

**Vol. 4** / **Núm. 2, septiembre 2025**

# **Trabajo y Empresa**

**Revista de Derecho  
del Trabajo**



**tirant  
lo blanch**

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

### **MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**

*Catedrática de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Valencia*

### **ANA CAÑIZARES LASO**

*Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga*

### **JORGE A. CERDIO HERRÁN**

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

### **JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**

*Ministro en retiro de la Suprema  
Corte de Justicia de la Nación  
y miembro de El Colegio Nacional*

### **MARÍA LUISA CUERDA ARNAU**

*Catedrática de Derecho Penal  
de la Universidad Jaume I de Castellón*

### **MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ**

*Catedrático de Derecho Procesal de la UNED*

### **CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO**

*Catedrática de Derecho Civil  
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

### **EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Juez de la Corte Interamericana  
de Derechos Humanos  
Investigador del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM*

### **OWEN FISS**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho  
de la Universidad de Yale (EEUU)*

### **JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*

### **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC**

*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Valencia*

### **LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

### **ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**

*Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Sevilla*

### **MARTA LORENTE SARIÑENA**

*Catedrática de Historia del Derecho  
de la Universidad Autónoma de Madrid*

### **JAVIER DE LUCAS MARTÍN**

*Catedrático de Filosofía del Derecho  
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

### **VÍCTOR MORENO CATENA**

*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

### **FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

### **ANGELIKA NUSSBERGER**

*Catedrática de Derecho Constitucional  
e Internacional en la Universidad de Colonia  
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

### **HÉCTOR OLASOLO ALONSO**

*Catedrático de Derecho Internacional  
de la Universidad del Rosario (Colombia)  
y Presidente del Instituto Ibero-Americano  
de La Haya (Holanda)*

### **LUCIANO PAREJO ALFONSO**

*Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

### **CONSUELO RAMÓN CHORNET**

*Catedrática de Derecho Internacional  
Público y Relaciones Internacionales  
de la Universidad de Valencia*

### **TOMÁS SALA FRANCO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

### **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España*

### **ELISA SPECKMAN GUERRA**

*Directora del Instituto de Investigaciones  
Históricas de la UNAM*

### **RUTH ZIMMERLING**

*Catedrática de Ciencia Política  
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

**Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:  
[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# Trabajo y Empresa

Revista de Derecho del Trabajo

**Vol. 4**

**N.º 2, septiembre 2025**

**tirant lo blanch**

Valencia 2025

**Director:**

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. *Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.*

**Secretario de redacción:**

Ángel Jurado Segovia. *Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.*

**Comité de redacción:**

María Amparo García Rubio. *Profesora Titular. Universidad de Valencia.*

Juan Gil Plana. *Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Mónica Llano Sánchez. *Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Magdalena Llompарт Bennàssar. *Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.*

Enrique Nores Torres. *Profesor Titular. Universidad de Valencia.*

Javier Thibault Aranda. *Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISSN: 2952-1351  
MAQUETA: Innovatext

Esta obra cuenta con Licencia Creative Commons vía: [CC BY-NC-ND 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politiccas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politiccas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

# Índice



<b>Presentación</b> .....	7
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel	
<b>La voluntariedad en el contrato de trabajo con acuerdo de trabajo a distancia y en el teletrabajo</b> .....	9
Tomás Sala Franco	
<b>El impacto laboral en la transmisión de unidades productivas en el seno del concurso</b> .....	23
Ángel Blasco Pellicer	
<b>Administradores sociales ejecutivos y altos directivos laborales. ¿Replanteamiento de la teoría del vínculo?</b> .....	45
Yolanda Sánchez-Urán Azaña	
<b>Reseña de actualidad judicial</b> .....	85
Erik Monreal Bringsvaerd	
Ángel Jurado Segovia	



# Presentación



El número noveno de la revista "Trabajo y Empresa", que cierra tres años ya de su andadura, contiene tres interesantes ensayos que responden exactamente al enfoque con el que la revista nació. Abordan tres temas dispares, de relevancia práctica, desde una perspectiva crítica y propositiva.

El primero un breve y enjundioso ensayo del profesor Sala Franco que lleva por título "La voluntariedad en el contrato de trabajo con acuerdo de trabajo a distancia y en el teletrabajo". Como es sabido, la voluntariedad debe ser y es un elemento vertebrador del trabajo a distancia, pero la regulación legal, lejos de hacer luz sobre el particular, ha multiplicado los problemas interpretativos al respecto. Con su habitual claridad y agudeza, el autor desbroza dicha regulación, distingue los distintos supuestos contemplados en la ley y propone para cada uno de ellos interpretaciones cabales.

El segundo ensayo lo firma el Catedrático de la Universidad de Valencia y Magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo, Ángel Blasco Pellicer, y versa sobre "El impacto laboral en la transmisión de unidades productivas en el seno del concurso". Parte su autor de la constatación de que, en las situaciones concursales, la venta de las unidades productivas que integran la empresa puede contribuir decisivamente a la supervivencia empresarial, pero la traslación de la regulación de la normativa laboral al concurso, que ha sido una constante en nuestra legislación, ha dificultado tal propósito y también, en paralelo, el de garantizar los derechos de los trabajadores. El legislador debiera valorar siempre los posibles efectos bumerán de sus pulsiones de tutela. El autor da expresiva cuenta de este fracaso y apunta interesantes vías para remediarlo.

El tercer ensayo tiene en alguna medida matriz europea, pues ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente la STJUE de 5 de mayo de 2022, Asunto C-101/21, la que ha reabierto el viejo y complejo debate en el

que su autora, la Profesora Sánchez-Urán, Catedrática de la Universidad Complutense, ha querido terciar. Su título es suficientemente expresivo: "Administradores sociales ejecutivos y altos directivos laborales: ¿Replanteamiento de la teoría del vínculo?". Se pregunta la autora si la jurisprudencia europea dictada en las últimas décadas y, específicamente, la sentencia arriba citada, van a obligar a nuestra jurisprudencia civil, social y contencioso-administrativa a abandonar la llamada teoría del vínculo, y se responde haciendo un llamamiento a la prudencia y alertando contra lecturas simplistas. A la espera del pronunciamiento de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, que resuelva el conflicto negativo de jurisdicción planteado entre las jurisdicciones social y civil, que sin duda añadirá nuevos elementos al debate, la profesora Sánchez Urán ve en esta tesitura una ocasión propicia para llevar a cabo una revisión profunda legislativa que aborde en su plenitud el estatuto del administrador, más concretamente, el del consejero ejecutivo que presta sus servicios como administrador en las sociedades de capital.

Como es habitual, cierra el número una selección jurisprudencial, que reseña los pronunciamientos que, desde la redacción de la revista, hemos estimado más interesantes dictados en los últimos meses.

**Francisco Pérez de los Cobos Orihuel**

El Director

# La voluntariedad en el contrato de trabajo con acuerdo de trabajo a distancia y en el teletrabajo

**Tomás Sala Franco**

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia. Estudio General



## Voluntariness in the employment contract with agreement on remote work and teleworking

### **SUMARIO:**

1. EL OBJETO DEL CONTRATO TRABAJO CON ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA Y EN RÉGIMEN DE TELETRABAJO. 2. LA DISTINCIÓN ENTRE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO CONTRACTUALES. 3. LAS CONVERSIONES DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA EN CONTRATOS PRESENCIALES Y VICEVERSA. 3.1. La regulación del Art. 13.2 del ET. 3.2. La regulación internacional y comunitaria europea. 3.3. La regulación en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. 4. LA VOLUNTARIEDAD DEL TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO.

**RESUMEN:** La voluntariedad en el trabajo a distancia constituye un importante elemento del contrato. Sin embargo, la regulación de esta cuestión en la ley es realmente oscura y plantea problemas interpretativos. A su estudio en el sector privado y en el público se dedica el presente artículo.

**Palabras clave:** trabajo a distancia; teletrabajo; voluntariedad contractual.

**ABSTRACT:** Voluntariness in remote work is an important element of the contract. However, the regulation of this issue in the law is really obscure and poses interpretative problems. This article is devoted to its study in the private and public sectors.

**Keywords:** remote work; teleworking; contractual voluntariness.

## **1. EL OBJETO DEL CONTRATO TRABAJO CON ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA Y EN RÉGIMEN DE TELETRABAJO.**

En el contrato de trabajo con acuerdo de trabajo a distancia, un importante elemento del objeto del mismo —el lugar de la prestación de servicios— posee una peculiaridad que le caracteriza. Y, en el caso del teletrabajo, además, la forma u organización del trabajo son igualmente singulares.

Así, en el contrato de trabajo con acuerdo de trabajo a distancia, el lugar de trabajo no es siempre el centro de trabajo de la empresa, como sucede con el contrato de trabajo presencial, sino que es el domicilio de la persona trabajadora o el lugar de trabajo elegido por ella durante una parte importante de la jornada laboral; y en el caso de teletrabajo, además, la organización o forma de trabajar viene modalizada por el uso de instrumentos informáticos o telemáticos, lo que, ciertamente, por sí solo, no le convierte en una modalidad contractual distinta del contrato de trabajo a distancia.

Aunque el trabajo a distancia no constituya en sí mismo una modalidad contractual, no hay duda de que el contrato de trabajo con acuerdo de trabajo a distancia es considerado por la ley, la jurisprudencia y la doctrina como un contrato “*distinto*” del contrato de trabajo común, donde se exige un trabajo fundamentalmente presencial en el centro de trabajo de la empresa.

Estas características especiales y, fundamentalmente, el hecho de tratarse de contratos específicos y distintos del “*contrato de trabajo común presencial*” tendrá una importancia trascendental, no solamente en el momento inicial de contratar sino, sobre todo, a la hora de las “*modificaciones*” o “*conversiones*” de estas modalidades contractuales en contratos de trabajo comunes y viceversa, ya que la voluntad de las partes (empresario y persona trabajador) constituirá un elemento esencial de ambos contratos que podría calificar jurídicamente la “*conversión*” de verdadera y propia “*novación contractual*” constitutiva y no de una simple “*novación modificativa*” de las condiciones de trabajo, con todas las consecuencias que ello conlleva.

Ciertamente, con la salida de la pandemia, como consecuencia del desarrollo del teletrabajo durante la misma, estamos viviendo una importante conflictividad entre unas personas trabajadoras que desearían mantener esta modalidad contractual y unos empresarios, celosos del “*presencialismo*” de las personas trabajadoras y, en algunos casos, recelosos también con los resultados de sus experiencias del teletrabajo.

## **2. LA DISTINCIÓN ENTRE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO CONTRACTUALES**

La primera y elemental distinción que hay que conocer y administrar es la existente entre una modificación del contrato y una modificación de las condiciones contractuales, ya que de esa elemental distinción deriva todo lo demás.

La conversión de un contrato de trabajo en un contrato civil (por ejemplo, en un contrato de ejecución de obra, de arrendamiento de servicios o de sociedad) o mercantil (por ejemplo, en un contrato de mandato o en un contrato de sociedad mercantil) o viceversa no presenta mayores problemas para calificarla de novación contractual, debiendo fijarse para su identificación en los elementos causales de ambos contratos (el inicial —laboral, civil o mercantil— y el posterior —laboral, civil o mercantil—) que suelen estar suficientemente distanciados.

Mayores problemas en este sentido plantea la conversión de un contrato de trabajo común en un contrato de trabajo especial (por ejemplo, en un contrato de alta dirección o de representante de comercio) o en una modalidad distinta de contrato de trabajo (contrato temporal o contrato formativo) o viceversa, dado que sus elementos causales son ciertamente más cercanos entre sí.

Pero donde la dificultad es sin duda mayor es respecto de la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial y de un contrato presencial en un contrato a distancia y viceversa.

Aun así, aunque en ambos casos las peculiaridades sobre el tiempo de trabajo y sobre el lugar de trabajo son ciertamente importantes y condicionantes de las relaciones laborales, como veremos más adelante, la ley ha optado por seguir dos caminos distintos a la hora de calificar y tratar estas conversiones o modificaciones. Así, en el caso de los contratos a tiempo parcial la ley ha optado, aunque no con una claridad normativa total, por configurar el supuesto como una *"novación contractual constitutiva"* y exigir la voluntariedad individual de ambas partes para que se produzca lícitamente. No ha hecho, sin embargo, lo mismo en el caso de los contratos trabajo a distancia, eludiendo la calificación de modalidad contractual (habla así de un *"contrato de trabajo con un acuerdo de trabajo a distancia"*) y dándole el tratamiento de una simple *"novación modificativa"* o de una *"modificación sustancial de condiciones contractuales"*, sin exigir necesariamente el concurso de la voluntad individual de las partes contratantes, si bien sin darle tampoco el tratamiento general aplicable a las *"modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales"* del Art. 41 del ET, sino creando un *"tertium genus"* entre estas últimas y las novaciones constitutivas con un régimen jurídico propio.

### **3. LAS CONVERSIONES DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA EN CONTRATOS PRESENCIALES Y VICEVERSA**

La cuestión de la voluntariedad del trabajo a distancia (y, en particular, del teletrabajo) es sin duda una de las cuestiones más discutidas y discutibles del régimen jurídico del teletrabajo, que se proyecta incluso sobre la posibilidad de establecer un periodo de prueba, no ya para el contrato de trabajo sino para la modalidad del trabajo a distancia (y, más concretamente, del teletrabajo).

### 3.1. La regulación del Art. 13.2 del ET

En el viejo Art. 13.2 del ET, regulador del trabajo a distancia hasta hace bien poco, si bien en una línea ciertamente menos expresiva que la del Art. 12 del ET sobre el contrato a tiempo parcial, podía deducirse también implícitamente la exigencia de la voluntariedad de ambas partes (persona trabajadora y empleador) en el momento inicial de contratar y en un momento modificativo posterior al establecer que el "acuerdo" (por tanto, voluntario para ambas partes) por el que se establece el trabajo a distancia "se formalizará por escrito", tanto si se tratara del acuerdo inicial, como si éste fuera posterior, esto es, producto de una modificación o conversión del inicial contrato de trabajo presencial en un contrato de trabajo a distancia.

De esta manera, la STS de 11 de abril de 2005 (Rec.143/2004) dejó bien clara la necesaria voluntariedad, refiriéndose a una variedad del "trabajo a distancia" (el teletrabajo), señalando que la aceptación del trabajo a domicilio no puede ser obligatoria para la persona trabajadora y no puede establecerse con este carácter ni por la vía del Art. 41 del ET, ni mediante acuerdo colectivo, pues implica una transformación del régimen contractual que afecta a la esfera personal de la persona trabajadora. Así, diría la Sentencia:

*"Este cambio excede del ámbito de las modificaciones del Art. 41 del ET, porque este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual, como muestra la regla del apartado d) del Art. 12 del ET para el contrato a tiempo parcial, y tampoco sería posible autorizar el cambio de una relación indefinida por una temporal o de una relación común por una especial. La doctrina científica ha resaltado que el Art. 41 del ET se aplica a "las condiciones de trabajo", entendidas como los aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones, pero que no alcanza a "las condiciones de empleo", que se proyectan sobre la propia configuración de la relación laboral y sus vicisitudes."*

Nada se decía, en cambio, respecto de la exigencia de voluntariedad en la reversibilidad de un trabajo a distancia y su vuelta a un trabajo presencial, guardando la ley absoluto silencio, lo que permitía interpretar que las mismas exigencias de voluntariedad individual de ambas partes contratantes en el "camino de ida" de un trabajo presencial a un trabajo a distancia existían en el "camino de vuelta" de un trabajo a distancia a un trabajo presencial.

