

TRIBUNA



Relación estatutaria y relación laboral del trabajador/director/presidente de la empresa: no son incompatibles y prevalece la laboral en la justicia europea

Lourdes López Cumbre

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria
Consejera académica del Despacho Gómez-Acebo y Pombo*

Resumen: *La justicia europea cuestiona la exclusión de la protección del derecho europeo de quienes simultanean actividades propias del consejo de administración de la sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa. Porque entiende que la circunstancia de que una persona que ejerce la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano estatutario de ésta no permite, por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral toda vez que dicha exclusión deberá afectar únicamente a quienes dirigen de manera efectiva la empresa.*

I. El ejercicio acumulado y simultáneo de funciones estatutarias y laborales no permite la prevalencia de las primeras sobre las segundas en la doctrina judicial europea

1. Desde que la Ley de Sociedades de Capital recogiera en su artículo 249.3 la obligación de formalizar un contrato para quienes, miembros del consejo de administración, realizan funciones ejecutivas y perciben una retribución, la posibilidad de calificar como laboral dicha relación ha estado presente. Máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 529.12 de la citada Ley y en relación a las sociedades cotizadas, sobre la diferencia entre los consejeros ejecutivos (aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella) y quienes no lo son (el resto). Para los primeros, el artículo 529.18 de la norma se remite al artículo 249.3 expuesto y a la necesidad de formalizar un contrato, si bien señala que serán los estatutos y la junta los que tengan conocimiento de las precisiones sobre estos aspectos. La remuneración deberá contemplar en este supuesto tanto la cuantía de la retribución fija anual y su variación como los componentes variables y los términos y condiciones principales de sus contratos comprendiendo, en particular, su duración, indemnización por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia post-contractual y permanencia o fidelización, en una descripción muy similar a la prevista para el

contrato laboral de alta dirección.

Pues bien, ahora, con la STJUE 5 de mayo 2022, asunto C-101/21, asunto HJ esta dificultad interpretativa alcanza sentido y recupera una posible interpretación. En la citada sentencia se debate sobre la aplicación de los artículos 2.2 y 12, respectivamente, de la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre de 2008, DOUE, 28, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario en relación al pago de remuneraciones no abonadas por una sociedad en estado de insolvencia. De acuerdo con el artículo 2.2., la Directiva no afectará al Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de los términos «trabajador asalariado», «empresario», «remuneración», «derecho adquirido» y «derecho en vías de adquisición». No obstante, los Estados miembros no podrán excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva a los trabajadores a tiempo parcial, a los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o a los trabajadores con una relación de trabajo temporal. Por su parte, el artículo 12 establece que la Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos o la capacidad de rechazar o reducir la obligación de pago citada en el artículo 3, o la obligación de garantía citada en el artículo 7, en los casos en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades.

2. En el supuesto controvertido, el derecho nacional (República Checa) establece que la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia no se aplicará al trabajador que, en el período correspondiente, era trabajador de un empresario insolvente y que, en ese mismo período, pertenecía a su órgano estatutario y poseía una participación correspondiente al menos a la mitad del capital de dicho empresario. En efecto. El demandante prestaba servicios para la empresa como arquitecto en virtud de un contrato de trabajo cuando fue elegido presidente del consejo de administración de dicha sociedad y celebró, a tal efecto, un contrato con la referida sociedad en el que se precisaba que no tenía derecho a remuneración por el ejercicio de esa función. Con posterioridad, firmaría un acuerdo de modificación adicional al contrato de trabajo inicial en el que se indicaba que tenía derecho a un salario como trabajador asalariado y que el trabajador pasaría a ejercer la función de director de la empresa. Ante la declaración de insolvencia de esta última, el demandante inicia un proceso para obtener el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, petición desestimada por entender que no se trata de un trabajador asalariado y que, por tanto, no le resulta de aplicación las garantías previstas para estos últimos en caso de insolvencia empresarial. Se considera que, durante el período controvertido, el demandante había ejercido, en el marco de sus funciones de presidente del consejo de administración y de director de la empresa, una misma y única actividad, a saber, la dirección comercial de la sociedad, y que, por tanto, no podía considerarse que estuviera vinculado por una relación laboral con aquélla. No existía, pues, ningún vínculo jerárquico ni de subordinación con la empresa, de modo que el demandante no podía ser calificado como trabajador asalariado. En tanto la ley nacional no tiene como finalidad reparar el perjuicio que los miembros del órgano estatutario de una sociedad en estado de insolvencia sufren como consecuencia de su dirección comercial infructuosa, no le corresponde al demandante obtener indemnización alguna.

