta fin del contrato; resuelto el contrato en el primer año reclama los 5 años restantes). Podría convenirse en la absoluta desproporción de la indemnización pero, lejos de utilizar reglas previstas y posiblemente aplicables al caso, artículo 1154 CC (moderación judicial de las cláusulas penales, manifestación del principio de buena fe), se intentó buscar un fundamento legal para el dogma del vínculo único afirmando que el artículo 1.3.c) ET, y por tanto la finalidad de la exclusión, se orientaba a "preservar la unidad del régimen jurídico de la administración social"¹⁰. Con este fundamento, y para llegar a la conclusión deseada (no es posible fijar esa indemnización al margen del control de la asamblea de socios y absorción de la relación laboral por la mercantil) se utilizó un silogismo que podría ponerse en tela de juicio en cada uno de sus elementos: primero, premisa mayor, que la labor de gestión de la empresa sea inherente al cargo de cualquier administrador social. Lo que, como hemos analizado en los apartados precedentes, no se corresponde con la realidad de la organización de la administración social, en concreto, cuando se trata de administración colegiada bajo un CA; segundo, premisa menor, que las funciones que realiza el alto directivo laboral sean idénticas a las propias de los miembros de los órganos de administración. Cuando, precisamente, cabe distinguir las funciones consultivas y de control y las de gestión en el seno del CA. Conclusión: si todo administrador (en concreto, CA, todo consejero, y en el caso de la sentencia del TS, sala de lo social, que inicia la saga, la de 29 de septiembre de 1988, caso *Huarte*, un director general al que se le nombra consejero delegado) realiza la labor de dirección de la empresa, debe prevalecer el vínculo mercantil puesto que el art.1.3.c) excluye del ámbito laboral la labor de consejero que conlleve la realización de cometidos inherentes al cargo optando por la integración orgánica¹¹.

Esta doctrina, nacida en torno a la situación de los administradores, en particular, de los C-D (por ejemplo, STS de 21 de enero de 1991), se extiende o permeabiliza a otras situaciones, en este caso, a la condición de socio y a quienes habían sido nom-

9 Nos recuerda algunas de las sentencias de entonces del orden jurisdiccional de lo social López Bedmar, Rafael J.: "La teoría del vínculo en la relación laboral especial de alta dirección: implicaciones jurídicas y doctrinales", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Núm.13, 2024, pp.181 y ss

10 Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, op.cit., ... p.59

11 Explicando claramente los errores de este silogismo, Marín Benítez, Gloria: "Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo", *Revista CEF, RCy T*, núms.353-354, 2012

brados previamente como Directores Generales, Directores Gerentes, que pasan a formar parte del CA. Pongamos como ejemplo la STS, Sala de lo Social, 9055/2007, de 26 de diciembre¹², en la que queda fijada la doctrina del TS, recordando la que califica como "doctrina reiterada de esta sala"¹³ y concluyendo que no es posible simultanear el cargo de administrador con la relación laboral especial, esto es cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (Gerente, Director General, etc...) dado que, afirma, en tales supuestos "el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección. 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 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, 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." Dogma que, claramente, se inserta en esa doctrina mercantilista ya superada denominada organicista o monista.

Esta que, se dice, doctrina consolidada ha sido a lo largo de estos años matizada, cuando no excepcionada, en aquellos casos en los que se han valorado casos o supuestos concretos en los que o bien ha primado la realidad de la prestación de servicios; o bien, el aspecto formal de previsión en los estatutos sociales de la compatibilidad; o bien, la asunción de parte del capital social, admitiendo la coexistencia de funciones de administración de la sociedad, la posesión de una participación minoritaria en el capital social y el desempeño de funciones de alta dirección; o cuando se valora el cargo de administrador y la ausencia de control efectivo o independencia insuficiente; o, en fin, en caso de previsión estatutaria del cargo de director genere como órgano independiente del consejo, considerando que las funciones ejecutivas como director gerente sean autónomas y distintas de las responsabilidades inherentes al consejo de administración¹⁴. Aunque lejana en el tiempo, conviene citar la STS, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2003 (Rec. 2401/2002), que, si bien desestimó el recurso por falta de contradicción, advirtió del entonces marco legal insuficiente y de máxima dificultad e introdujo varias consideraciones que pudiéramos entender como de "aviso a navegantes". Se dijo en esa sentencia:

En realidad, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en estos pronunciamientos, introduce importantes puntualizaciones en torno a dos aspectos sobresalientes del problema. 1/ uno, que viene a ser de carácter práctico, y roza la justicia material del

12 REc.1652/2006

13 Reproducidos por ejemplo en la STS, Sala de lo Social, de 28 de septiembre de 2017, rcud 3341/2015

14 Sobre esta doctrina judicial y jurisprudencia social, véase López Bedmar, Rafael J. op.cit; Marín Benítez, Gloria: op cit.

caso: no es razonable dejar jurídicamente desamparado a quien, en rigor, ha quedado vinculado con la sociedad mediante un pacto específico, lo cual exige unas garantías mínimas manifestadas en una estabilidad aceptable y en una retribución adecuada; lo que se consigue estando a los términos de ese pacto, o si se quiere, a lo que ha sido uno de los principios tradicionales más arraigados del derecho español: la fidelidad a la palabra dada; siendo luego secundario que ese pacto se califique como generador de una relación de servicios civil-mercantiles, sometida a los jueces de lo civil, o una relación de alta dirección en sentido estricto, sometida a los jueces de lo social. 2/ otro, que viene a ser de carácter dogmático o conceptual: quien asume ese tipo de relación (de servicios, de trabajo por cuenta ajena), se está sometiendo contractualmente a unas limitaciones muy señaladas, que en manera alguna definen o delimitan la figura del administrador; en efecto, ese gestor por encargo tiene que sujetarse a las instrucciones que emanan de la sociedad, a través de su consejo de administración, sin que, en el mismo, su voz como consejero sea en modo alguno determinante en cuanto a esas instrucciones, por genéricas que éstas fueren; al par que compromete su plena dedicación a gestionar la empresa; y hasta acepta estipulaciones de no competencia (rectius: compromisos de no gestionar otras entidades). Generándose, por este camino, una figura y un estatuto jurídico que en modo alguno puede confundirse con, o superponerse a, el de administrador societario.

Transcurridos años desde entonces, no puede dejar de mencionarse que, como un mantra aprendido, la Sala de lo Social del TS sentencia 206/2022, de 9 de marzo¹⁵ mantiene la teoría para dar solución al supuesto concreto planteado, dice, por "razones de seguridad jurídica" y afirma que, con tales características de desempeño de las funciones propias del CA de la empresa y las de gerencia de la empresa, "solo cabe calificarla como mercantil al existir una relación de integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente"¹⁶. Lo que, sin

15 RCUD núm.742/2019.

16 Para valorar la decisión del TS, baste tener en cuenta los datos que se consideran probados: a) el demandante en fecha 1 de marzo de 2011 el actor firmó un contrato de prestación de servicios con Cerquia Technology Logistics SL por el que aquel se comprometía a prestar sus servicios como asesor económico-financiero y complementarios, fijando una cuota de honorarios de 2.000 € más IVA. En la TGSS, el demandante figura como autónomo desde el 1 de marzo de 2011, sin que conste en modo alguno que se viniese desarrollando en régimen de dependencia respecto de la Sociedad. b) El 17 de enero de 2012 se celebró Consejo de Administración de Cerquia Technology Logistics, por el que se otorgaba poder general al actor que fue revocado el 20 de abril de 2015 y otorgado uno nuevo junto con, entre otros, el representante legal de la entidad; siendo nombrado Consejero el 12 de junio de 2015. El demandante, posee el 18% de las participaciones sociales. c) El 30 de agosto de 2017 se acordó la revocación de los poderes otorgados el 20 de abril de 2015, así como la resolución del contrato de prestación de servicios firmado con el demandante y la prohibición de acceso a la sede social y cualquier instalación de almacenaje o auxiliar titularidad de la sociedad, en su condición de directivo al actor, salvo a las reuniones del Consejo de Administración y Junta General de la sociedad debidamente convocados, en su condición de Consejero y socio".

Ahora bien, algunas preguntas. ¿Es posible afirmar que como asesor económico-financiero no había dependencia?. ¿Cuándo se le otorgan poderes generales qué relación jurídica existe?. En fin, como bien indica López Cumbre, Lourdes: ¿Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social?, 2022, puede consultarse en <https://ga-p.com/publicaciones/sigue-siendo-valida-la-teoria-del-vinculo-para-los-consejeros-ejecutivos-en-el-orden-social/>, con reproche a la decisión del TS, "no parece justificable que, sin más discusión, se siga aplicando y admitiendo de

duda permite concluir que la jurisdicción social no cuestiona en modo alguno el nuevo contexto de la realidad social y económica, la evolución del Derecho de la Empresa y sobre todo la reforma de la LSC, tal y como hemos afirmado. Si no fuera por los efectos prácticos, podríamos tachar de irónico que en la actualidad se hable de "razones de seguridad jurídica" cuando, precisamente, es la teoría y su pervivencia la que generan no pocos problemas, sin olvidar, por cierto, como en otras jurisdicciones, tal y como se analizará después, se pone en tela de juicio la pervivencia de esta teoría.