### 3.2. La regulación internacional y comunitaria europea

Aunque en las normas internacionales (Convenio de la OIT nº 177 de 1996 y Recomendación nº 184 de 1996, sobre el trabajo a domicilio), la voluntariedad de la relación laboral (inicial y posterior) nada se decía acerca de la voluntariedad del trabajo a domicilio, será la normativa comunitaria (en concreto, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo —AMET— de 23 de Mayo de 2002, suscrito por La Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios

de Europa, la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa y el Centro Europeo de la Empresa Pública) la que subrayará la importancia de la voluntariedad en este tipo de relaciones laborales a fin de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la UE.

Así, en su Cláusula Tercera vendrá a señalar, de una parte, que el teletrabajo es voluntario tanto para la persona trabajadora como para el empresario pudiendo pactarse inicialmente o aceptarlo voluntariamente después durante la vigencia del contrato; si bien, por otro lado, admite que la reversibilidad del teletrabajo, cuando éste no se ha pactado inicialmente (no en el caso de haberse pactado inicialmente, habrá que entender *“a sensu contrario”*, dado el silencio de la norma sobre este supuesto) podrá hacerse por acuerdo individual o por convenio colectivo, mortificando de alguna manera a la autonomía individual y desconfigurando este supuesto de reversibilidad como un caso de *“novación contractual constitutiva”*. Así dirá:

*“1. El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario afectados. El teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o puede incorporarse de forma voluntaria más tarde.*

*2. Si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, si el empresario hace una oferta de teletrabajo el trabajador puede aceptarla o rechazarla. Si es el trabajador quien expresa su deseo de teletrabajar el empresario puede aceptarla o rechazarla.*

*3. Si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, la decisión de pasar a teletrabajo es reversible por acuerdo individual o colectivo. La reversibilidad puede implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a demanda del trabajador o del empresario. Las modalidades de esta reversibilidad se establecerán por acuerdo individual o colectivo”.*

Así pues, el AMET se refiere únicamente al supuesto de que la persona trabajadora no sea contratada inicialmente en régimen de teletrabajo —no refiriéndose al supuesto de contratación inicial en régimen de teletrabajo, sobre el que guarda silencio—, exigiendo para la conversión de un trabajo presencial en trabajo a distancia la concurrencia de la voluntariedad de ambas partes, configurando el supuesto como una novación contractual constitutiva; y para la reversibilidad del teletrabajo y la vuelta al trabajo presencial, a instancia de la persona trabajadora o del empresario, la concurrencia de un acuerdo individual o colectivo, dando en este caso prioridad al acuerdo colectivo sobre el individual.

### **3.3. La regulación en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia**

En la Ley se da la siguiente respuesta a la voluntariedad en el trabajo a distancia:

1º) En primer lugar, el Art. 5.1 establece que *“el trabajo a distancia será voluntario para la persona del trabajador y requerirá acuerdo de trabajo a distancia regulado en esta norma, que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, sin que esta modalidad pueda ser impuesta en aplicación del Art. 41 del*

*Estatuto de los Trabajadores, todo ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que puedan reconocer las leyes o la negociación colectiva a personas trabajadoras o a colectivos concretos”.*

Iterativamente, en esta misma línea, el Art. 5.1 de la Ley establece que *“las leyes o la negociación colectiva”* podrán reconocer *“el derecho al trabajo a distancia”* a *“trabajadores o colectivos concretos”*. Y, más tarde, el Art. 8.3 de la Ley establecerá que *“los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos o criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial pueda pasar a trabajo a distancia o viceversa”*<sup>1</sup>.

- 1 Supuestos de reconocimiento legal de un derecho del trabajador al trabajo a distancia son (Disposición Final Tercera de la Ley):
  - a) Cuando el trabajador curse con regularidad estudios para la obtención de título académico u oficial (Art. 23.1 del ET).
  - b) Para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral: *“Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años. Asimismo, tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición. En la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo. Finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o se deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión. La persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello. Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 y 48 bis. Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”* (Art. 34.8 del ET).

Y remacha esta exigencia de voluntariedad del trabajador la Ley en su Art. 5.2 cuando establece que *"la negativa de la persona trabajadora a trabajar a distancia,... no será causa justificativa de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo"*, si bien, cuando existieran dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral en la empresa, a mi juicio, el empresario podría proceder lícitamente a la suspensión del contrato de trabajo por causas organizativas justificadas.

Así pues, la Ley exige la voluntariedad de ambas partes (empresario y persona trabajadora), tanto en el supuesto de la contratación inicial del trabajo a distancia — voluntariedad garantizada por la firma del propio contrato de trabajo, aunque deberá adscribirse a él el acuerdo de trabajo a distancia con un contenido mínimo legal (Art. 7 de la Ley)— como en el supuesto de conversión de un trabajo presencial en trabajo a distancia durante la vigencia de un contrato inicialmente presencial, configurando en este caso la conversión de un trabajo presencial en un trabajo a distancia como un supuesto de *"novación contractual constitutiva"* y no como una simple *"modificación sustancial de condiciones de trabajo contractuales"* a la que se le aplicaría el Art. 41 del ET. En consecuencia, ni el empresario podrá imponer el teletrabajo unilateralmente —no pudiendo despedir o sancionar de cualquier manera a la persona trabajadora que se negase al teletrabajo (una suerte de *"derecho a la indemnidad"* de la persona trabajadora)— ni la persona trabajadora posee un derecho al teletrabajo, sin que, además, uno u otra estén obligados a justificar las razones de su negativa.

2º) En segundo lugar, el Art. 5.3 de la Ley establece que *"la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora"* y que *"el ejercicio de esta reversibilidad podrá ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia al que se refiere el Art. 7 de esta Ley"*.

Así pues, siguiendo al AMET, al referirse solamente a los supuestos de reversibilidad de un trabajo a distancia producto de la conversión de un trabajo presencial en trabajo a distancia —ya que la reversibilidad exige por su propia naturaleza que

En este sentido, las SS.TSJ de Galicia, de 5 de febrero de 2021 (Rec. 3191/2020) y de 25 de marzo de 2021 (Rec. 3687/2020) reconocen este derecho, señalando que, ante una solicitud de teletrabajo, la persona trabajadora no debe probar su necesidad ni la ausencia de otras formas de atención de la conciliación familiar, siendo la empresa la que deberá demostrar de forma clara e indubitada la causa por la que le deniega el teletrabajo.

- c) Cuando la persona trabajadora tenga la consideración de víctima de violencia de género o del terrorismo tendrá derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona y de acuerdo con lo dispuesto en la negociación colectiva (Art. 37.8 del ET).
- d) Aunque la ley no la explicita, la doctrina judicial ha señalado que una empresa deberá admitir el teletrabajo de una persona trabajadora que lo solicite dado que la empresa había aceptado anteriormente el teletrabajo de otras personas trabajadoras de análoga actividad (STSJ de Aragón, de 17 de noviembre 2020 (Rec. 496/2020).

la prestación laboral no haya sido a distancia desde el inicio, esto es, que exista una situación previa de trabajo presencial a la que regresar—, la Ley establece que la reversibilidad de un trabajo a distancia en trabajo presencial habrá de hacerse en todo caso *“en los términos establecidos en la negociación colectiva”* y, en su defecto, según *“el acuerdo (individual) de trabajo a distancia”*. Más adelante, el párrafo segundo de la Disposición Adicional Primera de la Ley reitera en su párrafo segundo que *“los convenios o acuerdos colectivos podrán regular... el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa”*. A la vista de la dicción legal, pese a la ambigüedad de la misma, a mi juicio, la Ley no establece el derecho incondicionado de ambas partes —empresario y teletrabajador— a revertir la situación y volver a la presencialidad, debiendo someterse a los condicionantes establecidos en la negociación colectiva y, en su defecto, en el acuerdo de trabajo a distancia (ver, en este sentido, lo dispuesto en el Art.8.3 de la Ley: ver *infra*).

De esta manera, mientras que la conversión contractual del trabajo presencial en trabajo a distancia queda configurada legalmente, como vimos, como un supuesto de *“novación contractual constitutiva”*, exigiendo en todo caso el mutuo acuerdo de las partes, la conversión del trabajo a distancia en trabajo presencial se configura legalmente como un *“tertium genus”* entre la novación contractual constitutiva y la modificación sustancial de condiciones contractuales del Art. 41 del ET, estableciendo un régimen de novación o modificación propio y peculiar, esto es, el establecido en la negociación colectiva y, en su defecto, en el acuerdo de trabajo a distancia.

Coherente con este mecanismo, en el que predomina la autonomía colectiva sobre la autonomía individual, obviando desde luego la unilateralidad empresarial modificativa del Art. 41 del ET, el Art. 7 de la Ley establece que *“será contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, el siguiente: g) Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso. i) Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia”*.

En todo caso, a la vista de la dicción legal, nada obstaría, aunque resulta bastante improbable, a que en el convenio colectivo o en el acuerdo individual de trabajo a distancia se pactara, a los efectos de la reversibilidad, el derecho de ambas partes (de la persona trabajadora y del empresario) al desistimiento unilateral del trabajo a distancia y el paso automático al trabajo presencial, aunque probablemente lo que se establezca más frecuentemente sea la voluntad unilateral del empresario o, todo lo más, la exigencia del acuerdo individual de ambas partes.

Una cuestión interpretativa plantea este precepto legal al hablar de *“negociación colectiva”* sin adjetivos. ¿Se refiere solamente a la negociación colectiva estatutaria o incluye también a la extraestatutaria? A mi juicio, aunque más tarde los Arts. 7 y 8.3 de la Ley, referidos al *“contenido del acuerdo de trabajo a distancia”*, hablan de *“convenios y acuerdos colectivos”* sin un significado preciso, me inclino a pensar que incluye solamente a los convenios colectivos estatutarios, por tratarse de una materia que debe

aplicarse a todas las personas trabajadoras de la empresa y que tiene trascendencia para el resto de las personas trabajadoras, aunque la reversibilidad se refiera a una sola.

Ahora bien ¿qué sucedería si el convenio colectivo aplicable nada dijera —algo ciertamente posible— y se hubiera obviado la formalización escrita del acuerdo de trabajo a distancia?

A mi juicio, del hecho de que la forma escrita exigida legalmente para el acuerdo de trabajo a distancia no tenga explícitamente atribuida en la Ley una eficacia constitutiva del trabajo a distancia, estableciendo la Ley en caso de incumplimiento de la misma únicamente sanciones administrativas por infracción administrativa grave (Art. 7.1 y 40.1 de la LISOS), lo que significa que la forma escrita posee una función meramente declarativa y que cabe constituir el teletrabajo por acuerdo tácito de las partes, se deriva la cuestión interpretativa de qué sucede en los casos en que no exista acuerdo de trabajo a distancia escrito y solo una de las partes —la empresa o la persona trabajadora— tenga interés en la reversibilidad del mismo. En mi opinión, habrá que estar a lo que las partes pacten en ese momento, sometiendo en consecuencia la eventual conversión del trabajo a distancia en trabajo presencial al acuerdo modificativo o novatorio de éstas, sin otros límites que los genéricos aplicables a los acuerdos contractuales (inexistencia de error, dolo, violencia o intimidación), no pudiendo imponerse la voluntad unilateral de una de las partes.

3º) En tercer lugar, el Art. 8.3 de la Ley establece que *"los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como, entre otras, las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con discapacidad o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la presente norma. En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa"*.

Así pues, la negociación colectiva tendrá atribuida otras funciones en relación con los límites a la voluntariedad del trabajo a distancia. Así:

- a) Podrá establecer los mecanismos y criterios para pasar del trabajo presencial al trabajo a distancia y viceversa.
- b) Podrá establecer el régimen de preferencias o prioridades para pasar del trabajo presencial al trabajo a distancia y viceversa en función de determinadas circunstancias, ejemplificando las siguientes: la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con discapacidad o con riesgos específicos, el pluriempleo o la pluriactividad y la concurrencia de circunstancias personales o familiares.

La Ley establece en este sentido la prioridad para ocupar puestos de trabajo presenciales (totales o parciales) de los trabajadores que realicen trabajo a distancia *"desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada"*. La empresa viene obligada a informar a estos trabajadores y a la representación legal de los trabajadores de los puestos de trabajo vacantes presenciales que se produzcan (Art. 8.2 de la Ley).

En todo caso, en el diseño de estos mecanismos deberá *"evitar la perpetuación de roles"* y *"fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres"*.

4º) En cuarto lugar, a la vista del silencio legal sobre el supuesto, ¿qué sucederá en los casos en que el teletrabajo ha sido contratado *ab initio*? ¿cómo se producirá en estos casos la conversión de un trabajo a distancia en presencial ante el silencio de la Ley?

La Ley solamente se refiere expresamente a estos supuestos en el Art. 8.2 cuando establece que *"las personas que realizan trabajo a distancia desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada tendrán prioridad para ocupar puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente de manera presencial. A estos efectos, la empresa informará a estas personas que trabajan a distancia y a la representación legal de las personas trabajadoras de los puestos de trabajo vacantes de carácter presencial que se produzcan"*. Concretando en el Art. 8.3 que *"los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la presente Ley. En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa"*.

A la vista de este precepto, si una persona trabajadora solamente ha trabajado a distancia desde el inicio de su relación laboral, es claro que tendrá un derecho preferente para ocupar puestos vacantes presenciales, en concurrencia con otras personas trabajadoras solicitantes que convirtieron su contrato presencial en un contrato a distancia.

Pero ¿qué sucederá cuando el empresario o la persona trabajadora no tengan interés en un trabajo presencial? ¿tendría la persona trabajadora derecho a mantenerse como teletrabajador o podría el empresario instarle a su conversión en presencial o viceversa?

Con todas las dudas que el texto legal presenta, a mi juicio, cabría traer a colación aquí lo dispuesto en el antecitado Art. 8.3 de la Ley cuando señala que *"los convenios*

*o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa*", dado que la ley no distingue entre los trabajos a distancia contratados *ab initio* y los presenciales reconvertidos, siendo la negociación colectiva la que establecerá los mecanismos de conversión de ambos.

Ahora bien, ¿y si el convenio colectivo aplicable nada dijera acerca de esta cuestión? En este caso, la aplicación de lo dispuesto en el Art. 5.3 de la Ley, cuando se remite a la negociación colectiva y, en su defecto, al acuerdo de trabajo a distancia para regular el ejercicio de la reversibilidad de un trabajo a distancia en un trabajo presencial anterior, se hace más problemática porque la Ley aquí sí que distingue entre ambos supuestos refiriéndose únicamente a este último.

No obstante, en mi opinión, habrá que estar también en este caso a lo que diga el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo de trabajo a distancia incorporado al contrato de trabajo inicial, dado que este acuerdo de trabajo a distancia se exige igualmente en estos casos (Art. 6.1 de la Ley).

Y, para el caso de que no se hubiese formalizado por escrito el acuerdo de trabajo a distancia, al igual que sucedía en el supuesto anterior de teletrabajo pactado desde un trabajo presencial anterior, habrá que estar a lo que las partes pacten en ese momento, sometiendo en consecuencia la eventual conversión del trabajo a distancia en trabajo presencial al acuerdo modificativo o novatorio, sin otros límites que los genéricos aplicables a los acuerdos contractuales (inexistencia de error, dolo, violencia o intimidación), no pudiendo imponerse la voluntad unilateral de una de las partes.

5º) En quinto lugar, se exige legalmente el acuerdo de las partes (persona trabajadora y empresario individuales) para *"la modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia"*, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación, debiendo ponerse a disposición de la representación legal de los trabajadores (Art. 8.1 de la Ley).

Al no matizar la Ley, habrá que entender que este precepto legal será aplicable en todos los casos, esto es, tanto a los supuestos de trabajos inicialmente presenciales como a los supuestos de trabajos inicialmente a distancia.