Sin embargo, el Tribunal Supremo nacional entiende que, de acuerdo con su jurisprudencia, la acumulación de funciones es lícita y, por tanto, un contrato de trabajo celebrado entre una sociedad mercantil y una persona, en el que se prevé que esta última acumule las funciones de miembro del órgano estatutario de la sociedad y de director de la misma, es válido en aplicación del Código de Trabajo. Bien es cierto que quien se encuentra en esa situación no puede ser calificado como trabajador asalariado y, aun cuando exista un contrato de trabajo, un miembro del órgano estatutario que dirige la actividad de la sociedad mercantil no puede ejercer sus funciones en el marco de una relación de subordinación, de modo que no existe relación laboral entre ese miembro y la mencionada sociedad. Mas, ante la duda que esta solución plantea, se interpone una cuestión prejudicial sobre la que se pronuncia esta sentencia y que analiza si los citados artículos 2.2 y 12 de la Directiva contradicen esta

jurisprudencia nacional.

Y, para ello se parte de una doble premisa. La primera, que la Directiva 2008/94 persigue una finalidad social que pretende garantizar un nivel mínimo de protección a todos los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (SSTJUE 10 de febrero de 2011, asunto C-30/10, asunto Andersson y 5 de noviembre de 2014, asunto C-311/13, asunto Tümer). Por tanto, los Estados miembros podrán excluir a determinadas personas de dicha protección únicamente en los casos específicos recogidos por esta Directiva (SSTJUE 16 de diciembre de 1993, asunto C-334/92, asunto Wagner Miret y 17 de noviembre de 2011, asunto C-435/10, asunto van Ardenen). Y la segunda premisa de la que se parte es que la eventual exclusión de un derecho debe estar objetivamente justificada y constituir una medida necesaria para evitar abusos (STJUE 21 de febrero de 2008, asunto C-498/06, asunto Robledillo Núñez). Tiene sentido, pues, cuestionar si la Directiva se opone 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 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.

3. En la ley de sociedades mercantiles nacional se establece que el contrato de participación en una sociedad de capital se celebrará por escrito y deberá ser aprobado, incluidas sus modificaciones, por el órgano supremo de la sociedad; a falta de tal adopción, el contrato no producirá efectos. Por lo demás, también en una sociedad de capital, el contrato relativo al ejercicio de la función deberá contener, entre otros datos, la definición de todos los componentes de la remuneración que corresponda o pueda corresponder a un miembro de un órgano elegido, incluida cualquier prestación eventual en especie, el pago de cotizaciones al sistema de jubilación u otras prestaciones.

Con estos datos como trasfondo, la sentencia entiende, en primer lugar, que si bien el artículo 1.2 de la Directiva 2008/94 autoriza a los Estados miembros, con carácter excepcional, a excluir del ámbito de aplicación de esta Directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, lo hace a condición de que existan otras formas de garantía que ofrezcan a los interesados una protección equivalente a la que resulta de la mencionada Directiva. Sin embargo, en el presente asunto, de la resolución remitida no se desprende que la jurisprudencia nacional controvertida conceda una protección equivalente a los miembros del órgano estatutario de una sociedad y que ejercen, además, en virtud de un contrato de trabajo, las funciones de director de la misma (Considerando 31).