Sigamos el discurso. No podía extrañar, entonces, la inicial resistencia de la jurisdicción civil, a la que se remitían las reclamaciones tras la declaración de incompetencia de la social; pero acabó también sucumbiendo a la teoría del vínculo (véase entre otras, STS, Sala Civil, de 25 de junio de 2013, caso *Hispatat*). Admitió el razonamiento de la Sala de lo Social, a saber, el de la indivisibilidad objetiva de la función de administración y de la función directiva-ejecutiva (ambas, se decía, inherentes al cargo de administrador societario, cualquiera que fuera la forma de organización asumida por la sociedad) para fundamentar la inviabilidad de un doble título jurídico. De modo que la relación jurídica indivisible quedaba toda ubicada en la única viable, la societaria, considerada relación orgánica.

Doctrina que, entre otras consecuencias jurídicas, y tal vez la práctica más relevante, derivó hacia la retribución e indemnizaciones considerando que la condición absorbente de administrador exigía que aquéllas quedaran condicionadas a reserva estatutaria, tal y como disponía entonces el art.130 LSA/1989 y ahora el art.217 LSC/2010, al regular la retribución de los administradores, sin distinguir los diversos modos de organización de la administración societaria. Así lo mantuvo también la DGRN que en su resolución de 31-10-2018, que afirmaba : *«cualquier emolumento que un administrador recibiera de la compañía que le hubiera nombrado se encontraría englobado en la relación orgánica, de manera que debería contar en todo caso con el correspondiente respaldo estatutario.»*, fundamentando su decisión del modo siguiente: *«La conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores es lo que ha inspirado la consolidada doctrina del «tratamiento unitario» de las retribuciones percibidas por los administradores»*. De modo que, a nuestro juicio, se utilizaba la parte (retribución y sometimiento o no a la junta general) por el todo, es decir, por la naturaleza de muchos de los contratos firmados por consejeros ejecutivos que, como demuestra la realidad social, son similares a los que firman los altos directivos; la "parte" no resulta relevante a estos efectos, sin perjuicio, claro está, que requiera también de la revisión y determinación clara por parte del legislador¹⁷; la relevancia debe estar vinculada a la realidad de la prestación de servicios.

manera inflexible e incuestionada la vieja tesis de la teoría del vínculo, reproduciendo sin más los términos de la jurisprudencia del siglo anterior".

17 .Volveremos sobre nuestra propuesta en las reflexiones finales de este estudio; aquí cabe citar la propuesta de la doctrina laboralista a favor de una "tercera vía", garantizando que sea la junta general de accionistas la que retenga el control sobre las retribuciones, incluyendo los distintos componentes

Pero, tal vez con fundamento en la practicidad de la solución mantenida por aquellas otras salas jurisdiccionales, fluyó hacia la jurisdicción contencioso-administrativa en tanto que la administración tributaria sostuvo que si las retribuciones no tenían cobertura estatutaria, no eran deducibles fiscalmente (esto es, la no deducibilidad de este gasto a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto de Sociedades). Con el máximo exponente en sentencias de 2008 (STS, Sala III, de 13 de noviembre¹⁸, conocida como caso *Mahou*), 2013 (STS, Sala III, de 26 de septiembre,¹⁹) o 2014 (STS de 2 de enero²⁰), que consagraron lo que la doctrina gráficamente consideró "la doctrina del milímetro"²¹, en referencia a que en los estatutos debía constar el carácter retribuido, el concepto retributivo y la concreta retribución o al menos los parámetros que permitan su correcta determinación. Sin olvidar que en la Sentencia *Mahou* utilizaba como cláusula de estilo la doctrina del vínculo y sin reparos consideraba, además, que no había ajenidad concluyendo al respecto (F.D. 8º y 9º) que:

"Pues bien, a la luz de la citada doctrina, en la medida en que, obviamente, el Presidente, el Vicepresidente y el Consejero Delegado en el ejercicio 1994 pertenecían al Consejo de Administración de dicha entidad y desempeñaban únicamente las «actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad» propias de dicho cargo (esto es, como afirma la actora, la representación y gestión de la sociedad en relación con todos los actos comprendidos en el objeto social), debe entenderse que su vínculo con la entidad recurrente era exclusivamente de naturaleza mercantil y no laboral. Y ello con independencia de que realizaran un "plus" de dedicación, y de que Mahou, S.A. hubiera celebrado con dichas personas un contrato de alta dirección, les hubiera dado de alta en la Seguridad Social, hubiera practicado sobre sus retribuciones la retención prevista para los rendimientos del trabajo y, en fin, hubiera contabilizado las mismas en la cuenta de "Sueldos y Salarios" y no en la específica del Consejo de Administración; porque la naturaleza jurídica de las relaciones se define por su propia esencia y contenido, no por el concepto que le haya sido atribuido por las partes, y porque —reiteramos— «ni el consejo de administración, ni el consejero delegado en su propio beneficio, pueden acudir al contrato de alta dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal». En suma, la relación establecida carece de eficacia y no puede ser tenida en cuenta a los efectos tributarios, pues infringe la exigencia del art.130 LSA de que la retribución de los administradores sea fijada en los estatutos.

retributivos contemplados, los parámetros para la fijación de la remuneración y los términos y condiciones principales de los contratos». López Cumbre, Lourdes.: "Una tercera vía sobre el contrato de los consejeros ejecutivos", 2015, puede consultarse [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpc-glcleftindmkaj/https://ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/una-tercera-via-sobre-el-contrato-de-los-consejeros-ejecutivos.pdf](https://efaidnbmnnnibpcajpc-glcleftindmkaj/https://ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/una-tercera-via-sobre-el-contrato-de-los-consejeros-ejecutivos.pdf)

18 Recurso 2578/2004

19 Recurso 4808/2011

20 Recurso 4269/2012

21 Expresión utilizada por Álvarez Royo-Villanueva, Segismundo: "25 años de dogma: el fin de la doctrina del vínculo", Tribuna Aranzadi La Ley Mercantil, 12 de marzo de 2025, puede consultarse en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2025/04/23/25-anos-de-dogma-el-fin-de-la-doctrina-del-vinculo>, que proviene de Paz-Ares, C.: "Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)", La Ley, 10.983/2009.

No existiendo, pues, la relación de ajenidad propia de la relación laboral, tal y como mantiene el Abogado del Estado, debe rechazarse la posibilidad de aplicar el art. 13.d) de la Ley 61/1978, o los arts. 100 ó 104 del R.I.S. Y, en la medida en que, como hemos señalado, no puede considerarse que los Estatutos de Mahou, S.A. fijen con certeza la retribución de los administradores, hay que concluir que las retribuciones satisfechas al Presidente, al Vicepresidente y al Consejero Delegado de Mahou, S.A. no resultan deducibles de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en el ejercicio 1994, por lo que la alegación de la representación de Mahou, S.A. tampoco puede ser acogida en este punto".

Como cabe apreciar, además, y no poco importante, que en el ámbito contencioso-administrativo la doctrina del vínculo condicionó la interpretación de los conceptos tales como relación laboral, empleados o trabajadores cuando se utilizan por las normas tributarias que pretendan ser aplicadas a consejeros ejecutivos, manifestando la doctrina científica las numerosas incertidumbres, también a efectos tributarios, de ese dogma y reclamando entonces la equiparación entre los consejeros ejecutivos y los altos directivos²².

2.2. El replanteamiento del dogma

El debate en torno a la relación intrasocietaria nunca concluyó en la doctrina científica, en especial, en la mercantilista²³ (menos apreciable, pero también con eco en la doctrina laboralista²⁴) —y en especial en relación con la forma compleja de administración social (esto es CA)—, que explicó con razonamiento certero y apegado a la realidad social y económica de la administración social que las funciones ejecutivas, propias de la alta dirección, no eran funciones inherentes al cargo de consejero porque el CA no puede administrar o gestionar la sociedad de manera directa y continua.

22 En este sentido, Marín Benítez, Gloria: "Implicaciones fiscales...", cit., p. 38

23 El punto de inflexión al respecto proviene del trabajo de Paz-Ares Rodríguez, Cándido: "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos", cit., Firme defensor de la teoría dualista, porque, entre otras consideraciones, que influyeron en la reforma de la LSC, atendía a la experiencia funcional y organizativa de sociedades con estructura compleja. Afirmaba al respecto: "la experiencia enseña que las formas de organizar la administración afectan también a los cometidos que están llamados a desempeñar los administradores dentro de cada una de ellas", p.5.

También con posterioridad, tras la entrada en vigor de la reforma de la LSC, Alfaro Águila-Real, Jesús: "La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales", Blog Almacén de Derecho, 2018, puede consultarse en <https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales>, para quien la expresión legal de la LSC, art.529 septdecies y octodecies "dejan plenamente claro que el significado de la expresión "en su condición de tales" determina por oposición a administradores "que desempeñan funciones ejecutivas" por delegación u otro título contractual". Y reiterado en su estudio "Nombramiento y contrato de administrador" (I), 2024, puede consultarse en <https://almacenederecho.org/nombramiento-y-contrato-de-administrador-i>

24 En este sentido puede citarse, entre otros, Godino Reyes, Martín: "Algunas reflexiones críticas sobre la teoría del vínculo que excluye la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y alto cargo", *Boletín Social Quantor*, 78, 2006; Matorras Díaz-Caneja, Ana: "Altos Cargos y doble vínculo: crítica a los excesos de la doctrina del vínculo", *Aranzadi Social*, 3, 2010, pp.65-93

Exponíamos que el debate reavivado durante la tramitación de la reforma de la LSC/2010 y tras la entrada en vigor de la Reforma 2014, en particular en torno a la distinción que parecía derivar de esta norma entre sociedades no cotizadas o cerradas y sociedades cotizadas, permitía entonces concluir que la reforma de la LSC había superado, al menos en parte, la doctrina organicista, tesis monista, en la que se había sustentado principalmente la teoría del vínculo, porque la LSC no establece solo un modo diferente de ejercicio de las actividades de dirección en el seno de la administración social compleja (directa por el propio CA o mediante delegación interna) sino que diferencia claramente la situación como miembro del CA de las que realiza el consejero cuando se ocupa de la gestión directa u ordinaria o función ejecutiva.