6º) En sexto lugar, la Disposición Final Segunda de la Ley crea un nuevo procedimiento especial urgente y preferente al incorporar un nuevo Art.138 bis a la LJS, sobre la tramitación en reclamaciones sobre derecho de acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia con el siguiente contenido:

*"1. El procedimiento para las reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia se regirá por las siguientes reglas:*

*a) La persona trabajadora dispondrá de un plazo de veinte días hábiles, a partir de que la empresa le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por la persona trabajadora, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.*

b) El órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre la negativa o la disconformidad comunicada por la empresa respecto de la propuesta realizada por la persona trabajadora y demás circunstancias concurrentes.

c) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

2. Cuando la causa de la reclamación en materia de trabajo a distancia esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139”.

7º) Finalmente, la definición legal del trabajo a distancia “regular” como el que “se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (Art. 1 de la Ley), plantea la cuestión interpretativa de cómo operarán las modificaciones del lugar de trabajo, pasando del trabajo presencial al trabajo a distancia irregular y viceversa cuando no se supere el 30 por 100 establecido en el periodo de referencia de tres meses como la frontera entre uno y otro tipo de trabajo a los efectos de la aplicación de la Ley.

Nada dice la Ley en este sentido, por lo que seguramente habrá que aplicar — absurdamente, desde luego, ya que “se exige más para lo menos”,— la normativa general referida a las modificaciones de las condiciones de trabajo, rigiendo la jurisprudencia que considera que el teletrabajo constituye un supuesto de novación contractual constitutiva que exige el mutuo acuerdo individual de las partes, esto es, que no podrá hacerse por voluntad unilateral del empresario, ni siquiera acudiendo al procedimiento del Art. 41 del ET (STS de 11 de Abril de 2005, Rec.143/2004).

No hay duda de que esta frontera entre el teletrabajo “regular” e “irregular” plantea dificultades para controlar el “paso de la frontera” derivadas del difícil equilibrio empresarial para no superar ese límite y no incurrir en “fraude de ley” en los supuestos de periodos sucesivos de tres meses con trabajadores trabajando a distancia menos del 30 por 100 de su jornada.

#### **4. LA VOLUNTARIEDAD DEL TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO**

El Art. 47 bis.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establecido por el Real Decreto-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de

teletrabajo en las Administraciones Públicas<sup>2</sup>, con vigencia desde el 30 de septiembre de 2020 (Disposición Final Cuarta), establece que el teletrabajo *"tendrá carácter voluntario y reversible"*. Esta voluntariedad habrá que entenderla referida tanto al teletrabajador como a la Administración contratante, lo que significa que su establecimiento y reversión exigirá siempre el acuerdo de las partes. Al no distinguirse en este caso entre el teletrabajo con previo trabajo presencial y el teletrabajo contratado *ab initio* la regla legal establecida rige para ambos supuestos.

Ahora bien, la ley excluye de la voluntariedad *"los supuestos excepcionales debidamente justificados"*. En estos supuestos excepcionales habrá que incluir seguramente tanto a los catastróficos (por ejemplo, la pandemia que sufrimos en estos años pasados) como a los personales (por ejemplo, las recomendaciones médicas en relación con determinados trabajadores salidos de una larga y penosa enfermedad).

En cualquier caso, el precepto legal señala que la negociación colectiva contemplará *"los criterios objetivos de acceso a esta modalidad de prestación de servicios"*. Así sucederá con el régimen de preferencias en el acceso al teletrabajo.

En definitiva, el teletrabajo en el sector público no es más que una forma de prestación de los servicios que entra dentro de la potestad de autoorganización de la Administración Pública. Prueba de ello son las exigencias legales de *"expresa autorización"* de la Administración (Art. 47 bis.2), de que *"las necesidades del servicio lo permitan"* y de que *"el teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento"* (Art. 47 bis.1).

- 2 El Art. 2 del EBEP entiende por *"Administraciones Públicas"* las siguientes:
- a) La Administración General del Estado.
  - b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.
  - c) Las Administraciones de las entidades locales.
  - d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, con exclusión de aquellas entidades que poseen personalidad jurídica privada y están sometidas al derecho privado, tales como las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público.
  - e) Las Universidades Públicas.



# El impacto laboral en la transmisión de unidades productivas en el seno del concurso

Ángel Blasco Pellicer

Magistrado del Tribunal Supremo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



## Labour's impact on employment of the transfer of production units within the insolvency proceedings

### SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. BREVE RECORDATORIO DEL MARCO NORMATIVO Y DE LOS EFECTOS LABORALES BÁSICOS DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS. 3. LA SITUACIÓN ANTERIOR AL TRLC. 4. EL TRLC (RDL 1/2020) 4.1. La literalidad de la norma 4.2. Su interpretación por la jurisprudencia del TS: un precepto ultra vires. 5. LA NORMATIVA VIGENTE 5.1. Consolidación de la competencia del Juez del Concurso. 5.2. La ley 16/2022 de reforma de la Ley Concursal. 6. LA EFECTIVIDAD DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO Y SU INCIDENCIA EN LA TRANSMISIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS 6.1. En situación de concurso. 6.2. Especial consideración en el prepack y la fementida trascendencia de la STJUE de 28 de abril de 2022. 6.3. Los planes de reestructuración. 6.4. El procedimiento especial para microempresas. 7. LA IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ DEL CONCURSO Y EL SISTEMA DE RECURSOS.

**RESUMEN:** En las distintas situaciones concursales, una de las posibilidades de supervivencia de la empresa pasa por la venta de una o varias de sus unidades productivas; incluso, en situaciones de liquidación, la satisfacción total o parcial de los créditos pasa, también, por tal posibilidad. Una constante de la historia de la legislación concursal moderna ha consistido en la adaptación de la legislación concursal a las exigencias derivadas de la normativa laboral. Sin embargo, tales esfuerzos nunca han colmado las necesidades derivadas del doble interés a proteger: supervivencia de la empresa y garantía de los derechos de los trabajadores. El presente

estudio trata de mostrar el estado actual de la cuestión del que se desprende un fracaso normativo acentuado por una mayor inseguridad jurídica.

**Palabras clave:** Transmisión de empresa. Concurso de acreedores. Unidades productivas. Competencia judicial.

**ABSTRACT:** In various bankruptcy situations, one of the possibilities for the survival of the company involves the sale of one or more of its productive units; even in liquidation situations, the total or partial satisfaction of credits also relies on this possibility. A constant in the history of modern bankruptcy legislation has been the adaptation of bankruptcy law to the demands arising from labor regulations. However, such efforts have never fully met the needs derived from the dual interest to protect: the survival of the company and the guarantee of workers' rights. This study aims to convey the current state of the issue, which reveals a regulatory failure exacerbated by greater legal insecurity.

**Keywords:** Company transmission. Bankruptcy proceedings. Productive units. Jurisdictional competition.

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La historia de la legislación concursal moderna que arranca, como es sabido, con la Ley 22/2003, de 9 de julio supuso una verdadera revolución en lo que podríamos denominar el derecho laboral concursal o, mejor, la regulación de las relaciones laborales (individuales y colectivas) en el seno del concurso. La aparición de la Ley Concursal tuvo una enorme repercusión en el ordenamiento jurídico laboral. Desapareció el privilegio de ejecución separada de los créditos laborales que, con su propio régimen de privilegios, quedaron sometidos a la disciplina del concurso y se atribuyó al Juez del Concurso competencia exclusiva y excluyente en aquellas materias laborales de especial trascendencia para el patrimonio del deudor. Si hasta entonces existía una desconexión entre las normas que regulaban la insolvencia empresarial y las que normaban el contrato de trabajo y las relaciones laborales conexas, a partir de la primera ley concursal el esquema cambió drásticamente dado que la interacción entre ambos ordenamientos jurídicos se configuró normativamente y se tornó mucho más intensa y coherente.

Durante los más de veinte años transcurridos las reformas de la normativa concursal han sido constantes; bastantes de ellas han tenido reflejo en el ámbito laboral de las empresas en concurso, al punto de que en ocasiones venía resultando difícil establecer la normativa aplicable a una cuestión concreta en razón de la vigencia temporal del derecho regulador. En la actualidad está vigente el Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo en la redacción establecida por Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. Con ello, al parecer, se han culminado tanto la imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho hasta entonces vigente, como la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas; así como la incorporación de las reformas que el legislador ha considerado necesarias.

En el seno de este proceso histórico, la transmisión de unidades productivas en el ámbito de las empresas concursadas y sus efectos laborales han sido objeto de constante atención normativa que ha provocado redacciones legales diferentes en un intento normativo de conjugar el papel de la transmisión de la empresa o, especialmente de alguna de sus partes, como instrumento económico al servicio bien de la continuidad de la empresa, bien de una liquidación ordenada para proporcionar una mayor satisfacción a los intereses de los acreedores con una adecuada protección y defensa de los derechos de los trabajadores que prestaban servicios en la unidad económica transmitida.

La constante modificación normativa a la que aludo explica que ninguna solución normativa haya resultado satisfactoria; tampoco la actualmente vigente, como intentaré acreditar en este trabajo, porque hay varias cuestiones que han planteado serios problemas en los últimos tiempos y que pueden generar graves inseguridades jurídicas. El primero de ellos es, probablemente, el más sencillo de solucionar; sin embargo, genera problemas de derecho transitorio. Se refiere a algo tan simple y, a la vez tan fundamental, como es determinar quién decide y con qué criterios, en el ámbito del concurso, cuando hay transmisión de empresa a efectos laborales y, por tanto, cuando se aplican los efectos laborales previstos en la normativa vigente. La segunda cuestión es bastante más compleja ya que requiere determinar cual es el ámbito de afectación de las normas laborales que regulan la transmisión de empresa en las diversas situaciones concursales; o, dicho de otra forma, cuáles son los parámetros que permitirán establecer que contornos tiene la transmisión de empresa, con relación a sus efectos laborales, respecto de los sujetos —cedente y cesionario— que intervienen en la transmisión; a que trabajadores afecta y que obligaciones comporta. Por último, un problema de difícil solución a la vista de la normativa vigente: partiendo de que la competencia judicial pertenece, desde la Ley Orgánica 7/2022, de reforma de la LOPJ, al Juez del Concurso, interesa despejar que medios de impugnación pueden ser utilizados para combatir su decisión y, en función de la respuesta, cuál es el órgano competente para conocer de la impugnación.

## **2. BREVE RECORDATORIO DEL MARCO NORMATIVO Y DE LOS EFECTOS LABORALES BÁSICOS DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS**

La Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, contiene, a los presentes efectos, varias disposiciones relevantes. Así, en primer lugar, su artículo 3.1 dispone, como regla

general, que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso; añadiendo el artículo 4 que la transmisión no constituirá en sí misma un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. La previsión se acompaña de una regla dispositiva, según la que los estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha de la transmisión. En segundo lugar, el artículo 5 contiene previsiones específicas para los traspasos, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad competente.

En estos casos, resulta que la Directiva los excluye, salvo disposición en contrario por parte del estado miembro; por lo que cada legislación nacional podrá excluir y no aplicar los efectos básicos de la Directiva (subrogación empresarial e imposibilidad de que la transmisión pueda ser causa de despido) a las empresas en situación de concurso. Se trata de una posibilidad que, como se verá, el Estado español no ha ejercitado. Aún añade la Directiva que, en estos supuestos de no exclusión de la aplicación de los efectos básicos de la Directiva, un Estado miembro podrá disponer: a) Que no se traspasen las obligaciones anteriores a la transmisión, siempre que los trabajadores estén protegidos como consecuencia de la aplicación de la Directiva sobre insolvencia. En nuestro caso, tal posibilidad no ha sido ejercida, tampoco, por nuestro ordenamiento interno, habida cuenta de que en nuestro país el FOGASA cumple sobradamente con las exigencias de la aludida Directiva. Y, b) que el cesionario o el cedente puedan pactar con los representantes de los trabajadores modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados con la finalidad de garantizar la supervivencia de la empresa en concurso. Se trata de una previsión incorporada a nuestro ordenamiento que no impone ninguna objeción, antes, al contrario, a la aplicación del artículo 41 ET en el seno del concurso en supuestos de sucesión de empresas.

El artículo 44 ET ha traspuesto la Directiva que nos ocupa sin que puedan esgrimirse objeciones respecto de su contenido. Importa reseñar algunas cuestiones que pueden resultar trascendentes con relación al tema que nos ocupa. Así, precisa que se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. Añadiendo que el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

En definitiva, respecto de los efectos de la transmisión en el seno del concurso, interesa destacar que el efecto fundamental que se deriva de la sucesión es el de que los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa anterior no se extinguen con la transmisión, quedando el nuevo empresario (adquirente o cesionario) subrogado legalmente en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior (transmitente o cedente) —art. 44.1 ET— respecto de aquellos trabajadores cuyo vínculo estuviera vigente al tiempo de la transmisión. Se trata de una garantía para los trabajadores (derecho mínimo necesario), pero no impide el juego lícito de las causas de extinción (artículo 49 ET); puesto que de la Directiva se desprende, directamente, que sólo queda prohibido que la transmisión en sí misma constituya causa de extinción<sup>1</sup>. Además, la negativa de la empresa cesionaria a subrogarse en la posición contractual de la cedente constituye un despido improcedente; por otra parte, el despido colectivo realizado antes de la transmisión con el fin de eludir la subrogación se reputa como nulo<sup>2</sup> (STS de 18 de febrero de 2014).

La subrogación también opera respecto de las obligaciones de Seguridad Social que hubiese asumido la empresa cedente, incluidos los descubiertos en las cotizaciones y los eventuales recargos por mora que pudieran imponerse en el pago, así como las mejoras voluntarias y planes de pensiones que hubiera contratado dicha empresa<sup>3</sup>.

El art. 44.3 ET indica que, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de seguridad social (arts. 142.1 y 168.2 LGSS), las empresas cedente y cesionaria responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales y de Seguridad Social anteriores a la transmisión que no hubieran sido satisfechas, en supuestos en los que la transmisión se efectúe por actos inter vivos. En cuanto a las obligaciones nacidas a partir del momento del cambio de titularidad, el empresario cedente queda en principio desvinculado, por lo que si una vez producido el cambio de titularidad es la nueva empresa quien despide, ninguna responsabilidad es exigible a la anterior<sup>4</sup>.

### 3. LA SITUACIÓN ANTERIOR AL TRLC

La Ley Concursal (Ley 22/2003), en su primera redacción, contenía un artículo 64 cuyo título era, específicamente "Contratos de Trabajo". En el mismo se contemplaban y regulaban diversas medidas laborales para las empresas en concurso, destacando que su tramitación debería efectuarse ante el Juez del Concurso, de conformidad con los procedimientos allí reseñados. Sin embargo, no se hacía ninguna referencia explícita a la transmisión de la empresa o de alguna unidad productiva. Por ello, resultaba de aplicación la previsión contenida en su último apartado según la que en todo lo allí no previsto se aplicaría la legislación laboral. Ahora bien, el artículo

1 STS 5 marzo 2025 (Rº 4778/2023).

2 STS 18 febrero 2014 (Rº 108/2013).

3 STS 22 noviembre 2005 (Rº 4428/2004).

4 SSTs de 12 de julio de 2007 (Rº 2336/2006) y 19 de septiembre 2007 (Rº 2246/2006).

149.2 LC, dispuso que cuando, como consecuencia de la enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroga en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

El RDL 11/2014 modificó el aludido artículo 149.2 LC para, por un lado, introducir los derechos de información específica de los representantes de los trabajadores que recogía al artículo 44 ET y para añadir que la consideración de transmisión de empresa se refería tanto a los efectos laborales como a los de seguridad social. Por otro lado, lo más importante fue, sin duda, la introducción de un nuevo artículo 146 bis, que se tituló "especialidades de la transmisión de unidades productivas" en el que se incorporó: en primer lugar, que el efecto principal de la transmisión de unidades productivas era la cesión al adquirente de los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada, añadiendo que el adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Y, en segundo lugar, la previsión según la que la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y salvo que los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado. Con ello, por primera vez en nuestro ordenamiento, parecía que el legislador había hecho uso de la posibilidad prevista en la Directiva 2001/23, para excluir, en el ámbito concursal, la subrogación en los créditos nacidos antes de la transmisión que no hubieran sido satisfechos; sin embargo, se trataba de una mera apariencia ya que, al sujetar la previsión a la inexistencia de previsión legal en contrario, resultaba problemático llegar a la conclusión aludida en atención al contenido del artículo 44.3 ET.