En segundo término, y aun cuando la Directiva no define por sí misma el concepto de «trabajador asalariado», sin embargo, el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para definir este concepto no es ilimitado. Así, según esta jurisprudencia, el artículo 2.2.1 de la Directiva 2008/94 debe interpretarse a la luz de la finalidad social de la misma, que consiste en garantizar a todos los trabajadores asalariados un mínimo de protección en la Unión Europea en caso de insolvencia del empresario mediante el pago de los créditos impagados que resulten de contratos o de relaciones laborales y que se refieran a la remuneración correspondiente a un período determinado. Por consiguiente, los Estados miembros no pueden definir libremente el término «trabajador asalariado» de manera que se ponga en peligro la finalidad social de dicha Directiva (Considerando 34).

En tercer lugar, y puesto que la definición del término «trabajador asalariado» se refiere necesariamente a una relación de trabajo que hace surgir un derecho frente al empresario consistente en exigir una remuneración por el trabajo efectuado, resultaría contrario a esta finalidad social el hecho de privar de la protección que esta Directiva establece en caso de insolvencia del empresario a personas a quienes la normativa nacional reconoce con carácter general la condición de trabajadores asalariados y que disponen, en virtud de esta normativa, de créditos salariales frente al empresario derivados de contratos o relaciones laborales previstos en los artículos 1.1 y 1.3 de la Directiva. Por consiguiente, la circunstancia de que una persona que ejerce la función de director de una

sociedad mercantil sea también miembro del órgano estatutario de ésta 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 (Considerandos 35 y 36, respectivamente).

4. El demandante ejercía de forma cumulativa, como puede comprobarse, las funciones de director y de presidente del consejo de administración de la sociedad en virtud de un contrato de trabajo por el que percibía una remuneración. Puesto que el contrato de trabajo es válido en aplicación de la legislación laboral nacional, no cabe excluir su consideración como trabajador asalariado en el sentido del artículo 2.2 de la Directiva 2008/94, extremo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

La jurisprudencia tiene por objeto evitar que las personas que ejercen de forma cumulativa las funciones de director y de miembro del consejo de administración puedan obtener el pago de los créditos salariales impagados por la insolvencia de dicha sociedad

Ahora bien, el Tribunal señala cómo, del análisis de la resolución remitida, se observa que la jurisprudencia nacional tiene por objeto evitar que las personas que ejercen de forma cumulativa las funciones de director y de miembro del consejo de administración de una sociedad mercantil puedan obtener el pago de los créditos salariales impagados por la insolvencia de dicha sociedad, dado que pueden ser en parte responsables de tal insolvencia. Por lo tanto, se inscribe más en la lógica del artículo 12.a) de la Directiva 2008/94. No obstante, esta jurisprudencia establece la presunción irrefutable de que dicha persona no ejerce sus funciones en el marco de una relación de subordinación, sino que, en realidad, dirige la sociedad mercantil en cuestión y, por lo tanto, el hecho de concederle las garantías previstas por la Directiva 2008/94 constituye un abuso, en el sentido del artículo 12 citado (Considerando 42). Sin embargo, indica asimismo el Tribunal que no puede admitirse una presunción general de existencia de un abuso que no pueda ser destruida en función de los elementos característicos de cada caso particular (SSTJUE 4 de marzo de 2004, asunto C-334/02, asunto Comisión/Francia y 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16, asunto Polbud-Wykonawstwo). Por lo que, *«una jurisprudencia nacional como la controvertida en el litigio principal no puede justificarse sobre la base del artículo 12, letra a), de la Directiva 2008/94»* (Considerando 44).

Como tampoco podrá hacerlo pivotando sobre el artículo 12.c) de la citada Directiva 2008/94. Esta disposición autoriza a los Estados miembros a rechazar o a reducir la obligación de pago citada en el artículo 3 o la obligación de garantía citada en el artículo 7 en los casos en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades, siendo estas dos condiciones cumulativas. Esta disposición se basa, entre otras cosas, en la presunción implícita de que el trabajador asalariado que, simultáneamente, tiene una participación esencial en la empresa afectada y ejerce una influencia considerable en sus actividades puede, en consecuencia, ser en parte responsable de la insolvencia de dicha empresa (STJUE 10 de febrero de 2011, asunto C-30/10, asunto Andersson).