Con base a lo explicitado en el apartado primero de este estudio, en el que indagamos en la regulación mercantil, la reforma de la LSC permitía distinguir, en especial, cuando la sociedad está regida por un CA, la relación entre los miembros del Consejo y los administradores ejecutivos/delegados (con la duda, aunque la posición no sigue siendo unánime, si la distinción cabe también cuando la administración social adopta la forma de administración única, mancomunada o solidaria, porque en estos casos los administradores son "típicamente administradores ejecutivos"). Que la calificación legal de ese contrato quedara en un limbo, no obstante, permitía adoptar esa solución.

Pero, no obstante esta reforma legal, y la interpretación sistemática favorable a la distinción de posiciones, la sala de lo civil del Tribunal Supremo en su sentencia número 98/2018, de 26 de febrero²⁵, incidió sobre uno de los temas controvertidos tras la reforma de la LSC, el del sistema y límite de la retribución de los consejeros ejecutivos (en especial, del consejero delegado) en las sociedades no cotizadas. Si hay o no reserva estatutaria en la retribución de estos cargos cuando el órgano de administración adopta la forma de CA y queda condicionada al límite que fije la junta general.

En esta sentencia se concluye que el concepto de retribución de los administradores en su condición de tales refiere a todos, sin distinguir, por tanto, entre administración simple y administración compleja de la sociedad e incluye tanto la retribución de las funciones deliberativas como de las ejecutivas. Lo que quiere expresar, según indica el TS, que el régimen de aprobación de la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas no se limita a la exigencia de un contrato aprobado por una mayoría de dos tercios del CA, sino que, además, los estatutos de la sociedad deben contener el sistema de remuneración de esas funciones (detallando los conceptos retributivos que se percibirán) y el importe máximo que se abone por su desempeño debe estar incluido dentro del importe máximo anual establecido por la junta para la retribución de los administradores. En definitiva, las remuneraciones de los consejeros ejecutivos quedan condicionadas a los mismos requisitos, de transparencia y de control por parte de la junta general, que las del resto de los administradores cualquiera que sea el modo en que esté organizada la administración de una sociedad no cotizada.

25 Rec.casación núm.3574/2017

En su momento esta sentencia fue analizada con planteamiento crítico e interpretación contraria en el ámbito civil, mercantil y tributario²⁶ y era evidente, como dijimos en su momento, su trascendencia jurídico-laboral²⁷ porque en el fondo a través de la interpretación literal que dice utilizar el TS, sala de lo Social, está o planea el fantasma de la doctrina del vínculo y la reafirmación de la tesis monista. . Con fundamento en el criterio funcional, manteniendo una posición contraria a la doctrina mercantilista a favor de la dualidad de funciones, afirma en el F.D.6.4 de la sentencia: “la condición de administrador, como de forma reiterada ha declarado este tribunal (en el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al interpretar el art. 1.3.c del Estatuto de los Trabajadores), no se circunscribe al ejercicio de facultades o funciones de carácter deliberativo o de supervisión, sino que son inherentes a su cargo tanto las facultades deliberativas como las ejecutivas. De ahí que el art. 209TRLSC prevea, con carácter general, que «es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley. Nuestro sistema de órgano de administración social es monista, no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas duales. Los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas”; añadiendo F.D.6.5 que, para el caso de forma compleja de organización del órgano de administración , “que la ley permita la delegación de alguna de esas facultades (...) no excluye que se trate de facultades inherentes al cargo de administrador”. Para concluir afirmando que “no encontramos en la nueva redacción de la ley elementos que nos lleven a otra conclusión”; tal y como había manifestado también un sector de la doctrina laboralista²⁸, que había dudado de la abrogación de la teoría, resaltando algunos inconvenientes pero con el fundamento, no ajustado, en nuestra opinión, relativo al carácter inherente de las funciones ejecutivas a la propia condición de consejero.

26 Puede consultarse, Alfaro Águila-Real, Jesús: “la retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales”, 2018, puede consultarse en <https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales>; Álvarez Royo-Villanova, Segismundo.: “25 años de dogma: el fin de la doctrina del vínculo”, en Tribuna, Diario La Ley, 12/03/2025; en contra, Guerrero, Trevijano, Cristina.: “La reserva estatutaria en materia de remuneración de administradores (a propósito de la STS 26 de febrero de 2018)”, *La Ley Mercantil*, 45, pp.3-5; en sentido más moderado, Marín de la Bárcena, Fernando: “La retribución de los consejeros ejecutivos”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm.309, 2018.

27 Sánchez-Urán Azaña, Yolanda: “Sobre la retribución de consejeros ejecutivos en sociedades no cotizadas. Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y teoría del vínculo”, *Revista RTSS, CEF*, núm.424, 2018, p.44 y ss.

28 Pueden verse: Casas Baamonde, María Emilia: “Más allá de la teoría del Vínculo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm.2, 2015, p.168 y ss; García-Perrote Escartin, Ignacio: “La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con omnicomprensividad retributiva”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm.2, 2015, p.178 y ss; Del Rey Guanter, Salvador: “Heterodeterminación mercantil corporativa de remuneraciones y condiciones contractuales básicas de altos directivos, directivos y consejeros ejecutivos y ordenamiento laboral”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm.2, 2015; Mercader Uguina, Jesús: “¿Subsiste la teoría de vínculo tras la Ley 31/2014?.La retribución de los administradores sociales y el nuevo contrato de administración de los consejeros ejecutivos”, *Trabajo y Derecho*, núm.4, 2015, p.121 y ss.

A esta resolución del TS, sala de lo Civil, podría objetarse, al menos, por un lado, el contexto nuevo de la realidad social, económica y organizativa de sociedades con estructuras completas y una mayor explicación en torno a una regulación nueva que, tal como hemos avanzado, permite una interpretación diferente. Por otro lado, cuando se afirma que la condición de administrador no se circunscribe al ejercicio de facultades o funciones de carácter deliberativo o de supervisión, sino que son inherentes a su cargo tanto aquellas como las ejecutivas, no diferencia entre administración simple y administración compleja²⁹. No es que no se trate de facultades inherentes al órgano de administración, que lo son, sino que, cuando se opta por una forma compleja de organización, la delegación interna de facultades y el apoderamiento externo se identifican con las facultades inherentes a la titularidad jurídica de la sociedad y las normas permiten que en ambos casos las ejecutivas se realicen por sujetos que quedan vinculados contractualmente de forma diferente a la sociedad. En relación con la delegación de facultades en el supuesto de CA, se podría objetar al TS que esas facultades no son funciones inherentes al cargo de consejero, sino bien diferente, inherentes al consejo. De modo que, los consejeros ejecutivos ejercen a través de la delegación, de forma derivada los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa aunque aquellos ocupen o formen parte del CA.

Las SSTS 875/2023, de 27 de junio³⁰ y 1378/2023, de 2 de noviembre³¹, Sala Contencioso-Administrativa, en las que se debate la posibilidad o no de la deducibilidad fiscal de las retribuciones satisfechas al director general de la empresa que además era vocal del consejo de administración, contradicen abiertamente el dogma. Se expresa que la teoría del vínculo no puede tener un alcance de máximos, y añaden dos consideraciones muy relevantes: Primera, advierten, "la consecuencia basada en la llamada teoría del vínculo, que despliega sus efectos en el seno de la relación interna o intrasocietaria, llevada al terreno de lo tributario conduciría a un resultado totalmente absurdo, si no se aplica con prudencia y cautela, examinando las peculiaridades de cada caso"; lo que no es sino intento de separarse claramente de la trascendencia de esa teoría, al menos en lo que concierne a la dimensión externa, con efectos en el ámbito tributario. Segunda, referencia al Derecho de la UE (al que se prestará atención inmediatamente), afirmando que, "según consolidada jurisprudencia del TJUE, en el ámbito comunitario europeo no se admite que prevalezca a fortiori la relación mercantil...sobre la consideración de trabajador de dicha persona a los efectos del Derecho de la UE, pues conforme a esa jurisprudencia, el vínculo laboral no se desvanece ni enerva por absorción del vínculo mercantil en aquello que sea favorable al trabajador". Por lo que, al menos a efectos fiscales y aunque se mantuviera la teoría del vínculo, "no cabe negar la deducibilidad de las remuneraciones satisfechas a un trabajador ni hacer de peor condición a éste o a su empresa pagadora por el mero hecho de forma parte del órgano de administración, siempre que dichas remuneraciones estén acreditadas..".