En efecto, todos estos preceptos concursales fueron interpretados por la jurisprudencia en el sentido de que la empresa adquirente de la unidad productiva debía hacerse cargo de la responsabilidad derivada del despido, en el supuesto en el que el auto de adjudicación del Juez Mercantil hiciera constar que no existía sucesión de empresa, respecto a los trabajadores cuyos contratos de trabajo ya se habían extinguido previamente<sup>5</sup>. Las razones que avalaron tales pronunciamientos son las siguientes:

5 SSTS 3 octubre 2018 (Rº 259/2017); 3 octubre 2028 (Rº 323/2017); 3 octubre 2018 (Rº 1733/2017); 3 octubre 2028 (Rº 3664/2017); 3 octubre 2018 (Rº 3710/2017); 17 octubre 2018 (Rº 2340/2017);

1. Una vez producido el cambio de titularidad de una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria, la transmisión, en principio, acarrea las consecuencias previstas en el apartado 3 del artículo 44 ET en orden a la responsabilidad de cedente y cesionario respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la cesión.
2. El artículo 44 ET es una norma de carácter imperativo por lo que, únicamente en el supuesto en el que existiera una disposición que estableciera que en estos particulares supuestos de empresas en situación de concurso no se produce la sucesión de empresa, habría de admitirse que no opera el fenómeno de la sucesión.
3. El apartado 4 del art. 148 LC 2003 debe interpretarse en el sentido de que la norma no ha excluido que la adquisición de una unidad productiva en el seno del concurso suponga sucesión de empresa sino, al contrario, de forma indirecta está admitiendo que en dicho supuesto se produce sucesión de empresa, al remitir al artículo 64 LC los supuestos en los que las operaciones previstas en el plan de liquidación implicasen modificaciones sustanciales colectivas, traslados colectivos, suspensiones o extinciones colectivas de contratos; porque si la adquisición de una unidad productiva autónoma en el seno del concurso no supusiera que existe sucesión de empresa, la remisión del art. 148.4 LC al procedimiento descrito en el art. 64 LC, sería superflua, ya que la adquisición de la unidad productiva autónoma no conllevaría la asunción de los trabajadores de la empleadora, por lo que el plan de liquidación habría de limitarse a contemplar las condiciones de la realización de bienes y derechos del concursado, pero sin previsión alguna respecto a la situación de los trabajadores.
4. A la conclusión alcanzada no se opone el contenido del art. 148.2 LC ya que el interés del concurso no puede erigirse en la norma suprema que rija la adjudicación de los bienes pues habrán de respetarse las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, entre las cuales se encuentra el artículo 44 ET.
5. Esta interpretación es la más conforme con la Directiva 2001/23 en cuyo 3. 1 se dispone que "Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso".
6. Es cierto que el art. 5 de esa misma Directiva establece posteriormente que tales garantías "no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insol-

12 diciembre 2019 (Rº 3892/2017); 12 diciembre 2019 (Rº 3895/2017); y 11 diciembre 2020 (Rº 416/2018); entre otras.

vencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente". Pero no lo es menos, que esa previsión decae si el legislador nacional así lo considera oportuno, tal y como se dice en ese mismo precepto al disponer que esta regla general no es de aplicación si hay una disposición en contrario por parte de los Estados miembros, y en el apartado 2 del mismo precepto que permite a los Estados regular el alcance de esas obligaciones dentro de determinados límites y siempre bajo la supervisión de una autoridad pública. Y eso es justamente lo que hace el legislador nacional en la Ley Concursal, en cuyo art. 148 bis, que regula las especialidades de la transmisión de unidades productivas, ha incluido un apartado cuarto en el que dispone: "La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4".

Por otro lado, la competencia del orden social sobre los efectos laborales de la transmisión de la empresa o de una unidad productiva, aun no explicitada normativamente, estaba clara desde la perspectiva jurisprudencial. Partiendo del convencimiento de que la atribución competencial que la LC 2003 había establecido a favor del Juez del Concurso en las materias laborales era limitada y se circunscribía a las explicitadas normativamente<sup>6</sup> en atención a la especial trascendencia que pudieran tener en la situación patrimonial del concursado, la conclusión del TS era que el enjuiciamiento de las cuestiones laborales derivadas de una sucesión de empresa en el seno del concurso debía seguir radicada en el orden social de la jurisdicción<sup>7</sup>, que debía seguir manteniendo la competencia de la mayoría de las cuestiones relacionadas con el contrato de trabajo, aun cuando el empresario estuviera incurso en un proceso concursal<sup>8</sup>, ya que en la resolución del problema se encuentra implicada la entidad cesionaria, normalmente ajena al proceso concursal<sup>9</sup>; al punto de que, aunque se hubiera producido una extinción colectiva de contratos de trabajo en el seno del concurso y este se hallase en fase de liquidación, la cuestión sobre si, con posterioridad, se había producido o no una sucesión empresarial resultaba competencia de la jurisdicción social<sup>10</sup>. Solución jurisprudencial, en cierto modo avalada por la Sala de Conflictos del TS en varias ocasiones<sup>11</sup>.

6 Artículo 8.2º LC 2003.

7 Sobre la cuestión, ampliamente: TALENS VISCONTI, E. (2024) *Tratado de Derecho Concursal Laboral*, Tirant lo Blanch, pp. 381-396.

8 SSTS 18 octubre 2016 (Rº 2405/2015); 13 enero 2022 (Rº 4804/2018); entre otras

9 SSTS 11 enero 2017 (Rº 1569/2015); 5 julio 2017 (Rº 563/2016) y 2 julio 2020 (Rº 119/2018).

10 STS 29 octubre 2014 (Rº 1573/2013).

11 ATS (Sala Conflictos) 9 diciembre 2015 (Cº 25/2015) y 9 marzo 2016 (Cº 1/2016).

## 4. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL (RDL 1/2020)

Cumpliendo el reiterado mandato de las Cortes Generales, el Gobierno aprobó, mediante el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR) con el propósito de regularizar, aclarar, armonizar y sistematizar las diferentes normas concursales incluidas en el encargo.

### 4.1. La literalidad de la norma

Por lo que respecta a la transmisión total o parcial de la empresa en concurso, resultan decisivos varios preceptos del nuevo texto; en concreto, sus artículos 221, 222 y 224. De ellos interesa destacar, a los presentes efectos, cuatro aspectos:

- a) El primero, establecido en el apartado 1 del artículo 221 según el que en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa, sin referencia alguna al artículo 44 ET. Aunque se ha sugerido que lo que busca el precepto es configurar un concepto autónomo de sucesión de empresa dentro del proceso concursal<sup>12</sup>, en mi opinión, se trata de un precepto superfluo en la medida en que la naturaleza del fenómeno de sucesión empresarial ya está establecida en el Directiva 2001/23/CE que determina la existencia de un traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuera esencial o accesorio; o, dicho en otras palabras, la consideración de la enajenación de una unidad productiva en el seno del concurso como una sucesión empresarial a los efectos laborales y de seguridad social se produce por imperativo legal aunque nada se manifieste por la administración concursal o por el cesionario por los trabajadores afectados<sup>13</sup>.
- b) De mayor interés, resulta el segundo de los aspectos a reseñar consistente en la previsión contenida en el artículo 221.2 TRLR según el que: «El Juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa». Se trataba de una disposición que iba frontalmente en contra de la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.
- c) El tercer aspecto se deriva del artículo 222.1 TRLR según el que en caso de transmisión de una o varias unidades productivas, el adquirente quedará subrogado en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial que se desarrolle en la unidad o unidades productivas objeto de transmisión, sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Obsérvese

12 TALENS VISCONTI, E. (2024), 387.

13 PALOMO BALDA, E. (2022) «La sucesión de empresa tras la última reforma concursal» *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 471, 107.

que la literalidad del precepto no se refiere a los contratos afectos a la unidad productiva transmitida sino afectos a la «continuidad» de la actividad profesional o empresarial que se desarrolle en la unidad productiva objeto de transmisión, lo que podría llevar a la errónea interpretación de que el Juez, al fijar los contornos laborales de la transmisión podría excluir a los trabajadores de la unidad productiva transmitida que no fueran necesarios para la continuidad de la actividad empresarial; lo que resultaría incompatible con la recta interpretación de la Directiva y del artículo 44 ET.

- d) El cuarto aspecto resultaba ser, junto con el de la competencia, el más trascendente en la medida en que sus efectos pretendían ser directos, sin sujeción a interpretaciones diferentes de la mera literalidad. Así, el artículo 224.1, tras reiterar que la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo en los siguientes supuestos: 1.º Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación. 2.º Cuando así lo establezca una disposición legal; añade lo siguiente: «3.º se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente». Literalmente, la previsión implica que se limita la obligación del adquirente de pago de los créditos anteriores a la transmisión, a los de los trabajadores en cuyo contrato se subroga el adquirente; y, por tanto, excluye los contratos de trabajo extinguidos antes de la adquisición. Se trata, en consecuencia, de una limitación subjetiva que no existía en la ley anterior.

## 4.2. Su interpretación por la jurisprudencia del TS: un precepto ultra vires.

La atribución competencial al juez del concurso de los conflictos laborales y de seguridad social ligados a la transmisión de empresa, excedía con mucho de las posibilidades que podía tener el texto refundido aprobado por el gobierno en orden a regularizar, aclarar, armonizar y sistematizar las diferentes normas a refundir en la medida en que implicaba atribuir al Juez de lo Mercantil una competencia que no estaba expresamente prevista en la leyes objeto de refundición, que desconocía las previsiones de la LOPJ y de la LC 2003 reformada y de la propia jurisprudencia. De ahí que, tanto la doctrina científica<sup>14</sup> como la judicial —del orden social—<sup>15</sup>, consideraran

14 En la doctrina científica, por todos: GONZÁLEZ CALVET, J. (2020) *La ejecución dineraria en la jurisdicción social*, Sepin, 238. PALOMO BALDA, E. (2022), *op. cit.*, 105. TALENS VISCONTI, e. (2024), *op. cit.*, que llega a calificarlo como “un auténtico despropósito del órgano refundidor, que provocaba una clara inseguridad jurídica”.

15 La práctica totalidad de las resoluciones de suplicación en la materia siguieron avalando el conocimiento de los problemas laborales y de Seguridad Social de las transmisiones de unidades productivas en el seno del concurso por el orden social de la jurisdicción, bien pronunciándose expresamente

inaplicable la previsión por ser claramente un precepto *ultra vires*. Era tan llamativa la extralimitación del texto refundido que apenas provocó controversia y que, como explicaré, de inmediato, conllevó una contundente intervención legislativa.

La cuestión relativa a los contornos laborales —principalmente subjetivos— de la sucesión de empresa, y, especialmente, de la limitación de efectos de la subrogación en los créditos anteriores a la transmisión únicamente a los trabajadores incluidos o afectados por la subrogación, también fue objeto de polémica, al tratarse de previsiones novedosas que pudieran no considerarse existentes en la normativa anterior y que resultaban, claramente contrarias, a la consolidada jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Además, en combinación con las facultades otorgadas al Juez del Concurso en orden a delimitar el ámbito subjetivo de la transmisión, que bien pudiera apoyarse en la referencia aludida que el nuevo artículo 222.1 TRLC efectúa relativa a que el adquirente quedará subrogado en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial, ha llevado a la doctrina entender no sólo que el precepto va más allá de lo que implica una refundición, sino que implica una patente de corso para dejar en manos de la empresa cesionaria la elección discrecional de los trabajadores a subrogar, sin que la exclusión de los no subrogados le implique coste alguno; haciendo mucho más lucrativa la adquisición de unidades productivas en el ámbito del concurso<sup>16</sup>; lo que puede resultar útil, sin duda, en la finalidad de mantener o coadyuvar a la supervivencia de la unidad transmitida y del empleo, además de mejorar las perspectivas de los acreedores concursales; pero implica una desprotección evidente de los trabajadores no subrogados que, en términos técnicos, tendría un pase si lo acordará el legislador, pero que no se sostiene cuando se introduce a través de una inadmisibles refundición.

La STS1012/2023, de 29 de noviembre<sup>17</sup> abordó directamente esta cuestión y tras comparar la legislación anterior al TRLC de 2020 con el redactado resultante tras la refundición, llegó a la conclusión de que el aludido TRLC 2020 limitó la obligación del adquirente del pago de los créditos anteriores a la transmisión, a los trabajadores en cuyo contrato se subroga el adquirente. Excluye los contratos de trabajo extinguidos antes de la adquisición. Esa limitación subjetiva no existía en la ley anterior. En consecuencia, incurrió, claramente en *ultra vires* porque no se limitó a regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debía refundir, sino que introdujo una regulación que modificaba sustancialmente la anterior, al instaurar una limitación subjetiva en la responsabilidad de la empresa adquirente que estaba excluida en la ley anterior. Cuando se aprobó el texto refundido de la Ley Concursal de 2020 ya existía una doctrina jurisprudencial consolidada que interpretaba la Ley Concursal de 2003. Ese texto refundido pretendió dejar sin efecto esa doctrina del TS. La consecuencia es la inaplicación

al respecto [Entre otras: SSTSJ de Madrid 2 julio 2021 (Rº 293/2021); de Galicia 6 junio 2022 (Rº 2141/2022)], bien examinado y resolviendo los recursos de suplicación contra resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil [Por todas: STSJ Madrid 30 marzo 2022 (Rº 165/2022)].

16 GONZÁLEZ CALVET, J. (2020) *Op. Cit.*, 269.

17 Rº 3269/2022.

del art. 224 del TRLC de 2020 por exceso en la delegación legislativa y la consiguiente aplicación de la doctrina jurisprudencial que interpretaba la normativa anterior en el sentido de que la empresa que había adquirido la unidad productiva se subroga en las obligaciones laborales de la concursada respecto a los trabajadores que prestaban servicios en esa unidad productiva y respondía de las deudas salariales de los trabajadores cuyos contratos se habían extinguido antes de la adjudicación.

## **5. LA NORMATIVA VIGENTE**

### **5.1. Consolidación de la competencia del Juez del Concurso**

Tan clamorosa era la naturaleza ultra vires de la previsión del TRLC 2020 que atribuía la competencia exclusiva y excluyente al Juez del Concurso en materia de los efectos laborales y de seguridad social de la sucesión total o parcial de empresa que tuvo que impulsarse una ulterior reforma de la LOPJ, mediante la Ley Orgánica 7/2022 de reforma LOPJ en materia de Juzgados de lo Mercantil para reformar artículo 86 ter y establecer que los Juzgados de lo Mercantil tendrán competencia exclusiva y excluyente en «4.ª La declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social»; lo que conllevó que, mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del TRLC, se reformase el artículo 52.1.4ª en el sentido de que corresponde a la competencia exclusiva y excluyente del Juez del Concurso «La declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran» Y se añadiese al apartado 2 del artículo 221, reseñado la frase «así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen».