Pues bien, en este caso, si bien la jurisprudencia nacional controvertida podría justificarse por el hecho de que una persona que acumula las funciones de director y de miembro del consejo de administración de una sociedad mercantil puede ejercer una influencia considerable en las actividades de dicha sociedad, no es menos cierto que esa jurisprudencia no contiene ninguna referencia al primer requisito previsto en el artículo 12, letra c), de la

Directiva 2008/94, a saber, que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la sociedad. *«De ello se deduce que el artículo 12, letras a) y c), de la Directiva 2008/94 se opone a una jurisprudencia nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece una presunción irrefutable según la cual una persona que ejerce, incluso 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 tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa Directiva»* (Considerando 48).

II. Tesis antigua para conflictos modernos: la omnipresente teoría del vínculo

1. Un precedente a considerar en la normativa sobre consejeros ejecutivos u otros supuestos en los que la vieja tesis de la teoría del vínculo se sigue aplicando sin variación desde el siglo pasado.

Cuando la Sala de lo Social se plantea supuestos de semejante factura acude a la doctrina de la STS 28 de septiembre de 2017, Ar. 4523 que, a su vez, recurre a la tesis defendida en la STS 26 de diciembre de 2007, Ar. 1777/2008 y que, del mismo modo, aplica la tesis de la STS 22 diciembre de 1994, Ar. 10221. *«La exclusión de la relación de laboralidad de los socios que realizan otras tareas diferentes de las propias de su cualidad de socio puede venir dada por la falta de la nota de ajenidad cuando dicho socio ostenta la titularidad de una cuota societaria determinante, de manera que la prestación de trabajo que pueda realizar se efectúa a título de aportación a la sociedad, cuota que esta Sala ha señalado a partir del 50% de participación en el capital social. Pero también puede venir excluida, al amparo del art. 1.3 c) ET, por falta de dependencia en el trabajo, cuando se trata de personas que forman parte del órgano máximo de dirección de la empresa... Es cierto que la jurisprudencia admite que esas personas puedan tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa, pero ello sólo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (Gerente, Director General, etc.) dado que en tales supuestos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección»* (STS 28 de septiembre de 2017, Ar. 4523, FJ 3).

Porque *«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... 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»* (STS 22 diciembre de 1994, Ar. 10221, FJ 3).

2. Tesis que sigue presente a fecha de hoy si se analiza la STS 9 de marzo de 2022, Jur. 111071 en la que parece haberse zanjado una cuestión moderna surgida con gran polémica pero que, en el fondo, ni siquiera se aborda. Nada cambia cuando, analizada una nueva situación, la conclusión es idéntica a la anterior. En este caso concreto y, puesto que se plantea la contradicción entre dos sentencias dictadas para la misma empresa y en situaciones de similar factura, la decisión del Tribunal Supremo sí que resuelve dicha contradicción, atendiendo además a una jurisprudencia previa y, por tanto, con un conocimiento y una aplicación conservadora del *statu quo* existente.

Se trata de la firma de un contrato de prestación de servicios entre la empresa y el demandante en el año 2011 como asesor económico-financiero y complementarios, fijando una cuota de honorarios de 2.000 € más IVA y dándose de alta en el RETA el trabajador a tal efecto. Un año más tarde se celebra un consejo de administración de la sociedad por el que se otorga un poder general al demandante hasta su revocación en 2015, año en el que se otorga un nuevo poder y es nombrado consejero con el 18% de las participaciones sociales en virtud de una escritura de donación de participaciones. En 2017 se revocan los poderes y se resuelve el contrato firmado, prohibiendo al demandante acceder a la sede social, salvo las reuniones del consejo de administración y la junta general de accionistas en su condición de consejero y socio, y cancelando los permisos de utilización de cualquier dispositivo entregado por la empresa en su condición de directivo. Razones que conducen a la interposición de una demanda en el orden civil en su condición de socio y otra en el ámbito laboral como directivo y en reclamación contra su despido.