29 En este sentido, Alfaro Águila-Real, Jesús: "La retribución de los consejeros ...", cit.

30 Recurso 6442/2021

31 Recurso 3940/2022

Claramente estas sentencias revocan la doctrina *Mahou* y posteriores, en tanto afirman que "no existe ninguna duda de que el Director General de la sociedad que al mismo tiempo forma parte como vocal del Consejo de Administración, realiza esa dualidad de funciones"; siendo además una prestación de servicios real, efectiva y no discutida, "nada impide que los administradores de algunas sociedades puedan percibir otras retribuciones por causa distinta de la propia condición de administrador, en este caso, *por ser trabajador con contrato laboral de alta dirección*, sin restricciones por el tipo de sociedad, de forma que las funciones de alta dirección por las que se les retribuye —en este caso, como director general— resultan perfectamente diferenciables de las que corresponden por su mera pertenencia al consejo de administración". Y en el caso se declara probado había esa dualidad de funciones, en tanto que ejercía las correspondientes a su condición de miembro del CA (preparación, análisis, estudio, desarrollo y ejecución de las sesiones del propio CA) y aquellas otras en su condición de Director General, "que no eran susceptibles de ser realizadas individualmente como miembro del referido Consejo, aunque tales funciones fueran ejecutivas, realizándose bajo la dependencia e instrucciones del órgano de Administración...". De modo que "la retribución no se percibe por la condición de miembro del CA sino por el vínculo laboral como consecuencia de la prestación de servicios reales, efectivos y no discutidos...".

El viaje ahora es de vuelta. La jurisdicción contencioso-administrativa que había seguido a pie juntillas la teoría del vínculo, la replantea e impregna a la jurisdicción civil. En efecto, es sumamente importante referir al auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm 133/2025, de 21 de enero, que declara su falta de jurisdicción para conocer de una demanda de reclamación de cantidad por despido improcedente y plantea conflicto negativo de jurisdicción ante la Sala Especial de Conflictos del TS, a la vista de las decisiones precedentes de la Jurisdicción de lo Social (sentencias previas de juzgado de lo Social y posteriores dictadas en suplicación por el TSJ de Madrid) y de los antecedentes de hecho, en virtud de los cuales queda acreditado: i) que se celebró un contrato de trabajo de alta dirección de Director General de la compañía demandada; ii) desde ese cargo ejecutivo se le nombró Consejero de la compañía sin abandonar sus funciones ejecutivas, acordando las partes mantener la vigencia de las condiciones y pactos acordados en el contrato de alta dirección. Iii) Siendo esa la situación, cuando se le cesó en 2022 como consejero y como Director General, reclamó ante la jurisdicción de lo social por despido improcedente con base en su contrato de alta dirección; iv) demanda estimada por el Juzgado de lo Social pero revocada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. En suplicación se resuelve en contra de la calificación como trabajador asalariado aplicando la teoría del vínculo y, en consecuencia, la indivisibilidad objetiva de su actividad o funciones y su cargo de consejero.

Estas resoluciones abren un debate nuevo al respecto, que ya había adelantado hace años la doctrina mercantilista³² para razonar tanto desde la perspectiva in-

32 Véase, Alfaro Águila-Real, Jesús: "Adiós a la teoría de vínculo", puede consultarse en <https://almanderederecho.org/adios-a-la-teoria-del-vinculo>, que planteaba los efectos de sentencias del TJUE

trasocietaria, relación interna (laboral/mercantil) como extrasocietaria, tributaria. Nos referimos, tal y como se analiza en el apartado siguiente de este estudio, a la doctrina del TJUE recaída en asuntos relativos a la interpretación conforme con el Derecho de la UE de cuestiones de los ordenamientos nacionales internos en los que se discute la aplicación de normas comunitarias relativas al concepto comunitario de “trabajador”.

3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. CONCEPTO COMUNITARIO DE TRABAJADOR Y “TEORÍA DEL VÍNCULO”

Decíamos que en las sentencias *ut supra* referenciadas y en el auto del planteamiento de conflicto negativo de jurisdicción se hace mención a la doctrina del TJUE; pero no obiter dicta sino, bien diferente, como fundamento básico de las resoluciones. La cuestión que se plantea al respecto es si aporta algo decisivo la doctrina del TJUE y, más aún, si puede fundamentarse en ella el replanteamiento o arrumbamiento de la doctrina o teoría “interna” del vínculo, tal y como manifiestan tanto la Sala contenciosa-administrativa del TS como el auto del Juzgado de lo Mercantil promoviendo conflicto negativo de jurisdicción a la Sala de Conflictos del TS.

Son muchas las ocasiones en las que el TJUE ha definido el concepto de trabajador desde la perspectiva comunitaria; y en algunas de ellas la situación que se presenta ante la norma de la UE aplicable al caso (Directivas varias en el ámbito de la política social; Reglamento libre circulación y Reglamento sobre norma aplicable....) es la de prestación de servicios de quienes pueden ser considerados administradores sociales —en nuestra terminología nacional— o la de duplicidad de condiciones, conforme al ordenamiento interno nacional que se pone en cuestión, esto es, un cargo orgánico con un plus de actividad en la prestación de servicios.

Teniendo en cuenta que en la UE no hay un concepto armonizado de trabajador asalariado (*employee*), válido con carácter general y advirtiendo que en las normas de la UE y en la doctrina del TJUE no hay referencia expresa a la teoría del vínculo, como tampoco hay un modelo armonizado de administración social en los países de la UE ni una configuración homogénea de la relación jurídica del que en España se ha definido como personal de alta dirección; ni que haya unas reglas armonizadas de distinción entre el asalariado general u ordinario y el asalariado especial, es verdad

en relación con la situación de los administradores únicos para los que, desde la perspectiva del ordenamiento interno, podía mantenerse que en estos casos no pueden separarse las facultades gestoras y representativas del administrador del resto del contenido de su relación con la sociedad. Y es trascendental porque el autor considera que las SSTJUE de 11 de noviembre de 2010 (Asunto Danosa) y de 9 de julio de 2015 (Asunto Balkaya,) deben conducir a “calificar la relación del administrador con la sociedad como laboral de alta dirección o común, ya que se dan los requisitos de dependencia y ajenidad”. “El administrador único de una sociedad limitada —afirma— está sometido a las instrucciones de la junta —incluso a falta de previsión estatutaria al respecto— y los frutos de su trabajo corresponden a los socios”.

que la resolución de un caso concreto se ha pretendido tomar como referente general para, cuando menos, analizar la implicación en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien, las posiciones en la doctrina, no solo en la laboralista, no son exactamente coincidentes, desde la que concluye que la teoría del vínculo no solo ha de ser revisada sino revisada, cuando no totalmente arrumbada³³; o en sentido contrario extremo, que no cabe apreciar trascendencia alguna de esa doctrina en nuestro ordenamiento jurídico interno³⁴; o, en sentido intermedio, menos taxativo, mostrando dudas de su aplicación práctica respecto del asunto que nos concierne³⁵.

3.1. De un caso concreto a las premisas básicas de la doctrina del TJUE. Apuntes sistemáticos

Los laboralistas conocemos algunos supuestos analizados estos años por el TJUE. Y ya entonces conveníamos en afirmar que no podía elevarse la resolución del supuesto concreto a teoría general al respecto. Pero ahora se ha reavivado el debate en torno a la utilidad de una sentencia concreta, tal y como se plantea por la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil/mercantil, esto es la STJUE de 5 de mayo de 2022, Asunto C-101/21, en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada

- 33 En este sentido, López Cumbre, Lourdes.: "Relación estatutaria y relación laboral del trabajador, director y presidente de una empresa: no son incompatibles y prevalece la laboral en la justicia europea", *Diario La Ley*, n.10111, 15 de julio 2022, Wolters Kluwer; coincide esta posición con la que se ha planteado en otros ámbitos, Álvarez Royo-Villanova, Segismundo.: "25 años de dogma...", cit.
- 34 En este sentido, concluyendo que "la tesis de la naturaleza del vínculo no parece que haya quedado superada ni desprovista de virtualidad y sentido. Al contrario, resulta acorde con algunos pronunciamientos del TJUE", Martínez Moreno, Carolina: "Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la UE: a propósito de la "laboralización" de los administradores y consejeros", *REJLSS*, núm.6, 2023, p.84;
- 35 Goerlich Peset, Jose María: ¿Crisis de la "teoría del vínculo"? STJUE de 5 de mayo de 2002", puede consultarse en <https://www.elforodelabos.es/2022/05/tesis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/>, que no es posible sentar conclusiones definitivas puesto que la teoría de vínculo "no descansa en argumentos del tipo de los que se valoran en el pronunciamiento sino en la unidad e indivisibilidad de las facultades de administración". Goñi Sein, Jose Luis.: "La doctrina del vínculo. ¿Infringe el Derecho de la UE?", *revista Labos*, Vol.5, No.2, 2024, que se centra más en su proyección en el ámbito de la normativa de Seguridad Social, si bien acepta que los tribunales de lo social hayan de reconsiderar su posición apriorística en torno a esta teoría, aunque reconozca también "que no debemos dar por eclipsada completamente la doctrina del vínculo porque el propio TJUE admite excepciones"; también, Núñez Vargas, Javier: "La condición laboral del consejero-delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria", *Revista Temas Laborales*, núm.170, 2023, p.53 y ss, que admite que las "normas comunitarias prevén diversas excepciones por mor de las cuales podría llegar a sostenerse la compatibilidad con la teoría del vínculo", atendiendo a lo dispuesto en la norma comunitaria concreta analizada en el caso concreto, y en particular, la cuestión relativa a los supuesto en que los altos directivos tengan una participación esencial en el capital de la sociedad titular de la empresa y goce de una influencia decisiva en la gestión de la misma. Desde la doctrina tributarista, García Novoa, César: "de nuevo la doctrina del vínculo y esta vez de la mano del Derecho de la UE", 2022, *Blog taxlandia*. Blog fiscal y de opinión tributaria, para quien esta sentencia "permite cuestionar su solidez (la de la teoría del vínculo) a partir de las grietas que provoca"; puede consultarse en <https://www.politica-fiscal.es/equipo/cesar-garcia-novoa/de-nuevo-la-doctrina-del-vinculo-y-esta-vez-de-la-mano-del-derecho-de-la-union-europea>.