### **5.2. La Ley 16/2022 de reforma de la Ley Concursal**

Sin embargo, la mencionada ley no se limitó a adecuar los preceptos concursales a la nueva previsión competencial derivada de la modificación de la LOPJ, fue mucho más allá ya que la ley tiene por objeto la transposición de la Directiva UE 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, así como otros aspectos para agilizar y flexibilizar la reestructuración de empresas viables y la liquidación de aquellas que no lo son. La reforma del TRLC, que fue mayúscula, afectó también a la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en funcionamiento que podrá producirse en tres momentos distintos: con la propia presentación de solicitud de apertura de un procedimiento especial de liquidación; o en un momento posterior, con su inclusión en el plan de liquidación; o, posteriormente sin inclusión previa en

el plan de liquidación, a modo de oferta sobrevenida que no se había considerado inicialmente como una posibilidad. Esta última opción persigue otorgar flexibilidad a la liquidación.

Ahora bien, la reforma no introdujo cambio alguno en los efectos laborales de la transmisión de empresa al punto de que continuó la vigencia, sin modificación alguna, del artículo 224 TRLC 2020 que ha pasado al texto vigente sin ninguna modificación, ni ninguna referencia en la Ley 16/2022. En esta última disposición nada se estableció en punto a una supuesta convalidación legislativa del texto refundido que modifica; la norma se limitó a establecer modificaciones sobre el texto aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. La consecuencia parece evidente: aquellas normas del aludido texto refundido que fueran claramente ultra vires y que no hubieran sido modificadas por la Ley 16/2022, mantienen su naturaleza de ultra vires y, en consecuencia, se mantiene la jurisprudencia que así los declaró. Ello afecta, por lo que a los presentes efectos interesa, al artículo 224 TRLC vigente que ya fue declarado ultra vires y, consecuentemente no aplicable, por la reseñada STS 1012/2023, de 19 de noviembre. Sobre esta premisa, se analizan los problemas de competencia y, especialmente, de aplicación de la normativa laboral y de Seguridad Social a las diversas situaciones concursales que se derivan de la aplicación del texto refundido de la Ley Concursal vigente.

## **6. LA EFECTIVIDAD DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO Y SU INCIDENCIA EN LA TRANSMISIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS**

### **6.1. En situación de concurso**

A partir de la entrada en vigor de la LO 7/2022, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la vigente redacción del TRLC desde su amplia reforma por la Ley 16/2022, el único competente para la declaración de existencia de sucesión de empresa a efectos laborales en el seno del concurso es el Juez de lo Mercantil. De tres formas distintas lo establece la norma según la literalidad de los artículos 86.1 ter LOPJ<sup>18</sup>, y artículos 52.1.4ª y 221.2 TRLC. De ellos se desprende que el Juez del Concurso tiene competencia exclusiva y excluyente sobre la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de una o varias unidades productivas. Ello implica que la competencia alcanza: a la declaración de existencia de transmisión de empresa; a la determinación en estos casos de los elementos que integran tal transmisión lo que, a su vez, implica la determinación de los activos y pasivos y de las relaciones laborales que se integran en cada supuesto de sucesión empresarial. Se trata, como es fácilmente

18 En la actualidad: las referencias del TRLC al Juez de lo mercantil o al Juez del Concurso hay que entenderlas realizadas a los Tribunales de instancia o a las secciones de lo mercantil de dichos tribunales y, en cuanto a la competencia, en materia de transmisión de empresa a efectos laborales es el artículo 87.7.a). 4ª LOPJ la que la contiene

deducible, de una competencia amplísima ya que el Juez del Concurso será quien decida y establezca los contornos de la unidad productiva que se transmita lo que comprende los principales aspectos de la misma: la delimitación de los activos y pasivos afectos a la unidad productiva y lo que, en nuestro ámbito, es absolutamente relevante: la fijación de cuales son los trabajadores afectos a la unidad transmitida y que, por tanto, constituyen el ámbito subjetivo de la subrogación, así como los efectos laborales y de seguridad social que la transmisión comporta.

Ahora bien, tal como se deduce la literalidad del artículo 87.7.a). 4ª LOPJ, tales competencias deben ser ejercitadas “conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social”. Esto es, las grandes competencias del juez concursal están, obviamente sujetas a la ley, pero —de manera especial— deben ser ejercitadas de conformidad con las previsiones de la legislación laboral y de seguridad social. Consecuentemente, para declarar la sucesión de empresa, los elementos que integran la unidad productiva, las relaciones laborales que la componen y los efectos de la transmisión, el Juez de lo Mercantil está obligado a aplicar la legislación laboral y de seguridad social (artículos 44 ET y 142.1 y 168.2 LGSS), salvo válidas especialidades de la legislación concursal. El legislador, siguiendo la tradición española, ha incluido los efectos laborales y de seguridad social propios de la transmisión de empresa y no los ha excluido en la situación de concurso, no haciendo uso de la posibilidad prevista en la Directiva 2001/23/CE; lo que determina la aplicación íntegra del artículo 44 ET.

En la normativa concursal (artículo 224 TRLC vigente) siguen existiendo dos especialidades respecto a la norma laboral común: la primera de ellas es la contenida en el apartado 1, punto 3º del precepto en cuestión. Según la misma, la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. Dicho de otra forma: en los supuestos de transmisión, el cesionario sólo se hará cargo de la obligación de pago de los créditos no satisfechos correspondientes a los contratos en los que se subroga. Y no respecto de los contratos de la UPA en los que no se subroga. Sin embargo, como hemos anticipado, tal redacción procede *ex novo* del TRLC 2020 cuyo contenido no existía en ninguna norma legal anterior y fue declarado *ultra vires* por la ya reiterada STS 1012/2023, de 29 de noviembre; sin que, la posterior modificación de aquel texto refundido llevada a cabo por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, efectuara ninguna modificación del precepto que, ni siquiera, convalidó mediante una genérica o concreta previsión legal, lo que conduce a seguir considerando ilegal la especialidad que nos ocupa y, consecuentemente, a considerar su inaplicabilidad.

La segunda especialidad consiste en la previsión incluida que establece, en el último párrafo del artículo 224.1.3º TRLC vigente, que el juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subroga en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que

sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Se trata de una previsión válida y plenamente aplicable ya que existía antes del TRLC 2020.

Por último, resulta destacable que la válida resolución del Juez del Concurso respecto de la transmisión de la unidad productiva autónoma produce efectos de cosa juzgada sobre cualquier pleito posterior sea concursal o laboral en el que se cuestione el contorno y las consecuencias de la referida transmisión.

## **6.2. Especial consideración en el prepack y la fementida trascendencia de la STJUE de 28 de abril de 2022**

El vigente artículo 224 bis TRLC bajo el título "Solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas" dispone que «El deudor puede presentar, junto con la solicitud de declaración de concurso, una propuesta escrita vinculante de acreedor o de tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas». Ninguna duda cabe de la competencia del Juez del Concurso respecto de la venta de la unidad productiva; ni tampoco, de la aplicabilidad de los efectos laborales y de Seguridad Social en los términos que estamos analizando, pues, aunque la oferta se presenta con la solicitud de concurso y no hay que esperar a la fase de liquidación para la realización de la misma, resultan plenamente aplicables las previsiones concursales.

En consecuencia, no hay vía de escape posible al cumplimiento de la exigencia de que, también, por la vía de la solicitud de concurso con oferta de adquisición de una o varias unidades productivas deban cumplirse las exigencias de la legislación laboral y de seguridad social. Ni siquiera con amparo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En efecto, la STJUE de 28 de abril de 2022 (C-237-20) ha establecido que si una legislación nacional no ha incluido la aplicación de los artículos 4 y 5 de la Directiva 2001/23/CE en los supuestos de transmisión, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo con vistas a la liquidación de bienes del cedente: se entiende que el pre-pack está incluido en dicha posibilidad. Esto es, la opción del legislador nacional sobre la posibilidad o no excluir la aplicación de la reseñada Directiva a las empresas en situación de concurso, se entiende realizada para aquellas condiciones en las que la normativa nacional permite la ejecución de transmisión de unidades productivas antes de la fase de liquidación del concurso.

Ahora bien, la claridad de la sentencia impide deducir que, ni un pre-pack, ni un procedimiento de insolvencia, bajo la supervisión del Juez del Concurso, implique de suyo que no se apliquen las previsiones de la Directiva, si el Estado miembro ha previsto que sí se apliquen con carácter general a las empresas en concurso. De ello se deriva que, no existiendo en el ordenamiento concursal (salvo el artículo 224 TRLC —cuya ilegalidad parece indiscutible—) ninguna previsión que excluya la apli-

cación de la legislación laboral y de Seguridad Social en el ámbito concursal, en las situaciones que consideramos rige, plenamente, el artículo 44 ET y la jurisprudencia que lo interpreta.

### **6.3. Los planes de reestructuración**

Se encuentran regulados en los artículos 614 a 671 TRLC. Tienen por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos. Son instrumentos pre concursales dirigidos a evitar la insolvencia, o a superarla, que posibilitan una actuación en un estadio de dificultades previo al propio concurso, sin el estigma asociado al mismo y con características que incrementan su eficacia. Tratan, por tanto, de incentivar una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito, y contribuir a la descongestión de los juzgados y, por tanto, a una mayor eficiencia del concurso. En efecto, las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente que se exige para poder recurrir a los instrumentos propiamente concursales. En la regulación de los planes de reestructuración se ha tratado de preservar el carácter flexible y poco procedimental de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo.

En definitiva, su finalidad es asegurar la continuidad de las empresas y negocios viables que tienen dificultades financieras que podrían amenazar su solvencia y acarear la situación de concurso. Una de las medidas estrella de los planes de reestructuración resulta ser la transmisión de una o varias unidades productivas de la empresa, tal como dispone el artículo 614 TRLC que, entre las funcionalidades de los planes de reestructuración, alude a las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento. Evidentemente, si tales transmisiones implican que el objeto de las mismas resulta ser una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria, en la que desempeñan su servicio uno o varios trabajadores estaremos ante una sucesión de empresa desde la perspectiva laboral y, desde luego, en la órbita de la Directiva 2001/23 y del artículo 44 ET.

El hecho de que los planes de reestructuración sean una medida pre concursal en la que la intervención del Juez del Concurso puede llegar a ser, materialmente poco relevante, aunque —en la mayoría de las ocasiones— los aludidos planes requerirán de la correspondiente homologación por el Juez del Concurso, se podría cuestionar la competencia del Juez del Concurso cuando contengan medidas de índole laboral,

incluso aun cuando no vayan ligadas necesariamente a la transmisión de una unidad productiva. En contra de la competencia del Juez de lo Mercantil pueden jugar varios argumentos: principalmente el hecho de que ningún precepto relativo a los planes de reestructuración alude a los efectos laborales de la transmisión, únicamente el artículo 628 bis TRLC establece que cualquier modificación o extinción de la relación laboral que tenga lugar en el contexto del plan de reestructuración, se llevará a cabo de acuerdo con la legislación laboral aplicable incluyendo, en particular, las normas de información y consulta de las personas trabajadoras. En segundo lugar, se puede defender, también, que los planes de reestructuración, cuando consistentes en transmisiones de unidades productivas, son medidas anteriores al concurso en las que interviene un tercero que adquiere de quien no está todavía, y puede que nunca lo esté, en situación de concurso. Y, también, podría argüirse que la competencia del Juez de lo Mercantil en materia laboral lo es por asignación legal, por lo que en su ausencia debería regir la *vis atractiva* del juez natural: el juez de lo Social.

Sin embargo, a mi modo de ver, son más sólidos y consistentes los argumentos en favor de la competencia del juez del concurso<sup>19</sup>. En este sentido resultan destacables las expresiones genéricas que contienen los artículos 52.1.4ª y 22.1 TRLC que aluden a la "existencia de sucesión de empresa" sin limitación alguna lo que puede hacer referencia a cualquier aspecto del propio TRLC. Igualmente, en la LOPJ se alude, genéricamente, entre las competencias de las secciones de lo mercantil de los Tribunales de instancia a los planes de reestructuración, sin que la expresión usada en el ordinal cuarto del apartado segundo, letra a) del artículo 87.7 LOPJ limite la competencia expresa de los referidos tribunales en la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social. Además, si acudimos al artículo 593 TRLC, con aplicación a todo el Libro segundo del TRLC —titulado del derecho pre concursal— allí se establece, expresamente, que el juzgado competente para conocer del concurso conocerá, con carácter exclusivo y excluyente, de la comunicación; de los efectos de la comunicación que requieran decisión judicial; de la prórroga de los efectos de la comunicación; y de las impugnaciones de las decisiones judiciales sobre esas materias.

En definitiva, la competencia para conocer sobre todos los aspectos laborales de la transmisión de unidades productivas o, incluso de la propia empresa, en el ámbito de los planes de reestructuración le corresponde a las secciones de lo mercantil de los Tribunales de instancia, esto es, al órgano judicial que hubiera de conocer del concurso, conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social; esto es, en los mismos términos que en el seno del concurso y, habida cuenta, de que en esta fase pre concursal, el empresario cedente no está privado de las facultades de administración

19 Sobre la cuestión, resulta imprescindible, el fundado análisis que efectúa TALÉNS VISCONTI, E. (2024), 93 y ss.

ordinaria, será quien actúe y sea responsable de las decisiones, sin perjuicio de los supuestos en los que, será necesaria la homologación del plan y de las medidas que contengan por el órgano judicial del concurso (artículos 635 a 664 TRLC).

#### **6.4. El procedimiento especial para microempresas**

El Libro III del TRLC incluye un procedimiento especial para microempresas. A efectos concursales, se consideran como tales aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud de concurso. El procedimiento que diseña la ley busca reducir los costes del procedimiento, eliminando todos los trámites que no sean necesarios y dejando reducida la participación de profesionales e instituciones a aquellos supuestos en que cumplan una función imprescindible, o cuyo coste sea voluntariamente asumido por las partes. Todo ello sin menoscabo de la plena tutela de los derechos de los participantes en el procedimiento. La intervención del juez solo se producirá para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando exista una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado. Los incidentes se solucionarán, salvo excepciones, por un procedimiento escrito; y, cuando sea necesaria la participación oral de las partes o de expertos se utilizarán las vistas virtuales, celebradas por medios telemáticos.

A diferencia de lo que ocurre con los planes de reestructuración, en este supuesto concursal, sí existe una norma que se refiere, específicamente, a la transmisión de la empresa o de una unidad productiva, regulación que, sin embargo, no incluye ninguna previsión sobre sus efectos laborales. Así, el artículo 710. 1 TRLC dispone que la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas se llevará a cabo con sujeción a las reglas del libro primero TRLC, con las siguientes especialidades: 1.<sup>a</sup> La transmisión se llevará a cabo por venta directa en favor del tercero que ofrezca como mínimo un quince por ciento más del valor acordado y mantenga el resto de las condiciones. 2.<sup>a</sup> La venta directa se llevará a cabo de acuerdo con los principios de concurrencia y transparencia. A tal fin, las condiciones generales y el precio fijado de acuerdo con la valoración se notificarán a los acreedores y se publicarán en el Registro público concursal. 3.<sup>a</sup> De no ser posible la venta directa, la transmisión se realizará por subasta. 4.<sup>a</sup> El precio de adjudicación de la subasta no podrá, en ningún caso, ser inferior a la suma del valor de los bienes y derechos del deudor incluidos en el inventario. 5.<sup>a</sup> Cuando se reciba más de una oferta cuyos contenidos difieran, objetivamente, en el modo en que se garantiza la continuidad de la empresa o del establecimiento mercantil, el mantenimiento de los puestos de trabajo o la satisfacción de los créditos, el deudor o la administración concursal, oídos los representantes de los trabajadores, presentarán un informe al juez, con propuesta de resolución, para que este resuelva de acuerdo con el artículo que regula la regla de la preferencia establecida en el libro primero. Añade, también, que podrá presentarse una oferta de

adquisición de la empresa o de la unidad productiva con la solicitud del procedimiento especial de liquidación: remite al artículo 224 bis a quater TRLC (pre-pack).