Ni el Juzgado ni el Tribunal de Justicia admiten esta última por falta de competencia objetiva. La Sala de suplicación, a la vista de los hechos probados, acoge el criterio del Juzgado de lo Social rechazando la condición de trabajador por cuenta ajena del demandante, ya que en la fecha en la que se acordó la revocación de los poderes y la prohibición al actor de acceso a la sede de la sociedad, aquel ostentaba la condición de miembro del consejo de administración, gozando hasta esa fecha de los más amplios poderes de representación de la empresa y no constando, por otro lado, el desempeño de otros trabajos para la sociedad que pudieran ser considerados como comunes u ordinarios. En ese sentido, y puesto que el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores niega el carácter laboral de la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración y no habiéndose acreditado tampoco ninguna relación laboral antes del año 2015, fecha en la que no se celebró ningún contrato de alta dirección sino que el actor pasó a ostentar directamente la condición de administrador de la sociedad, no puede admitirse la competencia del orden social.

La contradicción surge con otra sentencia de la misma Sala, en un supuesto de hecho enmarcado en el mismo contexto puesto que se trata de un proceso instado frente a la misma empresa y respecto de los mismos acuerdos adoptados por dicha entidad que afectaban a otra persona. En ese caso, y en los mismos términos, el demandante era miembro del consejo de administración y había ostentado poderes como administrador mancomunado desde 2015, siendo titular de una parte (19%) del capital social y con alta en el RETA. Constaba en ese caso que el actor había prestado servicios para la empresa con la categoría profesional de comercial, desempeñando funciones comerciales, gestión y mantenimiento de la cartera de clientes, prospección y captación de negocio, organización y coordinación del departamento comercial de las delegaciones de la compañía. Igualmente, el consejo de administración decidió resolver el contrato de prestación de servicios como directivo, requiriendo la devolución de todos los elementos de trabajo propiedad de la empresa y cuanta documentación, archivos y registros estuvieran en su poder y fueran de la sociedad. Del mismo modo, se acordaba la cancelación de las tarjetas de crédito, carburantes, tiques restaurantes y cualesquiera otros elementos o medios de pago pertenecientes a la compañía en posesión del directivo y se establecía la prohibición de acceso a la sede social e instalaciones de la empresa salvo para asistir a reuniones del consejo de administración y junta general de la sociedad debidamente convocados.

Pues bien, en esta sentencia —que opera como sentencia de contraste—, el juzgador de instancia estimó parcialmente la demanda de despido disciplinario con vulneración de derechos fundamentales interpuesta por el actor, y la Sala confirmó dicho criterio, argumentando, respecto a la existencia de relación laboral entre las partes y la competencia del orden social para conocer del asunto, que la participación del demandante en su condición de socio no era determinante y que percibía una cantidad mensual fija por la prestación de su actividad, lo que conducía a entender que la relación también era laboral, más allá de su participación social no determinante. No constaba, por otra parte, que se encargase de la representación y superior dirección de la empresa, labor que

realizaba una tercera persona.

Expuestos así los hechos, para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la cuestión se centra en determinar si la relación entablada entre el demandante y la empresa es laboral o mercantil. Y, para su resolución, reproduce la jurisprudencia antes destacada (SSTS 28 de septiembre de 2017, Ar. 4523, 26 de diciembre de 2007, Ar. 1777/2008 y 22 diciembre de 1994, Ar. 10221, principalmente). En tales casos, cuando existe un 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. De esta forma, 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. Y 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.

Pues bien, con esta doctrina como trasfondo, sin más discusión y en aras de la defensa de la «seguridad jurídica», la Sala de lo Social aplica la misma tesis y recurre a la teoría del vínculo como si se tratara de ese remedio mágico cervantino que suponía la aplicación del bálsamo de Fierabrás. Porque *«la actividad mantenida con tales características de desempeño simultáneo de las funciones propias del Consejo de Administración de la empresa y las de gerencia de la empresa, ha de ser calificada como mercantil al existir una relación de integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente. Habiéndolo entendido así la sentencia recurrida, ratificando la de instancia, la sentencia es ajustada a derecho, sin que se aprecien las infracciones denunciadas»* (STS 9 de marzo de 2022, Jur. 111071, FJ 3).