desde la República Checa en la que se pregunta si la norma interna se opone o no a la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. En concreto la cuestión planteada es del tenor siguiente:

«¿Se opone el artículo 2 de la Directiva [2008/94], en relación con el artículo 12, letras a) y c), de esta, a una jurisprudencia nacional según la cual *el director de una sociedad mercantil no es considerado "trabajador asalariado" a efectos del pago de créditos salariales en virtud de dicha Directiva únicamente por el hecho de que el director, pese a ser trabajador asalariado [en el sentido de esa Directiva], es además miembro del órgano estatutario de la misma sociedad mercantil?*»

En el caso, se trata de una persona que simultáneamente ocupa los cargos de presidente del Consejo de Administración y de Director de la empresa. La empresa es declarada insolvente y la citada persona solicita el pago de las prestaciones de garantía salarial; se le deniega en vía administrativa alegando que no es trabajador al haber "ejercido, en el marco de sus funciones de presidente del consejo de administración y de director, una misma y única actividad, a saber, la dirección comercial de dicha sociedad" y que, por tanto, no podía considerarse que estuviera vinculado por una relación laboral con esa sociedad.

Adelantemos el fallo del TJUE, que es del tenor siguiente:

*"los artículos 2, apartado 2 y 12, letras a) y c) de la Directiva 2008/94/CE..., deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual una persona que ejerce, en virtud de un contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho nacional, **de forma acumulativa las funciones de director y de miembro del órgano estatutario** de una sociedad mercantil no puede ser calificada de trabajador asalariado, **en el sentido de dicha Directiva**, y, por lo tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa Directiva".*

Y prosigamos con los fundamentos que sustentan su fallo, en lo que aquí interesa:

- Aunque el art. 2.2 indica que la Directiva no afecta a las definiciones de los derechos nacionales en cuanto a "los términos «trabajador asalariado», «empresario», el TJUE recuerda que "el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para definir este concepto no es ilimitado", de modo que "los Estados miembros no pueden definir libremente el término «trabajador asalariado» de manera que se ponga en peligro la finalidad social de dicha Directiva" (§ 34).
- "La circunstancia de que una persona que ejerce la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano estatutario de esta no permite, por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado, en el sentido de la Directiva 2008/94" (§ 36).

Fundamental es recordar, como premisa de partida, que esta resolución del TJUE es una de las muchas sobre "concepto comunitario de trabajador" y una de las varias

en las que en los supuestos de hecho de las cuestiones prejudiciales planteadas han exigido al tribunal configurar los criterios relevantes para la aplicación o no del Derecho de la UE a altos directivos, administradores de sociedad, consejeros-directivos o directivos que forman parte de los órganos de administración (en la variedad de supuestos conforme al derecho nacional concreto, por cierto, hasta la fecha, no en relación con el derecho español).

En este sentido, mencionemos los casos anteriores planteados al TJUE con su respectivo supuesto y norma comunitaria, que, hasta la fecha podrían considerarse como el conjunto de pronunciamientos en torno al "estatuto jurídico, sustantivo y procesal, de los cargos directivos en sociedades" (junto a la STJUE de 2022). A saber:

- Asunto *Danosa* (Sentencia de 11 de noviembre de 2010, C-232/09), miembro único del consejo de dirección, y aplicación de la Directiva 92/85 sobre seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada.
- Asunto *Balkaya* (sentencia 9 de julio de 2015, C-229/14), administrador de una sociedad de capital, y aplicación de la Directiva 92/85 sobre despido colectivo.
- Asunto *Holterman Ferho* (Sentencia de 10 de septiembre de 2015, C-47/14), supuesto de director que pasa a ser administrador de sociedad con participaciones de la misma, sociedad holding con domicilio social en los Países Bajos y filiales en Alemania, y aplicación del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial.
- Asunto *Bosworth, P., Hurley, C. y Arcadia Petroleum Limited* y otros (Sentencia de 11 de abril de 2019, C-603/17); supuesto de cargo de CEO y de CFO de un grupo empresarial siendo, además consejeros de tres de las sociedades de ese grupo, vinculados a esas sociedades mediante un contrato de trabajo, redactado por ellos mismos o con arreglo a sus propias instrucciones; aplicación o no del Convenio de Lugano II sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, que vincula a la Unión con la Confederación Suiza, y cuya redacción coincide con la del Reglamento UE 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, sustituido por el Reglamento 121/2012.

Al margen de la norma comunitaria concreta que fundamenta cada una de las cuestiones prejudiciales, conviene tener en cuenta que en todas ellas se plantea la misma pregunta, a saber, si en el caso concreto es o no aplicable el concepto comunitario de trabajador que permita entrar en el ámbito de aplicación de la norma en cuestión. Por lo que, se ha de discurrir del modo siguiente:

Primero, recordando la doctrina del TJUE sobre concepto de trabajador desde la perspectiva del Derecho de la UE.

A la pregunta sobre el fundamento de la existencia de un concepto comunitario de trabajador, se responde afirmando que, la indeterminación apreciada en muchas de las

normas comunitarias, se suple atendiendo al efecto útil y/o la plena eficacia del Derecho de la UE, que ha de proporcionar reglas seguras a todos los Estados Miembros. De este modo se justifica que ese concepto sea autónomo y uniforme. Aunque la reflexión requeriría un tratamiento más detenido, al menos se ha de tener en cuenta que:

Por autonomía hay que entender que tal concepto no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros porque, de lo contrario, estima el TJUE, estaría a su disposición el Derecho comunitario, lo que "permitiría a éstos alterar el ámbito de aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia" (Asunto *Balkaya*, párrafo 33). Lo que posteriormente afirma de forma más contundente: "limitar el concepto de trabajador a la personas incluidas en ese concepto en virtud del Derecho nacional ... podría poner en peligro la consecución de los objetivos de la Directiva y por ende, menoscabar el efecto útil al limitar de manera excesiva e injustificada su ámbito de aplicación" (Asunto *Betriebsrat der Ruhlandklinik*,³⁶ párrafo 36).

Por uniformidad, que tal concepto debe interpretarse de manera uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión porque es garantía de protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes EMs (Asunto *Balkaya*, párrafos 32, 33 y 44) o garantía de aplicación común a todas partes contratantes (Asunto *Holterman Ferho*, apdos 26 y 27), aunque, afirma en esta sentencia, la uniformidad es relativa desde la perspectiva del conjunto de las normas comunitarias; "la interpretación de un mismo concepto —dice— en el ámbito de las libertades fundamentales del TFUE o de instrumentos de Derecho secundario que persiguen finalidades específicas no tiene por qué coincidir necesariamente con la comprensión de ese mismo concepto en otros ámbito del Derecho secundario" (apdo 25)

Segundo, si ello es así, habría que indagar en los elementos o criterios que utiliza el TJUE para determinar si los casos analizados pudieran encajar en ese concepto comunitario de trabajador. Y aquí, como ya hemos tenido ocasión de analizar en otras ocasiones, desde el conocido "test Lawrie Blum" —Asunto C-66/85—, la relación laboral (employment relationship) presupone la existencia de un nexo de subordinación (o dependencia personal u organizativa) de apreciación en cada supuesto concreto en función del conjunto de los hechos y circunstancias que caracterizan a las relaciones existentes entre las partes. Tal y como, entre otras, se expresa en los Asuntos *Danosa* y en *Holterman Ferho*, recordando en ésta que la inexistencia de un contrato formal no representa un obstáculo a la existencia de una relación laboral (por tanto, lo que nosotros referiríamos a la irrelevancia del nomen iuris)³⁷

Tercero, si trasladamos ese razonamiento al supuesto concreto de administrador-director, resulta que en estos supuestos, tal vez en un sentido más laxo y flexible

36 Sentencia de 17 de noviembre de 2016, Asunto C-2016/15

37 Reiterado en el Asunto *Bosworth, Hurley y otros* (2019), apdos 36 y 38

en los asuntos *Danosa* y *Balkaya*³⁸, y en otro más estricto técnico-jurídico (en los Asuntos *Holterman* y *Bosworth*, *Hurley* y otros), resulta que el requisito de dependencia deriva de los hechos y circunstancias relevantes en el caso concreto (sistema de indicios) y se manifiesta o define a partir del doble criterio control-dirección por quien recibe la prestación, el empresario, que dispone de un poder contractual de organización. Y en estas resoluciones del TJUE nos aproxima a los significados de esos criterios, entre ellos: que la persona esté bajo la supervisión y dirección de la otra parte; que la persona para la que se realiza el trabajo determine los servicios que ha de prestar y su tiempo de trabajo; que el trabajador no tenga libertad para elegir sus propias horas de trabajo; en fin, que la persona para la que se presta la actividad supervise y evalúe permanentemente las actividades del que las presta. En resumen, que el sometimiento a la dirección de otra persona consiste en que éste impone no solo las prestaciones que se han de desarrollar sino, sobre todo, la forma en que ha de hacerlo y cuyas instrucciones y normas internas el prestador del servicio debe respetar. Y la subordinación se define, entonces, como estar bajo la dirección efectiva de otra persona en el ejercicio y la organización de sus funciones; para lo que habrá de valorarse la naturaleza de las funciones de que se trate, el ámbito en que se ejerzan, la extensión de las facultades del interesado y el control de que sea objeto en el seno de la sociedad (Asunto *Danosa*, adp.47). Lo que recuerda, tal y como expusimos en las páginas anteriores de este estudio, al triple criterio de delimitación entre el personal de alta dirección y los consejeros ejecutivos: funcional, objetivo y jerárquico.