Lo relevante, por lo que se refiere a la competencia del órgano judicial del concurso, es la posibilidad de que la transmisión de la unidad productiva se realice por venta directa, sin necesidad de intervención del juez, lo que pudiera hacer dudar de la aplicación de la competencia exclusiva y excluyente de la sección mercantil de los tribunales de instancia y, el correlativo mantenimiento de la competencia de las secciones de lo social. Sin embargo, tal posibilidad debe ser desechada con fundamento en las aludidas previsiones de la LOPJ y por el hecho de que, aun sin intervención judicial, la transmisión se realiza en el seno de un procedimiento concursal, específico para las microempresas, pero concursal al fin y al cabo<sup>20</sup>.

Consecuentemente, los conflictos laborales o de seguridad social que pudieran originarse como consecuencia de la enajenación de la microempresa o de una unidad productiva de la misma deberán ser solucionados por el órgano judicial del concurso, con sujeción a las previsiones establecidas en la normativa laboral y de seguridad social, en los mismos términos que se han analizado respecto de la sucesión de empresa en el seno del concurso ordinario. La previsión general del párrafo cuarto del apartado segundo, letra a) del artículo 87.7 LOPJ y de la remisión general del artículo 710.1 TRLC que remite a las reglas del Libro Primero del indicado Texto Refundido relativo al concurso ordinario. En definitiva, es el juez del concurso quien, en caso de conflicto, establecerá el contorno, la afectación subjetiva y los efectos de la transmisión, total o parcial, de la microempresa incurso en el procedimiento especial diseñado en el Libro Tercero TRLC.

## **7. LA IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ DEL CONCURSO Y EL SISTEMA DE RECURSOS**

Uno de los problemas no resueltos específicamente en el TRLC, quizás el más importante, es el relativo a la impugnación de la resolución del Juez del concurso respecto de los aspectos laborales y de seguridad social derivados de la sucesión empresarial en el seno del concurso. Partiendo del dato cierto de que, a partir de la reforma de la LOPJ operada por la Ley Orgánica 7/2022, la competencia exclusiva y excluyente del mencionado órgano judicial es incuestionable, lo que presenta muchas dudas es la configuración de la impugnación de la resolución de la sección mercantil de los Tribunales de instancia y el consiguiente sistema de recursos, en especial la competencia del orden social o del civil para el examen y resolución de los recursos devolutivos.

Para resolver la cuestión resulta imprescindible atender a las previsiones literales de la LOPJ. Conforme a su artículo 75.2º, las Salas de lo Social de los Tribunales

20 En este sentido, con profusión argumental decisiva: TALÉNS VISCONTI, E. (2024), 638-640.

Superiores de Justicia conocerán de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por las Secciones de lo Social de los Tribunales de Instancia de la comunidad autónoma, así como de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de las Secciones de lo Mercantil de los Tribunales de Instancia de la comunidad autónoma en materia laboral, y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia. Por otro lado, el ordinal 3º del artículo 82.2 LOPJ dispone que, en el orden civil, las Audiencias Provinciales conocerán de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Secciones de lo Mercantil de los Tribunales de Instancia, salvo las que se dicten en incidentes concursales en materia laboral. Resulta destacable en mi opinión que las respectivas inclusiones y exclusiones se refieren con carácter general a los «incidentes concursales en materia laboral», sin mayor especificación que, sin embargo, si contienen otros preceptos más específicos del TRLC<sup>21</sup> que, aunque se refieren a incidentes concursales relativos a materias concretas, añaden la previsión según la que cabrá recurso de suplicación «contra la sentencia que resuelva los incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso».

La imprecisión de la norma ha dado lugar a diferentes posturas doctrinales. La que atiende a la literalidad de la norma, estima que la resolución del Juez del Concurso decide sobre una materia no incluida expresamente en el objeto del incidente concursal y, por tanto, al no haberse incluido los efectos laborales y de seguridad social derivados de la sucesión de empresa en la literalidad de la norma, cabe inferir que la resolución en la materia podrá ser susceptible de recurso de reposición y, en su caso, la sentencia que lo resuelva sólo podrá ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial<sup>22</sup>.

21 Así el artículo 541.1 TRLC dispone que «Se dilucidarán por el trámite del incidente concursal en materia laboral las acciones que los trabajadores o el Fondo de Garantía Salarial ejerciten contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo, así como las de trabajadores que tengan la condición de personal de alta dirección contra la decisión de la administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con estos». El artículo 545 TRLC establece: «Los recursos contra las resoluciones dictadas por el juez en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican en los artículos siguientes y sin perjuicio de lo previsto en esta ley en materia laboral». Y el artículo 551 TRLC añade, bajo el rótulo de recursos en materia laboral, lo siguiente: «Contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo y contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley reguladora de la jurisdicción social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguno de sus incidentes, secciones o piezas separadas».

22 En este sentido: TALÉNS VISCONTI, E. (2024), 689-690.

Cabe, sin embargo, una interpretación contraria, menos literal y más en sintonía con una hermenéutica sistemática y acorde con la finalidad de los preceptos reseñados<sup>23</sup>. Según esta interpretación, debería tramitarse incidente concursal cuando lo que se discute son los efectos laborales y de seguridad social del auto que decide sobre la transmisión de la empresa o de unidades productivas, ya que se trata de una materia laboral, con independencia de que, formalmente, no esté en la literalidad del art. 541.1 TRLC. Frente a la resolución definitiva del órgano judicial del concurso cabría recurso de suplicación ante Sala de lo Social del TSJ correspondiente.

Estimo que es esa la postura adecuada que se encuentra avalada por las siguientes razones:

- a) La interpretación literal, sistemática y finalista de los preceptos de la LOPJ que delimitan las respectivas competencias de las Audiencias Provinciales y de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en materia concursal. Ambas excluyen la competencia de las audiencias provinciales y la atribuyen a las referidas Salas de lo Social respecto de «los incidentes concursales en materia laboral», lo que resulta expresivo de una voluntad legislativa de atribuir, en vía de recursos devolutivos, todas las competencias en materia laboral y de seguridad social al orden social de la jurisdicción.
- b) Atendiendo a ello, se llega a una conclusión que parece obvia y pertinente: aunque determinadas materias sociales, que por su propia naturaleza instrumental y condicionante de decisiones trascendentales en el ámbito del concurso, se residencien en los órganos judiciales mercantiles que dirigen el concurso en virtud de la lógica aplicación de los principios de unidad, coherencia, celeridad y razonabilidad, ello no obsta a que, en vía de recursos devolutivos, la competencia se residencie en el orden social de la jurisdicción, en aplicación de dichos principios, y para asegurar una aplicación uniforme de la legislación laboral y de seguridad social.
- c) Precisamente por ello, las normas específicas del TRLC, tras reseñar de manera individualizada las materias a que se refiere el ámbito de aplicación del incidente concursal en materia laboral (por aplicación de la primitiva LC 2003, en su artículo 64), añade tras la enumeración aludida que —también cabrá recurso de suplicación «contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso» (artículo 551 TRLC), expresión que se alinea plenamente con la contenida en el LOPJ (artículos 75.2<sup>a</sup> y 82.2.3<sup>o</sup> LOPJ) y que puede resultar expresiva de la voluntad del legislador de atribuir el conocimiento de los recursos devolutivos en materia laboral y de seguridad social al orden social de la jurisdicción a través del recurso de suplicación y, en última instancia, del recurso de casación para la unificación de la doctrina.

23 Apunta en esta dirección: PALOMO BALDA, E. (2022) 112-114.

- d) En favor de lo expuesto también juega, decisivamente, el silencio de la norma concursal que no atribuye, expresamente, la competencia que nos ocupa ni a las Audiencias Provinciales ni a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, a lo que se une el hecho de lo extraño que resulta para un trabajador viabilizar su oposición a una resolución concursal laboral a través de un recurso de apelación de naturaleza y morfología radicalmente distintas del recurso de suplicación.

# 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"<sup>1</sup>) 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"<sup>2</sup>, 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 gerencia<sup>3</sup>, 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"<sup>4</sup>

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 social<sup>5</sup>. 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) reproducta, 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 octodecimas 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 CA<sup>6</sup>, 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"<sup>7</sup>

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 omnicomprendensiva 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 ET<sup>8</sup> 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)<sup>9</sup>, 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"<sup>10</sup>. 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 orgánica<sup>11</sup>.

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 diciembre<sup>12</sup>, en la que queda fijada la doctrina del TS, recordando la que califica como "doctrina reiterada de esta sala"<sup>13</sup> 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 administración<sup>14</sup>. 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 marzo<sup>15</sup> 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"<sup>16</sup>. 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 legislador<sup>17</sup>; 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 noviembre<sup>18</sup>, conocida como caso *Mahou*), 2013 (STS, Sala III, de 26 de septiembre,<sup>19</sup>) o 2014 (STS de 2 de enero<sup>20</sup>), que consagraron lo que la doctrina gráficamente consideró "la doctrina del milímetro"<sup>21</sup>, 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-glclefndmkaj/https://ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/una-tercera-via-sobre-el-contrato-de-los-consejeros-ejecutivos.pdf](https://efaidnbmnnnibpcajpc-glclefndmkaj/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 imposibilita 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 directivos<sup>22</sup>.

## 2.2. El replanteamiento del dogma

El debate en torno a la relación intrasocietaria nunca concluyó en la doctrina científica, en especial, en la mercantilista<sup>23</sup> (menos apreciable, pero también con eco en la doctrina laboralista<sup>24</sup>) —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 febrero<sup>25</sup>, 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 tributario<sup>26</sup> y era evidente, como dijimos en su momento, su trascendencia jurídico-laboral<sup>27</sup> 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 laboralista<sup>28</sup>, 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 compleja<sup>29</sup>. 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 junio<sup>30</sup> y 1378/2023, de 2 de noviembre<sup>31</sup>, 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 mercantilista<sup>32</sup> 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 arrumbada<sup>33</sup>; o en sentido contrario extremo, que no cabe apreciar trascendencia alguna de esa doctrina en nuestro ordenamiento jurídico interno<sup>34</sup>; o, en sentido intermedio, menos taxativo, mostrando dudas de su aplicación práctica respecto del asunto que nos concierne<sup>35</sup>.

### 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 2022", 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 supuestos 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*,<sup>36</sup> 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)<sup>37</sup>

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*<sup>38</sup>, 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 TJUE<sup>39</sup> 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 2015<sup>40</sup>, 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](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 casuístico<sup>41</sup>.

¿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)<sup>42</sup> 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 acertadamente<sup>43</sup>, 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 salarial<sup>44</sup>.

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 transparencia<sup>45</sup> (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<sup>a</sup>: ¿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<sup>a</sup> 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<sup>a</sup>: “¿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://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/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://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ga-p.com/wp-content/uploads/2022/04/teoria\\_del\\_vinculo-1.pdf](chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/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.

# Reseña de actualidad judicial

**Erik Monreal Bringsvaerd**

Catedrático. Universidad de las Islas Baleares

**Ángel Jurado Segovia**

Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid



## **STS de 27 de marzo de 2025 (Rº 73/2023): preaviso y forma de llamamiento de los trabajadores fijo-discontinuos**

En el marco de un proceso sobre impugnación de convenio colectivo, esta STS resuelve, entre otras cuestiones, la tacha de ilegalidad de un convenio que establece unos plazos de preaviso para el llamamiento de los trabajadores fijos-discontinuos de 48 horas y regula también aspectos relativos a la forma del llamamiento mediante WhatsApp o correo electrónico. Sobre la primera cuestión, el TS considera que tales plazos resultan ilegales, por no ajustarse al carácter adecuado y razonable que exigen los arts. 16.3 ET y 10 Directiva 2019/1152, relativa a condiciones laborales transparentes y previsibles. A este respecto, el Tribunal toma en consideración que, al tratarse de una regulación convencional relativa a la utilización del contrato fijo-discontinuo para prestar servicios en el marco de contratos de obras o servicios, del propio art. 16.1 ET se desprende la previsibilidad de tales contratos; lo que exige una previa planificación de los recursos por parte de la empresa y, en este sentido, considera aplicable la referencia normativa prevista en el art. 34.2 ET, en materia de distribución irregular de la jornada, que exige un preaviso de 5 días, como mínimo legal no susceptible de reducción por convenio colectivo. Sobre la segunda cuestión, el Tribunal considera, en cambio, que las previsiones convencionales no son ilegales, pues la normativa sobre protección de datos personales contiene previsiones que legitiman el uso de datos personales que implica el llamamiento a través del número de teléfono correo electrónico, no considerándose desproporcionado su uso en tales casos, toda vez que la comunicación en el domicilio físico del trabajador convertiría el sistema de llamamiento en lento, inseguro e inapropiado para esta finalidad, ajustándose, asimismo, el llamamiento en las formas previstas a las exigencias del art. 16.3 ET, sobre la forma escrita u otro medio que permita dejar constancia de la notificación.

## **STS de 3 de abril de 2025 (Rº 94/2023): infracción administrativa aplicable al pago de salarios inferiores a los debidos**

En esta STS, se aborda principalmente la determinación de la infracción administrativa aplicable en un supuesto en que la conducta empresarial consistió en abonar salarios por debajo de los debidos, a un total de 4.039 trabajadores, a través de la simulación de un registro de jornada. La Administración laboral había entendido que en este caso era aplicable la infracción administrativa muy grave ex art. 8.1 LISOS, referida al "impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido", imponiendo una sanción de 187.515 euros. Sin embargo, la sanción fue revocada parcialmente por el TSJ de la Comunidad Valenciana, considerando que resulta más adecuada la aplicación de la infracción grave ex art. 7.10 LISOS, que se refiere genéricamente a: "Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores...". El TS confirma el criterio del TSJ, entendiendo que el legislador ha querido reservar para el tipo de mayor gravedad contenido en el artículo 8.1 LISOS aquellas conductas que merecen especial reproche social, de forma análoga a lo deducible del ámbito estrictamente laboral a través del art. 50 ET, respecto al cual no todo impago o retraso salarial es motivo justificativo de una resolución contractual indemnizada a instancias del trabajador, sino solamente aquellos incumplimientos que alcancen un nivel de gravedad suficiente para merecer esa consecuencia. Y, en el caso concreto, los datos existentes apuntaban, a juicio del Tribunal, a que las diferencias salariales padecidas por los trabajadores eran de escasa cuantía (se alude a la situación de un trabajador que, debiendo percibir 595,08 euros, percibió 589,47 euros). Considerando también la STS reseñada que el elevado número de trabajadores afectados por la conducta empresarial o su especial intencionalidad podrían actuar como criterio de graduación de la sanción (art. 39.2 LISOS), pero no alteraría la calificación de la conducta a efectos de justificar la aplicación de la infracción muy grave ex art. 8.1 LISOS.