2. Pero las cosas han cambiado mucho desde 1994, mucho en el mundo, mucho en el mundo del Derecho y mucho en el mundo del Derecho de la Empresa, también desde la perspectiva laboral. Especialmente desde la reforma de la Ley de Sociedades de Capital en 2014 y, en particular, desde que el artículo 249.3 de la misma recogiera la obligación de formalizar un contrato para quienes, miembros del consejo de administración, realizan funciones ejecutivas y perciben una retribución. *a priori*, una regulación distinta a la contenida en el artículo 217 que regula el régimen de remuneración previsto para todo administrador (consejero ordinario) cuyo cargo, previsto, en principio, como gratuito, salvo si los estatutos sociales indicaran lo contrario. Por lo demás, y como se expusiera, el artículo 529.12 de la citada norma recoge, expresamente y sólo en relación a las sociedades cotizadas, la diferencia entre los consejeros ejecutivos (aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella) de quienes no lo son (el resto). Para los primeros, el artículo 529.18 de la norma se remite al artículo 249.3 expuesto y a la necesidad de formalizar un contrato, si bien señala que serán los estatutos y la junta los que tengan conocimiento de las precisiones sobre estos aspectos. La remuneración deberá contemplar en este supuesto tanto la cuantía de la retribución fija anual y su variación como los componentes variables y los términos y condiciones principales de sus contratos comprendiendo, en particular, su duración, indemnización por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia post- contractual y permanencia o fidelización, en una descripción muy similar a la prevista para el contrato laboral de alta dirección.

Una regulación que ha permitido defender la posible desaparición de la teoría del vínculo expuesta y basada en que, cuando un consejero, además de pertenecer al órgano de gobierno de la sociedad, realiza funciones directivas o gerenciales de alta dirección, esta última queda subsumida por la relación mercantil como consejero ordinario. En virtud de esta tesis, el vínculo mercantil orgánico societario que une a los consejeros que desarrollan a la vez funciones de alta dirección absorbe y se superpone al vínculo laboral que el alto directivo pueda haber formalizado con la empresa. Para quienes consideran que esta tesis sigue estando vigente, la contractualización impuesta por el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital no altera nada en relación a la legislación y

jurisprudencia anterior toda vez que el vínculo que une al consejero con la sociedad es único y prevalece la relación societaria sobre cualquier otro nexo o función. Para quienes, por el contrario, entienden que dicha teoría ha sido superada, la conjunción de dos vínculos distintos (el societario y el contractual) supone que existan dos regímenes jurídicos de aplicación diferentes y, así, comoquiera que para el consejero ordinario se exigen unos requisitos propios en el artículo 217 de la Ley como régimen general, el específico para los consejeros ejecutivos del artículo 249.3 de la Ley y, a su vez, del artículo 529.18, obliga a considerar más próxima esta relación al orden social que al orden civil. Eso implica reconocer, como parece deducirse de la demanda interpuesta en la sentencia analizada, la coexistencia —ahora más agudizada que en la legislación pretérita— de dos vínculos, el societario y el contractual, con dos regímenes distintos (los previstos en los artículos 217 y 249 de la Ley, respectivamente) y posiblemente con asunción de competencias por dos jurisdicciones diferentes (la civil y la social).