Pero en modo alguno, en nuestra opinión, puede considerarse que la sentencia *Bosworth*, *Hurley* otros sea una excepción en la doctrina del TJUE³⁹ porque, tal y como indicamos en su momento, en la sentencia de 11 de abril de 2019 se interpreta el concepto de trabajador, y el requisito de subordinación, más apegado a la ejecución misma de las funciones del directivo y a la forma en las que la organiza, atendiendo también a las especificidades del Derecho de sociedades; y, tal y como dejó patente el TJUE en el Asunto *Holterman Ferho*, 10 de septiembre de 2015⁴⁰, a la capacidad de influencia "no insignificante" que pudiera tener el director de una sociedad, que es también administrador de otras sociedades del grupo societario.

Si así se entiende, no se habría puesto en cuestión el concepto comunitario de trabajador-directivo-administrador, y cabría interpretar la resolución de 2019 como un episodio más de la valoración en el caso concreto de la exteriorización de los indicios o hechos relevantes (aplicación entonces del sistema indiciario) de los que deriva la

38 En estas sentencias se consideraron como indicios relevantes de la existencia de nexo de subordinación en los casos planteados los tres siguientes: i) que el directivo estaba efectivamente integrado en la sociedad; ii) que debía rendir cuentas a otro de la sociedad (Consejo de Administración, Consejo de Supervisión...); iii) que podía ser destituido por este órgano.

39 En contra de lo que manifiesta Goñi Sein, Jose Luis: "La doctrina del vínculo...", p.130

40 Que reproduce en el Asunto *Bosworth*, *Hurley* y otros (2019); sobre esta última, remitimos a nuestro comentario "concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial", RJL, BOE, núm.3/2019, puede consultarse en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-0000000423

existencia (o ausencia) del vínculo de subordinación. Sistema que, también en el ámbito del Derecho de la UE, se manifiesta flexible, abierto y casuístico⁴¹.

¿Cabe apreciar esa subordinación cuando la persona física es capaz de establecer (y establece) los términos del contrato con la sociedad y tiene control y autonomía sobre el funcionamiento diario de la actividad de la sociedad y el desarrollo de sus propias funciones?. No se trata solo, y en respuesta a una cuestión concreta del órgano jurisdiccional nacional proponente que solo pidió saber si el nexo de subordinación define el contrato individual de trabajo a efectos de la aplicación de la norma comunitaria de competencia judicial, de que el sujeto realice funciones de director y administrador de la sociedad, sino si las ejerce “bajo la dirección” de la sociedad. Y en caso de respuesta afirmativa, ¿cabe apreciar esa subordinación cuando la persona física es capaz de establecer (y establece) los términos del contrato con la sociedad y tiene control y autonomía plenos sobre el funcionamiento diario de la actividad de la sociedad y el desarrollo de sus propias funciones?. Por eso en este asunto —*Bosworth y Hurley*, 2019—, a diferencia del Asunto *Holterman*, el TJUE no se limita a explicitar el concepto comunitario de trabajador para que sea el órgano jurisdiccional competente quien determine si, efectivamente, en el supuesto concreto cabe apreciar la existencia de subordinación del sujeto respecto de la sociedad para la que prestaba funciones de director-administrador, atendiendo al criterio, ofrecido por el TJUE, de si el sujeto estaba o no en situación de influir en la voluntad del órgano de administración de esa sociedad. En este caso se responde a lo cuestionado, concluyendo que no se advierte nexo de subordinación cuando, según le indica el órgano jurisdiccional proponente, sin que haya quedado acreditado lo contrario, el directivo tenía control y autonomía plenos sobre el funcionamiento diario de la actividad de la sociedad.

3.2. Conclusiones en torno a la doctrina del TJUE

A partir de esas premisas formuladas en el apartado anterior, intentemos expresar la las que podemos adelantar como conclusiones en relación con la doctrina del TJUE.

Volvamos a la Sentencia del TJUE de 2022, y recordando que plantea de nuevo la cuestión atemporal y universal, también en el contexto del Derecho de la Unión Europea, sobre el concepto de trabajador a efectos de determinar el ámbito de aplicación de las normas comunitarias.

El TJUE ha intentado adoptar una solución homogénea, uniforme, para todo el Derecho de la UE, tanto desde la perspectiva de aplicación de las normas comunitarias

41 Como dijimos en su momento, *el concepto de trabajador «se modula según el caso concreto y el ámbito de aplicación específico y está muy condicionado por el planteamiento de la cuestión prejudicial»*; Sánchez-Urán Azaña, Yolanda: Concepto de trabajador en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea (Capítulo II), en Sempere Navarro, Antonio V. (dir.), *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, Madrid, BOE (1ª ed.), 2020, p. 59.

rias sobre libre circulación (Derecho Originario, art.45 y ss TFUE) como del Derecho Derivado, vía directivas, en materia de política social (y en este caso, el legislador comunitario intenta atraer el concepto jurisprudencial al ámbito de aplicación de las últimas normas, como la Directiva 2019/1152, sobre condiciones de trabajo transparentes y fiables).

La sentencia de 2022 no rompe esa tendencia y es dudoso que pueda valorarse desde la ordenación legal concreta de un sistema jurídico nacional, como el español, que diferencia distintos estadios entre el personal directivo y en el que aún plantea dificultad la distinción entre alto directivo laboral y alto cargo no laboral cuando el primero forma parte o es miembro de un Consejo de Administración.

En efecto, el TJUE tiene en cuenta su doctrina sustantiva en ambos aspectos fundamentales del Derecho social de la UE, pero cuando se trata de una relación o prestación de servicios fronteriza con el Derecho de Sociedades —esto es cuando los directivos son, además, miembros de órganos sociales— y la cuestión litigiosa se adentra en el intrincado problema de la responsabilidad civil de éstos en las circunstancias del caso concreto planteado (Asunto *Bosworth y Hurley*, 2019), se apega a un concepto técnico-jurídico de dependencia personal o subordinación del que deriva, en el caso concreto, que no pueda considerarse que se trata de un contrato individual de trabajo a los efectos de la norma comunitaria. Sin olvidar, por otro lado, que en asunto *Holterman Ferho*, 2015, apdo 36, se había explicitado que, a efectos del Reglamento comunitario sobre competencia judicial, " el hecho de que se asignen a una persona funciones de dirección de una sociedad no excluye necesariamente el elemento de subordinación característico de la relación laboral y que el hecho de que el director tenga una participación en la sociedad que dirige tampoco excluye automáticamente que la relación que les liga pueda ser calificada de contrato de trabajo a efectos del Reglamento ..."; de modo que puede existir contrato de trabajo "con independencia de otro tipo de relaciones jurídicas entre las partes, derivadas, por ejemplo, del hecho de que, desde el punto de vista del Derecho de sociedades, sea también administrador de la sociedad"

Todas las sentencias referenciadas evidencian que el concepto de trabajador (entendida ahora esa expresión en sentido amplio, asimilado a "worker") se incluye en el Derecho Originario y en el Derecho Derivado de la UE de forma fragmentaria y segmentada con diferente finalidad según los ámbitos materiales específicos, sustantivos o procesales, de las normas "laborales" de la UE cuando no definen conceptos, trabajador o contrato de trabajo, en torno a los que giran el ámbito de aplicación específico de la norma cuestionada.

La cuestión abierta, en relación con el principio de interpretación conforme y sus límites, es si es posible que los Tribunales nacionales apliquen el concepto de trabajador comunitario aun alterando para ello, ya no los métodos nacionales de interpretación a la búsqueda de una interpretación conforme con las normas comunitarias, sino la propia norma nacional cuando es irreconciliable con aquéllas. ¿Pueden los tribunales nacionales utilizar los criterios que le indica el TJUE para determinar que

en el caso concreto hay (o no) dependencia y, en consecuencia, la persona ha de ser considerada (o no) trabajadora a efectos de aplicación de la norma comunitaria concreta que se trate cuando según la norma legal nacional ha de entenderse excluida del concepto nacional de trabajador?. Y más aún, ¿puede utilizarse para que el TS califique como relación laboral especial de alta dirección el contrato de consejero ejecutivo, se permita la compatibilidad de situaciones y se arrumbe definitivamente la teoría del vínculo y sus diferentes proyecciones en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico?. Esta es la cuestión planteada y no resuelta, como advertimos en páginas anteriores por la doctrina de modo coincidente.