## **STS de 4 de abril de 2025 (Rº 3106/2023): jornada de lunes a domingo que, aunque estuviera prevista en contrato, constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo**

Estimando un recurso para la unificación de doctrina, el TS declara nula una decisión empresarial consistente en establecer una jornada laboral incluyendo los sábados y domingos, para un grupo de trabajadores ocupados en la ejecución de una contrata. Los trabajadores tenían estipulada en sus respectivos contratos de trabajo una jornada de lunes a domingo, si bien desde que ejecutaba la citada contrata (julio 2021), desarrollaban su actividad de lunes a viernes. En abril de 2022, la empresa comunicó a la representación legal de los trabajadores que el servicio pasaría a realizarse de lunes a domingo. Pues bien, el TS entiende que, a pesar de lo estipulado en los contratos y sin necesidad de determinar si el horario de lunes a viernes que venían disfrutando los trabajadores constituye o no una condición más beneficiosa, si venían prestando los servicios esos días, resulta claro que la decisión empresarial

de pasar hacerlo de lunes a domingo constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo que requería haber seguido el procedimiento previsto en el artículo 41 ET, sin que los requerimientos en tal sentido de la empresa cliente y comitente de la contrata justifiquen que la decisión no se haya adoptado esgrimiendo la oportuna causa y siguiendo el procedimiento ex art. 41 ET.

### **STS de 24 de abril de 2025 (R<sup>o</sup> 1219/2024): competencia del Juzgado del domicilio del teletrabajador, con independencia del centro de trabajo consignado en el contrato de trabajo**

Este supuesto trae causa en la demanda de despido presentada por un trabajador que, aunque en su contrato de trabajo tenía consignado como centro de trabajo de referencia uno situado en Las Palmas de Gran Canaria, veían íntegramente realizando sus funciones en modalidad de teletrabajo desde su domicilio en Madrid. El Juzgado de lo Social de Madrid se declaró incompetente, decisión que fue revocada por el TSJ de Madrid. Confirmando el criterio de éste último y unificando doctrina, el TS declara que en estos supuestos rige el criterio del lugar efectivo donde se prestan los servicios, coincidente en este supuesto con el domicilio del trabajador. A tal efecto, el Tribunal considera que hay que estar a lo dispuesto en el art. 10 LRJS, otorgando al trabajador elegir entre presentar la demanda en el Juzgado competente del lugar de prestación de los servicios o en el del domicilio del demandado, no considerando, en cambio, determinante lo previsto en la DA 3<sup>a</sup> disposición adicional 3<sup>a</sup> de la Ley 10/2021, de del Trabajo a Distancia, pues su referencia al domicilio consignado en el contrato de trabajo tiene solo efectos administrativos, no afectando a la competencia judicial. Añade, asimismo, el TS que debe prevalecer la realidad fáctica y que pactar el teletrabajo en el domicilio del trabajador implica aceptar que el trabajador tiene varias opciones a efectos de presentación de una demanda, que en el caso de las modalidades mixtas —presencial y a distancia— pueden ser incluso tres: el domicilio del trabajador, el centro de trabajo donde también presta servicios y otro domicilio del demandado.

### **STS de 30 de abril de 2025 (R<sup>o</sup> 113/2023): los trabajadores con descanso fijado entre semana, tienen derecho a disfrutar un día más de descanso en caso de solapamiento con día festivo**

Estimando el recurso y con ello la demanda de conflicto colectivo origen del procedimiento, el TS aborda la cuestión relativa a si los trabajadores que ven solapado su único día de descanso, a disfrutar entre semana, con un día de festivo laboral tienen derecho a disfrutar de un día más de descanso, que compense la pérdida causada por tal solapamiento. El Tribunal, pensando en la generalidad de los trabajadores que disfrutan su descanso semanal en domingo, alude a la previsión que contempla que, si el descanso coincide con una festividad, se trasladará al lunes inmediatamente posterior (art. 37.2 ET). Y, entre otras previsiones, se considera también relevante el art. 47 del Real Decreto 2001/1983, sobre jornadas especiales, que establece que

cuando no se pudiera disfrutar el día de fiesta, la empresa vendrá obligada a abonar al trabajador el importe de las horas trabajadas en el día festivo o en descanso semanal incrementadas en un 75%, salvo descanso compensatorio; lo que vendría a confirmar que la voluntad del legislador es el disfrute de los festivos laborales en toda su extensión y excepcionalmente su sustitución por descanso alternativo o retribución incrementada. De lo contrario —prosigue razonando el Tribunal—, quienes descansan semanalmente el domingo podrán disfrutar de la totalidad de los festivos anuales, mientras que aquellos otros que, por exigirlo el sistema productivo, deban trabajar también el domingo disfrutarían de menos descansos, pugnado ello con principios que regulan el derecho del trabajo y el descanso laboral.

### **STS de 27 de mayo de 2025 (Rº 673/2023): derecho del trabajador cedido por ETT a la mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria**

A través de esta STS en unificación de doctrina, se ve corregida una precedente doctrina que entendía que la igualdad en materia de remuneración de los trabajadores de ETT no abarcaba a las mejoras voluntarias de Seguridad Social. En atención, a la vigente redacción del art. 11 de la Ley 14/1994, sobre empresas de trabajo temporal, que traspone el art. 5 de la Directiva 2008/104 y considerando la STJUE de 22 de febrero de 2024 (C-649/2022), se entiende que el trabajador cedido por una ETT que sufre un accidente de trabajo causante de incapacidad permanente tiene derecho a la indemnización prevista al respecto en el convenio aplicable en la empresa usuaria, para cumplir así con el mandato relativo al derecho a percibir la misma remuneración como si hubiera sido contratado directamente por dicha empresa usuaria. Se considera, en este sentido, que, aunque la mejora voluntaria no se abona directamente como contrapartida de una prestación laboral, constituye una gratificación en dinero que, por un lado, viene concedida indirectamente por el empresario al trabajador en razón del empleo; y, por otro lado, se abona con la finalidad de compensar la pérdida de ingresos resultante de la incapacidad, garantizando una fuente de ingresos, de modo que el concepto de “remuneración” es lo suficientemente amplio para incluir una indemnización de tal tipo prevista en el convenio colectivo de la empresa usuaria y cumplir así la igualdad de trato perseguida por la Directiva y nuestra Ley 14/1994.

### **STS de 27 de mayo de 2025 (Rº 111/2023): límites del control de legalidad de los planes de igualdad por parte de la Autoridad Laboral**

Este asunto versa sobre la impugnación de una Resolución del Ministerio de Trabajo denegando la inscripción de un plan de igualdad por entender que la comisión negociadora y el contenido del mismo no se ajustaba a las previsiones normativas. El TSJ de Madrid consideró conforme a derecho la resolución administrativa y planteada la cuestión ante el TS, la empresa sostenía que la obligación de inscribir el plan no faculta a la Administración para efectuar un control de legalidad. Tras un repaso interpretativo de la normativa sobre planes de igualdad, así como en punto

al denominado control de legalidad de los convenios colectivos, el TS entiende que no es posible un “control de legalidad autónomo” por parte de la Autoridad Laboral, debiéndose el mismo instrumentarse, en su caso, a través de la impugnación ante la jurisdicción social (art. 163 y ss. LRJS). En este sentido, el Tribunal considera que las potestades de control que tiene la Autoridad se limitan a aspectos formales, incluidos aquellos elementos cuya ausencia determina que no estemos aparentemente ante un plan de igualdad debidamente negociado. Sería el caso de aquellos supuestos en que la propia jurisprudencia ha señalado que no es factible sustituir a los representantes unitarios o sindicales por una comisión *ad hoc* —cosa que no ocurrió en el supuesto enjuiciado—. En cambio, el simple cuestionamiento de las reglas para la composición de la comisión negociadora es materia que compete a los tribunales, sin que la Autoridad Laboral pueda suplirles en dicha función por la vía de denegar el registro. Y a semejante conclusión se llega en cuanto a la cuestión de la ausencia de auditoría retributiva reflejada en el contenido del plan, considerándose también que se trató de un control de que se excedió de lo meramente formal, pues en el caso concreto existía una controversia jurídica sobre si era exigible o dicha auditoría salarial. No se trata —concluye el TS— de que la Administración deba admitir el registro de todo, pues nada le impide el análisis del mismo para obtener conclusiones sobre su conformidad a Derecho, si bien debiendo seguir las mismas pautas aplicables a los convenios colectivos; esto es, no podrá por sí misma la Administración declarar su ilicitud y denegar el registro, sino que deberá acudir al proceso judicial de impugnación del acuerdo colectivo.

### **STS de 4 de junio de 2025 (R<sup>o</sup> 234/2023): el tiempo destinado a formar parte de las mesas en las elecciones a representantes unitarios no es tiempo de trabajo a todos los efectos**

En esta STS, se resuelve un recurso de casación relativo a un conflicto colectivo, promovido por diversas organizaciones sindicales, reclamando que el tiempo dedicado a las funciones como miembro de las mesas en las elecciones a representantes unitarios sea considerado tiempo de trabajo a todos los efectos. Revocando el criterio de la Audiencia Nacional, el TS, tras reseñar la normativa nacional y europea aplicable, sostiene que tales trabajadores desempeñan una función no por imposición del empresario, sino en cumplimiento de un deber legal inexcusable, quedando todo lo relativo al proceso electoral al margen del poder de organización y dirección del empresario, como materia de orden público. Asimismo, el hecho de que dichos trabajadores no estén descansando no determina necesariamente que el tiempo empleado sea de trabajo, por cuanto no se están dedicando a funciones laborales ordenadas por el empresario sino a funciones establecidas por la Ley. Y que el resultado del proceso, esto es, la existencia de representantes unitarios con legitimidad representativa revertida en beneficio de la empresa —criterio defendido por la Audiencia Nacional—, no permite afirmar una conexión con las funciones laborales del trabajador, ya que ningún provecho o beneficio económico, productivo o técnico, en sentido estricto, se deriva de ello para la empresa. Consideraciones en esta línea llevan al Tribunal a

concluir que dicho tiempo no puede considerarse de trabajo a todos los efectos, sin perjuicio de que deba ser considerado un permiso retribuido, de modo análogo a lo previsto para el derecho al sufragio activo (art. 37.d ET), tal y como admitía la propia empresa parte del conflicto.

### **STS de 9 de julio de 2025 (Rº 5381/2023): la contrata de control de accesos a una obra de construcción es “propia actividad” ex art. 42 ET.**

En este recurso de casación para la unificación de doctrina, se le plantea al TS si la contrata concertada por una empresa constructora para el servicio del control de accesos a la obra constituye o no una contrata de “propia actividad”, a efectos de la responsabilidad solidaria ex art. 42 ET. Y la respuesta dada por el Tribunal es afirmativa, considerando que de la propia legislación se deduce una distinción fundamental entre, de un lado, los servicios de seguridad privada, prestados por empresas acreditadas para ello mediante personal con la correspondiente habilitación, y, de otro, las meras funciones de conserjería y control de accesos, que no requieren de esos requisitos y que tradicionalmente han formado parte de la actividad de la propia empresa en el sector de la construcción, donde los servicios de control de accesos es de clara importancia, habida cuenta de los riesgos para la seguridad; una realidad que —subraya el Tribunal— ha venido reflejando las normas del sector, como es el caso del vigente convenio colectivo sectorial estatal, donde se contemplan las figuras de porteros, guardas y vigilantes de obra. Junto con lo anterior, la STS trae a colación otros precedentes jurisprudenciales en que se consideró como indispensable para la actividad empresarial, las funciones desarrolladas por controladores u otras figuras análogas.

### **STS de 16 de julio de 2025 (Rº 5381/2023): los órganos judiciales no pueden determinar, en virtud del art. 24 de la Carta Social Europea, una indemnización adicional en los supuestos de despido improcedente**

Unificando doctrina, estas STS rechaza que los órganos judiciales puedan determinar el derecho del trabajador a una indemnización adicional, a la prevista y tasada legalmente para los supuestos de despido improcedente, en virtud del art. 24 de la Carta Social Europea, que se refiere al concepto de “indemnización adecuada”. Como ya hizo el Tribunal respecto al Convenio 158 de la OIT, partiendo del denominado control de convencionalidad de las normas nacionales a la luz de los Tratados internacionales, se considera que la expresión derecho a una “indemnización adecuada” resulta inconcreta y no contiene un mandato directamente aplicable, exigiendo, en su caso, una intervención del legislador. Además, el Tribunal recuerda que la doctrina del TC se desprende una valoración positiva sobre el carácter adecuado de nuestra indemnización tasada, ofreciendo seguridad jurídica y uniformidad para los trabajadores, sin necesidad de tener que acreditar los concretos daños y perjuicios sufridos. Asimismo, se entiende que a lo anterior no obstan las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, considerando inadecuada nuestra legislación conforme a las previsiones de la Carta, pues tales decisiones no son ejecutivas, ni directamente

aplicables entre particulares, ya que el CEDS no es un órgano jurisdiccional ni sus resoluciones son sentencias, no vinculando, por ende, a los órganos judiciales nacionales, en la misma línea que lo considerado por el Tribunal Supremo francés y la Corte Constitucional italiana.

### **SAN de 7 de marzo de 2025 (R° 12/2025): derecho a disfrutar del permiso del art. 37.3.b) ET por hospitalización de familiar o conviviente con referencia al hecho causante**

La AN estima la demanda del sindicato accionante y establece que el art. 37.3.b) ET no impone limitación alguna que implique que el permiso por hospitalización de familiar o conviviente solo pueda disfrutarse una vez al año. Y reconoce la posibilidad de disfrutarlo cada vez que durante la anualidad concurre el correspondiente hecho causante. Para ello, reitera la interpretación de la doctrina sentada en sentencias precedentes, en el sentido: 1º) literal; el art. 37.3.b) ET no exige que solo puedan disfrutarse por este concepto 5 días al año; 2º) sistemática; cuando el legislador quiere circunscribir el permiso exclusivamente a un determinado número de días al año lo hace expresamente en el propio art. 37 ET, por ejemplo el permiso por fuerza mayor; 3º) finalista; la Directiva 2019/1158 es una norma mínima, susceptible de ser mejorada en los ordenamientos internos; y, 4º) sociológica; esta interpretación facilita el ejercicio de lo un derecho de conciliación, en el sentido de que este permiso se disfruta en mayor medida por las mujeres. Asimismo, se confirma el criterio de sentencias anteriores en el sentido de que el permiso de cinco días por hospitalización de parientes no puede ser condicionado a la existencia de efectiva hospitalización y que la prescripción médica de reposo domiciliario también justifica su ejercicio.

### **SAN de 21 de abril de 2025 (R° 13/2025): temeridad de un sindicato ante lo infundado de su demanda de impugnación de convenio colectivo**

Las organizaciones empresariales afectadas por la impugnación de un convenio colectivo sectorial estatal, así como un determinado sindicato, interesaron la imposición de una multa por temeridad al sindicato que formuló la demanda de impugnación de dicho convenio. Y la AN considera existente temeridad porque el sindicato se ha limitado a llevar a cabo la impugnación de preceptos del convenio que reproducen literalmente la regulación legal, con alegaciones genéricas e imprecisas basadas en meras opiniones de parte, carentes por completo de justificación legal, oponiendo, asimismo, argumentos totalmente desconectados del objeto del proceso. Se impone, en consecuencia, una multa de dos mil euros, debido a que la inconsistente reclamación del sindicato obligó a celebrar una vista judicial que duró más de cuatro horas, distorsionando la agenda del Tribunal y la de los profesionales que comparecieron al acto. Con esta sentencia, la AN se muestra continuista con otras recientes sentencias que también han impuesto esta multa; por ejemplo, la SAN de 28 de febrero de 2025, que impone una multa por temeridad a una empresa porque su posición como demandada en el proceso de conflicto colectivo carecía de la más mínima consistencia jurídica.