En defensa de la naturaleza laboral de la relación ejecutiva cabe aludir a la voluntariedad y, ahora, a la retribución recogida en el contrato que se analiza —muy alejado de la gratuidad que se presume del administrador-. Por su parte, la dependencia puede manifestarse por la inexistencia de una autonomía respecto de lo previsto por el consejo de administración que será el que decida el contenido de las instrucciones y de las funciones que tiene que realizar el consejero ejecutivo. Y la ajenidad viene derivada de considerar sólo su falta cuando se produzca un control de la compañía, esto es, la posesión de la titularidad de la empresa (50% del capital social), tal y como expone el Estatuto del Trabajo Autónomo en su artículo 1.2.c) y tal y como se desprende de los artículos 136 y 305 de la Ley General de Seguridad Social, entre otras posibles referencias normativas. De ser así, la siguiente decisión obligaría a optar entre una relación laboral común o una especial (de alta dirección). La primera se descarta toda vez que los tribunales del orden social ya han admitido, en todo caso, que, cuando se compatibiliza la relación común y el cargo de consejero, existen dos relaciones perfectamente diferenciadas y tipificadas, por lo que no se admitiría la existencia de una controversia a este respecto. Sin embargo, y como establece expresamente la norma que regula la relación laboral especial de alta dirección, alto directivo es el trabajador que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad. En este sentido, la diferencia entre estas gestiones y las funciones que realiza un consejero ejecutivo no es fácil de precisar. Es cierto que los tribunales no han sabido delimitar cuáles son las funciones realizadas de forma inherente al cargo y las funciones que derivan de un ejercicio ejecutivo del mismo, pero, aun así, la diferencia entre un consejero ordinario y un consejero ejecutivo existe y es precisamente lo que justifica la inclusión del artículo 249 en la Ley de Sociedades de Capital.

3. Al margen de la posible solución, que deberá atender a la característica de cada contrato, lo que no parece justificable es que, sin más discusión, se siga aplicando y admitiendo de manera inflexible e incuestionada la vieja tesis de la teoría del vínculo, reproduciendo sin más los términos de la jurisprudencia del siglo anterior. La legislación societaria ha impreso modernidad en una diversidad de funciones, cometidos, sistemas retributivos y cláusulas contractuales difíciles de compendiar en una afirmación férrea e incontrovertida sobre la citada teoría. Es cierto que, salvo alguna tendencia judicial y doctrinal minoritaria y algunos colectivos que defienden la desaparición de la clásica tesis, se sigue considerando existente cuando una misma función o cometido se ampara en una relación mercantil y laboral por identificarse aquélla con la misma función o cometido que la realizada por un alto directivo. En caso de concurrencia, sigue primando la relación societaria sobre la laboral.

Sin embargo, ni es la única ni es la última. Son muchas las decisiones judiciales que han admitido que, así como las funciones inherentes al cargo de administrador del artículo 217 LSC pueden variar en virtud de la organización de cada empresa, la función ejecutiva, eso es, la función de gestión ordinaria que se desarrolla mediante la delegación de facultades ejecutivas, no es una función inherente al cargo de consejero como tal. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida que ha de ser recogida en un contrato suscrito al efecto. En

consecuencia, sí procede distinguir dos tipos de consejeros, sí cabe superponer a la condición de consejero deliberativo la condición de consejero ejecutivo y sí es posible diferenciar entre las funciones inherentes al cargo de consejero de aquellas que suponen la gestión ordinaria e individual de la empresa.

No en vano, la importante decisión del Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— en su STS 26 de febrero de 2018, Ar. 635 no hurta esta discusión ni puede derivarse de la misma una conclusión distinta a la expuesta. Pues una cosa es que determine que una cláusula en la que se prevé que *«el cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios»*, es contraria al nuevo régimen de retribución establecido en la Ley de Sociedades de Capital (FJ 6). Y otra bien distinta es aceptar que, si el consejo de administración designa entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, deba establecer el contenido, los límites y las modalidades de delegación, la determinación de todos los conceptos por los que estos consejeros puedan obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas mediante un contrato que no sólo permita concretar el sistema de retribución sino que constituye *«un negocio jurídico bilateral en el que pueden detallarse los términos y condiciones particulares conforme a los cuales debe desarrollarse la función de administrar por parte de quien ocupa el cargo de consejero delegado o ejecutivo, completando de esta forma las insuficiencias del estatuto legal del cargo orgánico, de tal modo que ambas partes resultan vinculadas por los términos del contrato»* (FJ 6). Admitiendo, en consecuencia, que, amén del nombramiento societario, el contrato —que pudiera ser de naturaleza laboral— determine la relación entre la sociedad y el consejero ejecutivo.