Elevar esta resolución (sentencia TJUE de 2022) a doctrina general es arriesgado porque, entre otras consideraciones, de la lectura de la sentencia, y atendiendo al Derecho nacional concreto, parece que el contrato de trabajo asalariado había quedado sustituido por un contrato de servicios al ser nombrado Administrador. Pese a ello, en la sentencia se menciona continuamente que había un contrato de trabajo aún cuando en las instancias nacionales se había considerado que “arreglo a la jurisprudencia nacional relativa a la «acumulación de funciones», en la medida en que, durante el período controvertido, el demandante en el litigio principal había acumulado las funciones de director y de presidente del consejo de administración de la referida sociedad, no existía ningún vínculo jerárquico ni de subordinación con esta, de modo que no podía ser calificado de trabajador asalariado, en el sentido de la Ley n.º 118/2000 relativa a la garantías de trabajadores en caso de insolvencia”. Por otro lado, la Sentencia no se acompaña de conclusiones de Abogado General que, seguramente, nos hubiera permitido analizar con detenimiento tanto el caso en su vertiente nacional como en el de la doctrina comunitaria.

Volvamos a las preguntas planteadas que refieren a muy diferentes aspectos:

Por un lado, en lo que respecta a la interpretación conforme del ordenamiento nacional español a la doctrina del TJUE, y sus límites, podría pensarse que no es posible cuando aquella fuera *contra legem*, esto es, cuando la norma española hubiera expresado con certeza y claridad meridianas el ámbito de exclusión laboral de la relación jurídica de los administradores sociales. No obstante, en este caso, no habría aplicación *contra legem* de la regulación española porque, como sabemos, sigue en el debate en torno al ámbito de exclusión de los “administradores” en el art.1.3.c) y la delimitación del ámbito de aplicación de la relación laboral especial sencillamente, porque los términos utilizados por el legislador, conducen a diferentes y no coincidentes resultados.

No obstante, las normas nacionales en liza no se han diseñado trasponiendo norma alguna del Derecho de la UE, sencillamente, porque no hay norma alguna europea que se haya configurado como definidora, con carácter general, del concepto de trabajador, trabajador por cuenta ajena (en nuestra terminología)⁴² y menos aún

42 Aunque fuera deseable, tal y como ha afirmado la doctrina, “con ello —se dice—se daría amparo no solamente al que podríamos denominar trabajador ordinario tradicional (entendido, de forma gené-

que se haya configurado en ese ámbito la figura del trabajador especial o sujeto de una relación laboral especial de alta dirección.

Y previamente, no hay posibilidad de que el TS solucione el conflicto negativo de jurisdicción en relación con la naturaleza de la relación intrasocietaria interpretando nuestro ordenamiento conforme al Derecho de la Unión Europea puesto que no se ha planteado al TS la resolución de un caso concreto que tenga su trasunto en una norma comunitaria concreta y específica aplicable al caso concreto. Sencillamente, esa norma comunitaria no existe y al día de hoy la armonización del concepto es parcial y la interpretación del TJUE, como hemos afirmado, apegada al caso concreto y a la norma específica aplicable.

Por otro lado, la teoría del vínculo es un dogma de los tribunales nacionales; no es un criterio que esté avalado por ninguno de los elementos hermenéuticos y que tampoco quepa solucionarlo desde la perspectiva general atribuida a la doctrina del TJUE. Decíamos que no se ha planteado al TS la resolución de un caso concreto que tenga su trasunto en una norma comunitaria; se pretende, que es bien diferente, adoptar una decisión con base en la interpretación de la normativa nacional interna (laboral y societaria) utilizando para ello la doctrina del TJUE formulada, como bien hemos afirmado, en la solución de casos concretos de aplicación específica de una norma de Derecho comunitario. Y menos aún que pueda repercutir algo en el razonamiento del TS la afirmación de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando considera que la doctrina del TJUE excluye la doctrina del vínculo para no hacer de peor condición a los trabajadores que son administradores en comparación con aquellos que no tienen ese doble vínculo. Primero, porque el TJUE desconoce esa teoría o dogma y segundo porque el criterio de favorabilidad no es uno de los que define la relación entre el Derecho de la UE y el o los Derechos nacionales.

Por tanto, si alguna influencia tuviera la doctrina TJUE, cuando en la sentencia de 2022 afirma que "no cabe negar a una persona que ejerce la función de director, y sea miembro de órgano de administración de una compañía, los derechos o protecciones que la normativa comunitaria reconoce a los trabajadores, por el mero hecho de formar parte del órgano de administración" (recordando lo indicado en el asunto *Holterman Ferho*) en el sentido, no cabe olvidarlo, de la Directiva concreta analizada (la de insolvencia y protección salarial), se limitaría en términos muy laxos a referir a la apreciación general, primigenia, de la importancia y relevancia de la realidad efectiva de la prestación de servicios, lo que, desde luego, tal y como a nuestro

rica, como aquel que presta servicios continuados y remunerados dentro de una relación de subordinación con su empleador, de modo que no presenta controversias a la hora de ser calificado como tal en la mayoría de los EEMM); sino que también permitiría dar seguridad jurídica a ciertas relaciones controvertidas que se decantan entre lo laboral y lo mercantil (altos cargos, consejeros, mandatarios, administradores)..." Rizzo Lorenzo, Grabiela: "Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo", *Revista Labos*, Vol.5, núm.1, 2024, p.188.

juicio se ha afirmado acertadamente⁴³, es una llamada de atención a la evitación de apriorismos, automatismos, exageraciones, y a que se introduzcan matices según las circunstancias de cada situación (que se podría identificar con la expresión del TJUE “la circunstancia de que una persona que ejerce la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano estatutario de esta no permite, por sí sola, *presumir o excluir la existencia de una relación laboral ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado*). Lo que, a partir de la doble consideración: i) no hay una Directiva general que defina el concepto comunitario de trabajador; ii) en el Derecho de la UE no hay un concepto comunitario de trabajador directivo ni un estatuto armonizado del administrador de la sociedad) nos hace volver al punto de partida de este estudio. ¿Cabe arrumbar definitivamente la teoría del vínculo? No solo, es evidente, en su configuración primigenia, sino también en la formulación posterior extensiva al personal de alta dirección.

4. REFLEXIONES FINALES

Podríamos afirmar, utilizando la expresión de Álvarez Royo-Villanueva, que bien está lo que bien acaba, refiriéndose él a la evolución en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Pero, aún queda superar el escollo de la Sala de Conflictos del TS y, sobre todo, el cambio decisivo de la doctrina y jurisprudencia social arrumbando definitivamente la teoría del vínculo.

Y en esta tesitura, ahora más que nunca, habría que reclamar una revisión profunda legislativa que abordara en su complitud el estatuto del administrador, en concreto, el del consejero ejecutivo, que clarifique su situación jurídica y sus múltiples proyecciones normativas (laboral, mercantil, fiscal, de seguridad social...) y definiera con precisión el ámbito de la exclusión laboral relativa a quienes prestan servicios como administradores en las sociedades de capital. Planteábamos haya por 2015, y posteriormente, en 2018, entonces si, de lege ferenda, fuera conveniente restringir la exclusión prevista en el art.1º.3.c) ET refiriendo solo a su condición de tales (en el sentido de la norma mercantil) o, por el contrario, incorporando expresamente en la exclusión también a los consejeros ejecutivos cuando el órgano de administración es un CA. Si ésta última fuera la opción, aunque no ajustada a una perspectiva estrictamente dogmática o teórica, puesto que a nuestro juicio se trataría de una exclusión constitutiva, tal vez fuera la que permitiera resolver algunas dificultades o disfuncionalidades de la exclusión restrictiva (o, lo que es lo mismo, de la inclusión ex lege del consejero ejecutivo en la relación laboral), y, sobre todo, la práctica de ubicar en un solo orden jurisdiccional todos los conflictos que se plantearan en la doble relación jurídica entre los administradores, cuando son ejecutivos, y la Sociedad.

43 Goerlich Peset, Jose María: “¿Crisis de la teoría del vínculo...”, op. Cit.

El legislador mercantil ha adoptado una decisión, incluir en la normativa de sociedades el "contrato de administración" del consejero ejecutivo (no el contrato de administración de todos los administradores). Pero no se define su naturaleza y ante la ausencia de respuesta expresa por el legislador, reclamada desde hace mucho tiempo y hasta que se resuelva, cabría una interpretación sistemática de las normas, laboral y mercantil, partiendo de que relación jurídica del consejero ejecutivo, que cumple con los requisitos o notas de laboralidad y hacen de él más que un mero o simple consejero, miembro del CA, responde a las características del contrato laboral de alta dirección con base en el triple criterio legal que lo configura, funcional, objetivo y jerárquico.