## **SAN de 23 julio de 2025 (Rº 129/2025): la negociación de la estructura salarial no justifica que la empresa deba proporcionar información personalizada de los salarios**

Con remisión a recientes sentencias del Tribunal Supremo, esta SAN parte de la consideración de que la normativa europea y estatal aplicable en materia de registro retributivo (Directiva 2023/970, art. 28.2 ET y RD 902/2020) obliga a incluir en el registro salarial únicamente los valores medios salariales, pero no salarios los individuales de los trabajadores. Por este motivo, entiende que la empresa no vulnera el derecho de libertad sindical de los sindicatos demandantes, que habían exigido una información personalizada a efectos de una negociación salarial adecuada. Considera la AN que el principio de minimización de datos del RGPD hace que derecho del sindicato a obtener la máxima información posible en materia retributiva, para poder llevar a cabo la negociación colectiva de la estructura salarial en una empresa, no comporta, a falta de una norma con rango de ley que expresamente así lo prevea —art.6.1.c) RGPD—, el derecho a obtener datos retributivos específicos de cada trabajador, desglosando conceptos y cuantías.

## **STSJ del País Vasco de 8 de enero de 2025 (Rº 2342/2024): defectuosa constitución de representación sindical y sanción disciplinaria por críticas a la empresa**

Este supuesto trae causa en la comunicación de un sindicato comunica a la empresa de su intención de constituir una sección sindical y el nombramiento de un determinado trabajador como delegado sindical. La empresa no se opuso, pero reclamó, infructuosamente, que el sindicato acreditase la afiliación de ese trabajador. Y, desde el nombramiento de dicho trabajador como delegado sindical por parte del citado sindicato, el trabajador comenzó a publicar en redes sociales opiniones ofensivas contra la empresa desde la cuenta oficial del sindicato y también desde la suya propia. La empresa entendió que dichas publicaciones constituían una transgresión de la buena fe contractual, aplicando una sanción de suspensión de empleo y sueldo. Tanto en la instancia como en la STSJ reseñada, se confirma la procedencia de dicha sanción porque el trabajador se extralimitó en el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión y, asimismo, porque no resultaba aplicables las garantías de tutela del derecho fundamental de libertad sindical, toda vez que la designación de un trabajador como delegado sindical de una sección sindical obliga a al sindicato a cumplir una serie de requisitos formales y, entre otros, acreditar —cosa que no hizo— la afiliación al sindicato del trabajador escogido como delegado sindical.

## **STSJ de Castilla-León de 13 enero de 2025 (Rº 2761/2024): un trabajador no puede "auto-concederse" las vacaciones**

Confirma la Sala del TSJ de Castilla-León la sentencia de instancia que había avalado la procedencia del despido del trabajador, conocedor de que los días que se ausentó al trabajo no tenía vacaciones ni otra justificación para ello. El trabajador

tenía planificadas sus vacaciones en la plataforma empresarial, pero un superior le comunicó días antes de su inicio que carecía de autorización para disfrutar de esos días. La sentencia considera que la empresa no obró de mala fe y, aunque su conducta pudo causar malestar al trabajador, las ausencias al trabajo resultaron claramente probadas y calificadas como injustificadas adecuadamente en la instancia, habida cuenta de que el trabajador estaba avisado de que en tales fechas no podía disfrutar de sus vacaciones y a pesar de ello no acudió al trabajador, resultando, además, que el trabajador tenía abierta la posibilidad de acudir al procedimiento judicial de vacaciones para que le establecieran otras fechas.

### **STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de marzo de 2025 (Rº 473/2024): vulneración del pacto no competencia postcontractual cuando los conocimientos adquiridos por el trabajador benefician a otra empresa de la competencia**

En esta STSJ, se declara que la empresa que pacta con su trabajador un deber de no competencia postcontractual al amparo del art. 20.2 ET tiene efectivo interés comercial, justificativo del pacto, cuando los conocimientos que adquiere el trabajador sobre productos, costes, precios, mercado, metodología de trabajo, clientes y otros aspectos esenciales del negocio de esa empresa pueden beneficiar a otras empresa del mismo sector si el trabajador comienza a prestar servicios para esas otras empresas una vez extinguida la relación laboral con la primera. Por ello, se considera que, en el caso concreto, el trabajador comete un incumplimiento de esta naturaleza tras causar baja voluntaria en la primera empresa, confirmándose la sentencia de instancia que condena al trabajador a abonar a la empresa la indemnización pactada para el caso de incumplimiento de este pacto, considerando, asimismo, que una eventual nulidad del pacto de no competencia postcontractual no eximiría al trabajador de su obligación de reintegrar las cantidades percibidas en concepto de compensación por la firma de dicho pacto.

### **STSJ de Madrid de 23 de abril de 2025 (Rº 114/2024): obligación de comunicar a la empresa la baja por IT el mismo día de la baja**

Esta STSJ se refiere al caso de una trabajadora en estado de gestación, que es sancionada por la empresa a raíz de la imputación de diversos incumplimientos laborales, entre ellos una ausencia por IT no comunicada a la empresa, a lo que se le suma la advertencia específica de que cualquier baja por IT debe ser comunicada de forma inmediata a la empresa. Habiendo transcurrido un mes escaso desde dicha advertencia, la trabajadora sufre un aborto y quince días después inicia un proceso de IT. La trabajadora no comunica esta circunstancia a la empresa, quien recibe al cabo de cuatro días el parte electrónico del INSS, procediendo a la empresa al despido disciplinario de la trabajadora. El TSJ, revocando la sentencia de instancia, declara que el despido disciplinario como procedente, porque no comunicar esta nueva baja supone una reincidencia que es, en sí misma, causa para justificar

la procedencia del despido. Se declara, asimismo, que la nulidad del despido por discriminación alegada por la trabajadora es inviable, porque los indicios de vulneración de su derecho fundamental a la igualdad quedan desvirtuados con la realidad de los hechos justificativos del despido.

### **STSJ (Cont.-admvo.) del País Vasco de 7 de mayo de 2025 (Rº 255/2023): principio de seguridad jurídica y exoneración de cuotas a la Seguridad Social en ERTE-COVID**

Esta STSJ se refiere a los beneficios de un ERTE/COVID consistentes en la exoneración de cuotas a la Seguridad Social, de conformidad con la Disp. Ad. 26ª RD-Ley 8/2020, que establecía el compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad. El RD-Ley 11/2020 perfiló los términos del compromiso de mantenimiento del empleo, lo mismo que el posterior RD-Ley 18/2020, que estableció además las consecuencias de su incumplimiento. Transcurridos unos tres meses desde la reincorporación al trabajo de uno de los trabajadores afectados por el ERTE, las partes alcanzaron un acuerdo transaccional de resolución contractual. La TGSS consideró que, con esta extinción, la empresa había incumplido los términos del compromiso de mantenimiento del empleo exigido normativamente y, por ello, requirió a la empresa la devolución de un importe de más de 4 millones de euros correspondiente a las cuotas no pagadas de los casi cinco mil trabajadores afectados por el ERTE. El Tribunal acoge el recurso de la empresa, valorando que la norma aplicable no era el RD-Ley 11/2020, sino el RD-Ley 8/2020, la cual no era suficientemente concreta en su supuesto de hecho y tampoco determinaba las consecuencias de su incumplimiento. Y, en consecuencia, se considera que atentaría a la seguridad jurídica el exigir a la empresa que conociera unas condiciones específicas a las que se supeditaba ese beneficio que no existían cuando se reconoció, considerando, asimismo, que un criterio básico de proporcionalidad hace que no tenga sentido exigir la devolución de la totalidad de la exoneración de cuotas por la puntual circunstancia acontecida respecto de uno de esos casi cinco mil trabajadores.

### **STSJ de Murcia de 17 de junio de 2025 (Rº 318/2025): despido procedente por incumplimiento del rendimiento mínimo establecido por la empresa**

En esta sentencia se valora una cláusula sobre rendimiento mínimo unilateralmente fijada por la empresa, considerando que la misma es eficaz en tanto en cuanto dicha práctica empresarial no se cuestione judicialmente, lo que no fue el caso, según declara la sentencia reseñada. En la misma se relata, por otra parte, toda una cadena de incumplimientos por no alcanzar este rendimiento mínimo cometidos por el trabajador; incumplimiento adecuadamente seguidos de la adopción de las correspondientes medidas disciplinarias por parte de la empresa. Estas medidas disciplinarias fueron un apercibimiento inicial, una suspensión de empleo y sueldo y, finalmente, un despido por disminución continuada y voluntaria del rendimiento —art. 54.2.d) ET—.

A ello se le añade la particularidad de la existencia grabaciones de video tomadas por la empresa mostrando que el trabajador y su cuadrilla permanecían estáticos, sin realizar las tareas de recolección; grabaciones que se consideran prueba válida porque su eventual ilicitud de no se alegó en el momento procesal oportuno, ex art. 287 LEC, además de que el trabajador firmó en su día la comunicación de la empresa sobre instalación de las videocámaras.



## Sobre la revista



**Trabajo y Empresa**, es una Revista Derecho del Trabajo con la que la Editorial Tirant lo Blanch pretende desarrollar un espacio de producción científica con vocación pluralista y, a su vez, con la vista especialmente puesta en el análisis de cuestiones jurídico-laborales de especial interés para la gestión de las empresas.

**Trabajo y Empresa**, es una revista cuatrimestral. De los tres números publicados a lo largo del año, uno tendrá carácter monográfico sobre un tema seleccionado por el equipo editorial y los otros dos números se estructurarán con los siguientes contenidos: *Sección artículos*: se publicarán los trabajos cuya temática y contenido resulte de especial interés para la línea editorial, siguiendo el criterio de los informes de evaluadores externos y del equipo editorial. *Sección jurisprudencial*: se publicarán trabajos que constituyan estudios jurisprudenciales relevantes y/o comentarios a sentencias de particular interés, siguiendo también el criterio de los informes de los evaluadores externos y del equipo editorial. Se publicará, asimismo, una reseña de actualidad jurisprudencial seleccionada y elaborada por el equipo editorial.



# Equipo editorial

El primer compromiso de **Trabajo y Empresa** es con la calidad. Para ello se ha arbitrado un sistema de selección y evaluación de los originales y se ha estructurado un Comité de redacción y un Comité científico de alto nivel. El equipo editorial es el siguiente:

## **Director:**

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel  
*Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.*

## **Secretario de redacción:**

Ángel Jurado Segovia.  
*Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.*

## **Comité de redacción**

María Amparo García Rubio  
*Profesora Titular. Universidad de Valencia.*

Juan Gil Plana.  
*Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Mónica Llano Sánchez  
*Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Magdalena Llompарт Bennàssar  
*Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.*

Enrique Nores Torres  
*Profesor Titular. Universidad de Valencia.*

Margarita Tarabini-Castellani Aznar.  
*Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.*

Javier Thibault Aranda  
*Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

### **Comité científico**

Raquel Aguilera Izquierdo  
*Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.*

Icíar Alzaga Ruiz  
*Catedrática. Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

Stefano Bellomo  
*Professore Ordinario. Università Sapienza di Roma.*

Ángel Blasco Pellicer  
*Catedrático. Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Supremo.*

Alberto Cámara Botía  
*Catedrático. Universidad de Murcia.*

Maria Teresa Carinci  
*Professoressa Ordinaria. Università degli studi di Milano.*

María Antonia Castro Argüelles  
*Catedrática. Universidad de Oviedo.*

Francisco Javier Gárate Castro  
*Catedrático. Universidad de Santiago de Compostela.*

Salvador del Rey Guanter  
*Catedrático. Esade Law School.*

Juan García Blasco  
*Catedrático. Universidad de Zaragoza.*

Joaquín García Murcia  
*Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.*

Ignacio García-Perrote Escartín  
*Catedrático. Universidad Nacional de Educación a Distancia.  
Magistrado del Tribunal Supremo.*

José María Goerlich Peset  
*Catedrático. Universidad de Valencia.*

Jesús Lahera Forteza  
*Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.*

María Lourdes López Cumbre  
*Catedrática. Universidad de Cantabria.*

Manuel Luque Parra  
*Catedrático. Universidad Pompeu Fabra.*

Jesús Martínez Girón  
*Catedrático. Universidad de A Coruña.*

Jesús Mercader Uguina  
*Catedrático. Universidad Carlos III de Madrid.*

José Luis Monereo Pérez  
*Catedrático. Universidad de Granada.*

Erik Monreal Bringsvaerd  
*Catedrático. Universidad de las Islas Baleares.*

Ana Orellana Cano  
*Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*

Rosario Palma Ramalho  
*Catedrática. Universidad de Lisboa.*

Antonio Preteroti. Ordinario  
*Università degli studi di Perugia.*

Margarita Isabel Ramos Quintana  
*Catedrática. Universidad de La Laguna.*

Miguel Rodríguez-Piñero Royo  
*Catedrático. Universidad de Sevilla.*

Remedios Roqueta Buj  
*Catedrática. Universidad de Valencia.*

Carmen Sáez Lara  
*Catedrática. Universidad de Córdoba.*

Carolina San Martín Mazzucconi  
*Catedrática. Universidad Rey Juan Carlos.*

Yolanda Sánchez-Urán Azaña  
*Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.*

Wilfredo Sanguineti Raymond  
*Catedrático. Universidad de Salamanca.*

Concepción Rosario Ureste García  
*Magistrada del Tribunal Supremo.*





# Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales

## **Admisión de originales y sistema de evaluación ciego por pares**

Los originales publicados en la sección artículos y en la sección jurisprudencial serán sometidos al criterio de evaluadores externos, garantizando el anonimato de los autores. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado por el equipo editorial. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta especialmente: i) la idoneidad temática; ii) la calidad y el rigor de los argumentos; iii) la adecuación de la estructura expositiva del texto; iv) las fuentes bibliográficas, jurisprudenciales o de otro tipo.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del equipo editorial, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si éstos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

## **Criterios generales para la presentación y remisión de originales**

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.

Los originales de los artículos de la sección artículos tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras y los de la sección jurisprudencial una extensión entre 6.000 y 12.000 palabras, en ambos casos con un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático Word.

Al comienzo del texto ha de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los

autores desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo. Los autores harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (teléfono y dirección electrónica).

Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado "Sistema de numeración decimal de capítulos" y se escribirán solo con cifras arábigas (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...)

Todos los artículos deberán ir, asimismo, precedidos de un resumen de en torno a 10 líneas en castellano y en inglés (Abstract). Así como de una lista de cinco o seis palabras clave en castellano y en inglés (key words). El título del artículo también debe escribirse en español y en inglés.

Por lo que se refiere al sistema de citas de bibliografía y jurisprudencia, los trabajos seguirán las siguientes pautas:

Libros: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva), lugar de edición, nombre del editor, páginas (sin las grafías pág. o pp.). Ejemplo: Vives Antón, Tomás (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 55-56.

Capítulos de libro: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (directores, coordinadores, editores, etc., precedidos de en), título del libro (ver arriba), lugar de edición, nombre del editor y páginas sin grafías. Ejemplo: Pérez Pérez, María y Martínez Martínez, Laura (2014): "Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación", en Ramos Ramos, María (coord.): *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid, Teorema, 34-51.

Artículos de revista científica: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares), nombre de la revista (en cursiva), número y/o volumen de la revista y páginas sin grafías. Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): "The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context", *Ratio Juris*, 28, 1-14.

En cuanto a la cita de decisiones judiciales, se seguirán los siguientes ejemplos: STC 136/2001, 18 junio 2001, STS 28 noviembre 2017 (Rº 2868/2015); STSJ Andalucía 22 marzo 2018 (Rº 2362/2017); SJS nº 1 Tortosa 27 junio 2017 (Procedimiento nº 473/2016); STJUE diciembre 2016 (asunto C395/15, Daouidi); STEDH 12 enero 2016 (Nº 61496/08, Barbulescu contra Rumania).

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección

**trabajoempresa.revista@gmail.com**

Los autores deben remitir dos archivos diferenciados del original. La diferencia es que uno deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al evaluador conocer su autoría.



# Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para  
**mejorar el día a día**  
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo  
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

[prime.tirant.com/es/](https://prime.tirant.com/es/)



**tirant**  
lo blanch