Si la relación no está marcada por los rasgos de laboralidad, incluso con la autonomía propia que requiere la alta dirección, el contrato del consejero ejecutivo no será laboral

Por supuesto, los conceptos no cambian y si la relación no está marcada por los rasgos de laboralidad —incluso con la autonomía propia que requiere la alta dirección—, el contrato del consejero ejecutivo no será laboral. Mas una exclusión apriorística, con férrea defensa de la pervivencia de la teoría del vínculo, no deja de entrañar asimismo importantes riesgos, tanto de inseguridad jurídica como de interpretación conforme a las reglas de la realidad social. En cuanto a lo primero, porque todavía no hay un pronunciamiento judicial claro al respecto y muchos contratos firmados por consejeros ejecutivos distan poco —por no decir nada— de un contrato de alta dirección de la misma empresa —y esa identidad nos llevará a recordar a quienes siempre recurren a esta máxima que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son o la irrelevancia del *nomen iuris*—. La controversia sobre si la retribución debe ser sometida a la junta o basta con el conocimiento del consejo de administración no resulta relevante *per se* a estos efectos. Y, en relación a la segunda, porque son muchos los Informes o Reglamentos de consejos de administración de empresas que admiten la condición laboral de sus consejeros ejecutivos [*«se considerarán Consejeros Ejecutivos quienes desempeñen funciones ejecutivas o de dirección en la Sociedad o en el Grupo, sea en virtud de la delegación orgánica de facultades o de cualquier otro título o apoderamiento contractual. En todo caso, se reputarán Consejeros Ejecutivos, los Consejeros vinculados por contratos de alta dirección o arrendamiento de servicios que tengan por objeto la prestación de servicios ejecutivos en régimen de plena dedicación»*, o cuando detalla las cláusulas para altos directivos, *«incluidos los consejeros ejecutivos»* o, en fin, cuando se constata el *«importe y naturaleza de los componentes fijos que serán devengados en el ejercicio por el desempeño de funciones de alta dirección de los consejeros ejecutivos»*].

4. Ahora, además, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogida en este análisis obliga, a su vez, a valorar esta tesis y a replantear o repensar la teoría del vínculo. Porque esta última defiende que no es el contenido de las funciones lo que determina la calificación de la relación, sino la naturaleza de vínculo. De esta forma, 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 debe ser calificada como laboral sino como mercantil. Mas la justicia europea ya no permite dicho planteamiento toda vez que admite que, en estos supuestos, en los que existe una función cumulativa como trabajador y como presidente del consejo de administración, ejerciendo en el marco de sus funciones de presidente del consejo de administración y de director de la empresa, una misma y única actividad, a saber, la dirección comercial de la sociedad, sin que exista, por tanto, un vínculo jerárquico ni de subordinación con la empresa, la consideración como «trabajador asalariado» tiene sentido.

Y, así, la exclusión de estos supuestos de naturaleza híbrida del ámbito de protección de la Directiva en cuestión resultaría contrario al derecho europeo; primero, porque sólo se permite dicha exclusión si se garantiza en otra norma una protección equivalente; segundo, porque se entiende que el margen de actuación de los Estados miembro sobre el concepto de trabajador tiene sus límites y uno de ellos es precisamente la finalidad social de la Directiva 2008/94 cuestionada; tercero, porque la circunstancia de que una persona que ejerce la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano estatutario de ésta 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 citada Directiva; y, en fin, porque, si bien la Directiva admite alguna exclusión en este sentido, se refiere únicamente a quienes dirigen de manera efectiva una sociedad mercantil por cuanto el hecho de conceder garantías en tal caso supondría un abuso de la norma europea. Una doctrina judicial bastante contundente y no del todo ajena a todos esos supuestos que, en la actualidad, se resuelven bajo la tesis de la teoría del vínculo y que, quizá y a la luz de decisiones como la expuesta, deba ser revisitada e incluso revisada.