Lo que exige que deban integrarse sistemáticamente las normas de diferentes sectores del ordenamiento jurídico que, debido a las peculiaridades de la administración social directiva por delegación del CA, inciden en esa prestación de servicios; normas laborales, de seguridad social, fiscales y mercantiles. Ya indicamos hace años las posibles disfuncionalidades, la posibilidad o no de coexistencia de una alta dirección colegiada (Director General y Consejero ejecutivo) cada una con sus reglas; la articulación de la relación laboral especial de alta dirección cuando un alto directivo laboral es nombrado miembro del CA como Consejero Ejecutivo; la presunción del carácter indefinido de la relación laboral de alta dirección frente al carácter temporal del cargo de consejero (¿sería éste un desistimiento ad nutum indemnizado previsto en el RDPAD?); el despido y su calificación (entre ellas, la de nulidad) cuando el Derecho de Sociedades rige el principio de libre revocabilidad; adaptación de la suspensión o extinción de los contrato de alta dirección en caso de concurso, conforme Ley Concursal; en fin, y sin agotar la lista, la relativa a la retribución o indemnización por cese.

Es verdad que, desde alguna de las perspectivas expuestas, se ha solucionado, bien por el legislador (seguridad social) bien por la jurisprudencia (perspectiva tributaria). En lo que refiere al ámbito de la Seguridad Social, por cierto, exenta de armonización en el ámbito del Derecho de la UE, la distinción de cargos sí ha sido asumida por el legislador, que incluye en el Régimen General a los consejeros ejecutivos, diferenciándolos del mero consejero. No obstante, la distinción no se fundamenta expresamente por el legislador en el impacto de la doctrina del TJUE tampoco puede afirmarse que tuviera como finalidad u objetivo eliminar la teoría del vínculo. Ha sido la respuesta a una situación autónoma en un ámbito concreto, el de la Seguridad Social, tal vez, como mucho, mirando de soslayo a la regulación de la LETA, a su ámbito de aplicación, tal como comentamos en páginas anteriores. El actual art. 136.2 c) vigente LGSS/2015 dispone la obligación de afiliar y dar de alta en el régimen general de Seguridad Social como trabajadores asimilados por cuenta ajena a "consejeros de sociedades mercantiles capitalistas siempre que no posean el control de estas [...] cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello...". Si bien, como se ha afirmado, a la vista de que estos administradores y consejeros quedan excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, la STJUE de 2022 pudiera exigir un

replanteamiento legal en nuestro ordenamiento jurídico en lo que refiere a la protección salarial⁴⁴.

En lo que refiere a la relación intrasocietaria, fundamentalmente en torno a la separación de condiciones (administrador y consejero ejecutivo), y en lo que refiere a la retribución o indemnización por cese, habría que identificar, personal de alta dirección en sentido estricto y consejeros ejecutivos, C-D, miembro de comisión ejecutiva, como altos directivos laborales, y la integración normativa sistemática permitiría acudir a las especialidades previstas en el Derecho de Sociedades para estos últimos, cuando no posean el control efectivo de la sociedad. De modo que correspondiera a la norma mercantil regular aquellas peculiaridades que, no explicitadas en el RDPAD, derivan del régimen jurídico previsto en aquélla, que regula e impone como límite a la autonomía de la voluntad de las partes. Normas que, a estos efectos, se calificarían como *lex specialis* frente a lo dispuesto en la norma reglamentaria laboral, atendiendo, como bien se ha explicitado, a las exigencias de transparencia⁴⁵ (el buen gobierno corporativo y la evitación del conflicto de intereses) y a la necesidad de que la junta general establezca las reglas de retribución e indemnización por cese.

Concluyendo al efecto que no hay unidad e indivisibilidad de las facultades de administración porque, como adelantamos en las páginas anteriores, cabe diferenciar la función del que es mero y simple consejero y sus cometidos como tales de las que pueden realizar algunos de ellos por delegación del consejo y, en concreto, las directivas y de gestión directa relativa a los objetivos generales de la empresa y con autonomía y responsabilidad sometidas al control y supervisión del órgano de administración social, en particular, cuando éste adopta la forma jurídica de Consejo de Administración.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro, Aguila-Real, Jesús.:

- “Adiós a la teoría del vínculo”, en el Blog Almacén del Derecho, 2015 <https://almacenederecho.org/adios-a-la-teoria-del-vinculo>
- “Cuestiones pendientes relativas al contrato entre la sociedad y el consejero-delegado”, 2018, puede consultarse en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/02/cuestiones-pendientes-relativas-al.html>

44 En este sentido, Goerlich Peset, Jose M^a: ¿Crisis de la “teoría del vínculo”? Cit.; Goñi Sein, Jose Luis.: “La doctrina del vínculo...”, cit., p.128

45 Apelando a la transparencia para que sea la junta general la que retenga el control sobre las retribuciones, López Cumbre, Lourdes.: “Una tercera vía...”, cit.; Ahora bien, una cosa es eso, y otra bien distinta, la opinión de García-Perrote Escartín, Ignacio: “La asunción legal de la teoría...”, cit., p, cuando afirma que la reforma de la LSC al establecer el contrato único de administración transparente del C-D o consejero ejecutivo “acoge la razón de ser de por qué nació y por qué se hizo y por qué fue tan insistente con la doctrina jurisprudencial del vínculo”.

- “La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales”, Blog Almacén de Derecho, 2018, puede consultarse en <https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales>
- “Nombramiento y contrato de administrador” (I), 2024, puede consultarse en <https://almacenederecho.org/nombramiento-y-contrato-de-administrador-i>

Álvarez Royo-Villanueva, Segismundo: “25 años de dogma: el fin de la doctrina del vínculo”, *Tribuna Aranzadi La Ley Mercantil*, 12 de marzo de 2025, puede consultarse en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2025/04/23/25-anos-de-dogma-el-fin-de-la-doctrina-del-vinculo>

Barros García, Mario.: “¿Continúa vigente la teoría del vínculo tras la modificación de la Ley de Sociedades de capital”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 41, 2015

Casas Baamonde, M^a Emilia: “Más allá de la teoría del vínculo”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm.2, 2015

Desdentado Bonete, Aurelio y Desdentado Daroca, Elena.:

- *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*; Lex Nova, 2000
- “En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm.83

García-Perrote Escartín, Ignacio:

- “¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La sentencia de la Sala de lo Social del TS de 26 de febrero de 2003”, *Información Laboral*, núm.3, 2003
- “La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con omnicomprensividad retributiva”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm.2, 2015

Godino Reyes, Martín: “Algunas reflexiones críticas sobre la teoría del vínculo que excluye la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y alto cargo”, *Boletín Social Quantor*, 78, 2007

Goerlich Peset, Jose M^a: “¿Crisis de la “teoría del vínculo”? STJUE de 5 de mayo de 2002”, puede consultarse en <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/>;

Goñi Sein, Jose Luis: “La doctrina del vínculo, ¿infringe el derecho de la UE”, *Revista Labos*, Vol.5, n.2, 2024

López Bedmar, Rafael José: “La teoría del vínculo en la relación laboral especial de alta dirección: implicaciones jurídicas y doctrinales”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Núm.13, 2024

López Cumbre, Lourdes:

- “Una tercera vía sobre el contrato de los consejeros ejecutivos”, 2015, <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/una-tercera-via-sobre-el-contrato-de-los-consejeros-ejecutivos.pdf>
- “Relación estatutaria y relación laboral del trabajador, director y presidente de una empresa: no son incompatibles y prevalece la laboral en la justicia europea”, *Diario La Ley*, n.10111, 15 de julio 2022
- “¿Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social”, 2022, puede consultarse en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ga-p.com/wp-content/uploads/2022/04/teoria_del_vinculo-1.pdf

Marín de la Bárcena, Fernando.: “La retribución de los consejeros ejecutivos”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.309, 2018

Marín Benítez, Gloria: “Los consejeros ejecutivos en el derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo”, *Revista CEF, RCy T*, núms.353-354, 2012

Martínez Moreno, Carolina: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la UE: a propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros”, *REJLSS*, núm.6, 2023

Mercader Uguina, Jesús: “¿Subsiste la teoría del vínculo tras la Ley 31/2014?. La retribución de los administradores sociales y el nuevo contrato de administración de los consejeros ejecutivos”, *Trabajo y Derecho*, núm.4, 2015.

Núñez Vargas, Javier: “La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria”, *Revista Temas Laborales*, núm.170/2023

Paz-Ares, Cándido:

- “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *Revista InDret*, enero 2008
- “*Ad impossibilia nemo tenetur* (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, *La Ley*, 10.983/2009.

Rey Guanter, Salvador (del): “Heterodeterminación mercantil corporativa de remuneraciones y condiciones contractuales básicas de altos directivos, directivos y consejeros ejecutivos y ordenamiento laboral”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm.2, 2015

Rizzo Lorenzo, G.: “Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo”, *Labos*, Vol.5, núm.1, 2024

Sánchez-Urán Azaña, Yolanda.:

- “Estatuto jurídico del alto directivo laboral. Nuevas perspectivas en el ámbito del derecho privado y en el ámbito privado”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm.118, 2015

- “Sobre la retribución de consejeros ejecutivos en sociedades no cotizadas. Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y teoría del vínculo”, *Revista RTSS, CEF*, núm.424, 2018
- “Concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial”, *RJL*, BOE, núm.3/2019
- “Concepto de trabajador en el derecho de la UE y en la Jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.232, 2020.